

Derecho laboral para el nuevo tiempo. Construcción conjunta

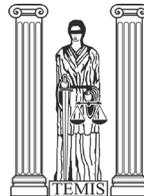
ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA
(Coordinadora)

DERECHO LABORAL
PARA EL NUEVO TIEMPO

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA
(Coordinadora)

DERECHO LABORAL PARA EL NUEVO TIEMPO

Construcción conjunta



Bogotá - Colombia
2017

Derecho laboral para el nuevo tiempo. Construcción conjunta/ Ana María Muñoz Segura (coordinadora). – Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes : Temis, 2017.

páginas 360 ; 16 x 23 cm.

Otros autores : Clara Cecilia Dueñas Quevedo, José Alejandro Sierra, Evelyn Romero Ávila, Sebastián Luque Charry, Iván Daniel Jaramillo Jassir, Andrés Morales Ocampo, Juan Daniel Sierra Silgado, Libardo José Ariza Higuera, Lina María Fernández Vesga, Vladimir Tobón Perilla, Milena Castellanos Avendaño, Santiago Martínez Méndez, Lina Gattas, Daniela Caicedo, Juan Pablo López Moreno, Julio Londoño, Ana Cristina Medina González, Iván Cardona Restrepo, Carlos Andrés Rincón.

ISBN 978-958-35-1138-7

1. Derecho laboral – Colombia 2. Legislación laboral – Colombia I. Muñoz Segura, Ana María II. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho.

CDD 344.01

SBUA

Para citar este libro: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.19>

© Ana María Muñoz Segura (coordinadora)

© Clara Cecilia Dueñas Quevedo, José Alejandro Sierra, Evelyn Romero Ávila, Sebastián Luque Charry, Iván Daniel Jaramillo Jassir, Andrés Morales Ocampo, Juan Daniel Sierra Silgado, Libardo José Ariza Higuera, Lina María Fernández Vesga, Vladimir Tobón Perilla, Milena Castellanos Avendaño, Santiago Martínez Méndez, Lina Gattas, Daniela Caicedo, Juan Pablo López Moreno, Julio Londoño, Ana Cristina Medina González, Iván Cardona Restrepo, Carlos Andrés Rincón

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

© Editorial Temis S.A.

© Ediciones Uniandes

Calle 19 núm. 3 – 10, oficina 1401

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 3394949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

infeduni@uniandes.edu.co

© Editorial Temis S. A., 2017.

Calle 17 núm. 68D - 46, Bogotá.

www.editorialtemis.com

ISBN: 978-958-35-1138-7

ISBN *e-book*: 978-958-774-514-6

Corrección de estilo: Alejandra Muñoz Suárez

Diseño de cubierta: Neftalí Vanegas

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación.

Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 de 30 de mayo de 1964.

Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 de 23 de febrero de 1949, Minjusticia.

Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero de 2015, Mineducación.

Hecho el depósito que exige la ley.

Impreso en Editorial Nomos.

Diag. 18bis núm. 41 - 17, Bogotá.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de los editores.

ÍNDICE GENERAL

Introducción	PÁG. 1
--------------------	-----------

PARTE PRIMERA

LA RELACIÓN LABORAL EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

CAPÍTULO I

EL CONTRATO DE TRABAJO: ¿REALIDAD O FICCIÓN?

Clara Cecilia Dueñas Quevedo

1. Contextualización temática	5
2. La subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo	7
3. Relaciones de trabajo encubiertas y ambiguas.....	11
4. La primacía de la veracidad o realidad frente a la tercerización laboral	22
5. A manera de reflexión	31

CAPÍTULO II

¿ES EL ESTADO UN EJEMPLO DE ACATAMIENTO DE LA LEY LABORAL?

José Alejandro Sierra

1. Introducción	33
2. Principio de la primacía de la realidad.....	35
3. Elementos esenciales del contrato de trabajo vs. contrato público de prestación de servicios	39
A) Prestación personal del servicio	39
B) Un salario como retribución directa del servicio	41
C) Continuada subordinación o dependencia del trabajador res- pecto del empleador	48
4. Desconocimiento del principio de la primacía de la realidad vía jurisprudencial.....	54

	PÁG.
5. Conclusión	59
A) Doctrina	60
B) Conceptos	61
C) Jurisprudencia.....	61
D) Legislación	62

CAPÍTULO III

EL ÁMBITO DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL Y LAS BARRERAS A LA INMIGRACIÓN

Evelyn Romero Ávila y Sebastián Luque Charry

1. Introducción	65
2. La importancia de las orientaciones de los organismos multilaterales	67
3. Reflexiones sobre la orientación de la OIT, la ONU y la CAN sobre trabajadores migrantes	68
A) Barreras a la migración	74
B) Alternativas de flexibilización.....	83

CAPÍTULO IV

EMPLEABILIDAD Y FORMALIZACIÓN LABORAL

Iván Daniel Jaramillo Jassir

1. Introducción	87
2. Delimitación conceptual	88
3. Empleabilidad y ruptura de lo laboral en América Latina	90
4. Formalización en Colombia.....	92
5. Conclusiones	99

PARTE SEGUNDA

LO LABORAL EN ESCENARIOS DE PARTICULAR RELEVANCIA

CAPÍTULO I

EL DERECHO LABORAL EN ENTORNOS DE ALTA INCERTIDUMBRE. APORTES PARA UN DIAGNÓSTICO DEL PROBLEMA LABORAL DEL CENTRO HOSPITALARIO SAN JUAN DE DIOS DE BOGOTÁ

Andrés Morales Ocampo

1. Introducción	103
-----------------------	-----

	PÁG.
2. Evolución del empleador (1974-2014) de la Beneficencia de Cundinamarca a la pluralidad de deudores laborales/nacionalización del pasivo laboral/sustitución patronal/la Nación como deudor y garante: el empleador residual	105
3. Evolución de la naturaleza legal de los servidores del CHSJD (1974-2014).....	107
A) De trabajadores oficiales a damnificados públicos.....	107
4. Intervención de la Corte Constitucional. La sentencia SU-484 de 2008.....	111
A) La Corte Constitucional decreta un despido colectivo de trabajadores, con retroactividad y con regulación desigual.....	112
B) La ruptura de la unidad de empresa entre el Hospital San Juan de Dios y el Instituto Materno Infantil.....	114
C) La violación al debido proceso que suponen las dos características anteriores.....	114
D) La violación del derecho a la igualdad en un fallo de unificación.....	115
E) La extralimitación de funciones de la Corte Constitucional .	116
F) La violación de la legislación laboral en materia de despido colectivo de trabajadores y despido de trabajadores con estabilidad laboral reforzada.....	116
G) La causa justa o injusta de los despidos y el derecho a la indemnización	118
H) El desconocimiento de la Convención Colectiva de Trabajo en una sentencia de unificación.....	120
I) La prescripción de los derechos en materia laboral y su aplicación en el caso del CHSJD.....	122
5. El problema del cumplimiento de la sentencia SU-484 de 2008	122
6. Conclusiones y sugerencias para empezar: el CHSJD como desafío al Estado social de derecho.....	123
A) Jurisprudencia.....	126
B) Otros documentos.....	127

CAPÍTULO II

ESTRUCTURA DE LA COMPENSACIÓN DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PETROLERO

Análisis jurídico del decreto legislativo 284 de 1957.
Reglamentación, jurisprudencia y aplicación de los salarios
y prestaciones de la industria petrolera a otros trabajadores

Juan Daniel Sierra Silgado

1. Introducción.....	129
----------------------	-----

	PÁG.
2. Normas aplicables y su vigencia.....	131
3. ¿A qué tienen derecho y quiénes tienen derecho?	132
A) ¿A qué tienen derecho?	133
B) ¿Quiénes tienen derecho a la aplicación de los decretos?	136
4. Ampliación de salarios y prestaciones de la industria por fuera de los decretos: decisiones unilaterales de empleadores, acuerdos con sindicatos y con comunidades	141
5. La compensación y los sistemas compensatorios propios y robustos en contratistas.....	144
6. Conclusiones	146

CAPÍTULO III

EL TRABAJO COMO CASTIGO, EL TRABAJO COMO DERECHO DEL CONDENADO

Libardo José Ariza Higuera

1. Introducción	147
2. El trabajo y el castigo.....	149
A) Miseria y crimen.....	151
B) Cárcel y fábrica	153
C) Disciplina, castigo y trabajo	155
D) Transformaciones laborales globales y castigo	158
3. El trabajo como derecho del condenado	160
A) El trabajo del condenado	161
B) El derecho al trabajo del condenado	163
4. Conclusión	165

CAPÍTULO IV

EL DISCURSO JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD: BARRERAS PARA LA INCLUSIÓN LABORAL

Lina María Fernández Vesga

1. Introducción	171
2. Modelos de comprensión de la discapacidad.....	173
A) Modelo de prescindencia.....	174
B) Modelo médico-rehabilitador.....	175
C) Modelo social.....	176
3. Identidad cultural, activismo judicial y lenguaje	177
4. Estabilidad laboral reforzada	182
5. Conclusiones	191

CAPÍTULO V

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN LOS CASOS
DE ACOSO LABORAL: PERSPECTIVA COMPARADA

Vladimir Tobón Perilla y Milena Castellanos Avendaño

	PÁG.
1. Introducción	195
2. El daño como fuente de obligaciones	197
3. Reglas procesales de acceso a la reparación	199
4. Responsabilidad del empleador en relación con la salud de los tra- bajadores	204
5. Carga de la prueba	206
6. Reparación por conductas de acoso	208
7. Conclusiones	214

PARTE TERCERA

TRABAJADORES Y EMPLEADORES, RETOS
DE LOS ENTORNOS EMPRESARIALES Y SOCIALES

CAPÍTULO I

LA UNIDAD DE EMPRESA EN LAS DINÁMICAS
EMPRESARIALES ACTUALES

Santiago Martínez Méndez

1. Introducción	223
2. Desarrollo	224
A) Orígenes de la figura	224
B) Elementos de la figura	225
C) Situaciones controversiales	232
D) Proceso de declaratoria	233
E) Efectos de la declaratoria de unidad de empresa	236
3. Conclusiones	241

CAPÍTULO II

LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO
DE ASOCIACIÓN SINDICAL EN COLOMBIA

Lina Gattas y Daniela Caicedo

1. Introducción	245
2. Sindicalismo en Colombia en el siglo XX	246

	PÁG.
A) Antecedentes	246
B) Régimen sindical en Colombia	250
3. Transformaciones del derecho de asociación sindical en las últimas décadas	252
A) Jurisprudencia. Fallos de la Corte Constitucional	252
B) Normatividad.....	258

CAPÍTULO III

HUELGA: ¿SON POSIBLES LAS HUELGAS PARCIALES EN COLOMBIA?

Juan Pablo López Moreno y Julio Londoño

1. Introducción	265
2. Antecedentes de las huelgas parciales en Colombia.....	266
3. Contexto constitucional del derecho de huelga	267
A) Antecedentes constitucionales y legales	267
B) Rasgos de la huelga en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ..	267
C) La Organización Internacional del Trabajo (OIT).....	269
4. El alcance de la suspensión de actividades laborales comerciales (la huelga y la libertad de empresa)	270
A) Las limitaciones a la huelga	273
5. Empresas con diversidad de actividades afecta o no la noción de lo público esencial. La posibilidad de la huelga parcial	276
A) Tipologías de huelgas.....	276
B) Análisis particulares de la huelga parcial.....	278
6. Conclusiones	283

CAPÍTULO IV

LA INCLUSIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. OBSTÁCULOS QUE ENFRENTA

Ana Cristina Medina González

1. Introducción	287
2. Iniciativas e incentivos que el legislador ha generado en pro de la inclusión laboral de personas con discapacidad.....	288
A) Incentivos tributarios.....	289
B) Otros beneficios.....	289
3. El fuero de salud-alcance legal y jurisprudencial	290
A) El fuero de salud y la inclusión laboral según normatividad vigente	290
4. Conclusiones	302

PARTE CUARTA**LA SEGURIDAD SOCIAL, NUEVAS APROXIMACIONES****CAPÍTULO I**

**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA SEGURIDAD SOCIAL (UGPP): ANTECEDENTES,
IMPACTO EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
Y REGULACIÓN RELEVANTE**

Iván Cardona Restrepo y Carlos Andrés Rincón

	PÁG.
1. Introducción	307
2. Creación y objetivos de la UGPP.....	308
3. Papel de la UGPP dentro del Sistema de Seguridad Social Integral 311	
A) Antecedentes del Sistema de Seguridad Social Integral	311
B) El papel de la UGPP en el Sistema de Seguridad Social Inte- gral.....	313
4. Proceso de fiscalización y sancionatorio de la UGPP.....	315
5. Aspectos para discusión.....	320
A) Facultades de la UGPP dentro del proceso de fiscalización sobre declaración de derechos laborales	320
B) Falta de proporcionalidad de las sanciones por parte de la UGPP respecto al tipo de hecho sancionable y doble sanción por los mismos hechos	321
6. Conclusiones	322

CAPÍTULO II

**LA INFORMACIÓN COMO PRESUPUESTO
DEL RECONOCIMIENTO PENSIONAL**

Ana María Muñoz-Segura

1. Introducción	325
2. Historia laboral. Una necesidad en el reconocimiento y liquida- ción del derecho pensional.....	329
3. Habeas data y registro de datos en materia pensional.....	331
4. Sistematización de la información como manifestación de la cus- todia, conservación y guarda de los datos.....	334
5. Inexactitud en la historia laboral, afectación del derecho pensional	336
6. Conclusiones	338
Índice de autores	343

INTRODUCCIÓN

Hace ya veinticinco años se expidió la Constitución nacional. En ella se plasmó un catálogo importante de derechos laborales y de la seguridad social. Algunos que ya existían fueron ampliados como el derecho a la asociación sindical o la huelga, en tanto que otros vieron por primera vez la luz con rango constitucional como el derecho a la negociación colectiva o el derecho a la seguridad social.

Además de ello, el artículo 53 de la Carta Política estipula la obligación del Congreso en la expedición del estatuto del trabajo, el cual deberá contemplar como mínimo una serie de principios, que si bien contaban con desarrollo legislativo, no tenían esta jerarquía.

Considerando que las relaciones laborales han variado desde la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, y que este marco legal es redefinido en sus alcances de derechos constitucionales, es oportuno repensar y analizar el nuevo derecho laboral y de la seguridad social. Esta es la idea general que motivó la creación del presente texto.

Evidentemente el tema laboral y de la seguridad social es amplísimo, por ello fue necesario privilegiar unos asuntos sobre otros. Así, más allá de la división tradicional entre derecho laboral individual, colectivo y de la seguridad social, el texto se propone abordarlos de una manera transversal y desde el punto de vista de ciertos contextos.

El libro está dividido en cuatro grandes partes. La primera se aborda teniendo en cuenta el desarrollo particular de la relación laboral; la segunda parte le da una mirada a esa relación laboral pero en escenarios muy particulares; en tanto que la tercera toma la relación laboral desde el punto de vista de los actores; para finalizar, en la cuarta parte, con ciertas problemáticas que plantea la seguridad social.

Particularmente en la primera parte, la discusión central se encuentra alrededor de la relación laboral en Colombia, sus alcances, su ocultamiento así como las complejidades que representa su inscripción en el llamado trabajo decente como estándar internacional. La segunda parte analiza el trabajo como espacio de resocialización, como ejecución de labores específicas como el trabajo en el sector petrolero o sus dificultades ante situaciones difíciles como la presencia de acoso laboral.

A continuación, las preguntas que se plantean circulan alrededor de los retos que existen en los contextos de los trabajadores y de los empleadores, las partes de la relación laboral. Finalmente, la seguridad social ofrece diferentes preguntas más allá de sus referencias clásicas de cubrimiento ante las contingencias del trabajador.

El texto no pretende agotar los innumerables temas y retos que plantea hoy el derecho laboral y la seguridad social. Solo es un comienzo en la creación de la doctrina social del país.

Bogotá, enero de 2017.

PARTE PRIMERA

**LA RELACIÓN LABORAL
EN EL CONTEXTO COLOMBIANO**

CAPÍTULO I

EL CONTRATO DE TRABAJO: ¿REALIDAD O FICCIÓN?*

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**

1. CONTEXTUALIZACIÓN TEMÁTICA

Durante las últimas décadas en América Latina, la globalización de los mercados y los exigentes niveles de competitividad han ido de la mano con cambios en las normativas laborales, tendientes a eliminar el rigor proteccionista de las instituciones de trabajo que parecían impedirles a las empresas adecuarse a la actividad económica en el marco de los procesos de apertura, así como de la implementación de mecanismos de contratación de personal ajenos al ámbito del derecho laboral.

Lo primero, esto es, los cambios en la legislación laboral han sido cuestionados por diferentes sectores —sindicales, académicos y hasta políticos— ya que las reformas no arrojaron los resultados esperados y en concepto de los críticos, por el contrario, contribuyeron a la precarización del empleo y a una paralela desprotección social que en gran parte se materializa con el segundo de los aspectos mencionados, es decir, con mecanismos de flexibilización en la contratación de los llamados trabajadores *por cuenta propia* o *independientes*, respecto de quienes, no siempre, pero sí con relativa frecuencia, concluimos que lo son solo en apariencia o cuya condición es ambigua porque fluctúan entre el trabajo dependiente e independiente. Nuestro estudio se centrará básicamente en esta problemática ya que Colombia no escapa a las dificultades que se advierten.

En nuestro país como en otros de la región, el contrato de trabajo entendido como aquel en el que concurren los tres clásicos elementos

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.20>

** Magistrada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, profesora de las universidades de Los Andes, Rosario, Norte e Icesi. Miembro y exgobernadora del Colegio de Abogados del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia.

que lo constituyen —prestación personal del servicio, subordinación y remuneración— regulado por el Código Sustantivo de Trabajo (art. 23), ha sido sustituido por contratos de carácter civil, comercial o de prestación de servicios, e incluso por la llamada tercerización, para lo que se han empleado de fachada cooperativas de trabajo, empresas de servicios temporales y hasta convenios con organismos internacionales, instituciones jurídicas todas legalmente válidas pero en ocasiones utilizadas indebidamente, ya que se recurre a esas formas de vinculación de personal con el propósito de ocultar verdaderas relaciones de trabajo subordinadas y soslayar las consecuentes obligaciones que les son propias.

La usual práctica de esas *irregulares* formas de contratación en gran parte de los países de la región se abordó, por primera vez, en la 91ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en el 2003¹, en la que se destacó desde un principio que “la seguridad y la protección estructuradas alrededor de la relación de trabajo están siendo desafiadas por la difusión cada vez mayor de las negociaciones y formas diferentes de empleo por cuenta propia”, amenazas que se advierten, entre otros factores, por

el encubrimiento de la relación de trabajo; la ambigüedad de la relación de trabajo, observada objetivamente, con la consecuencia de que es posible tener dudas acerca de la existencia o inexistencia de una relación de trabajo en la realidad; la existencia de relaciones de trabajo en las cuales no se sabe a ciencia cierta quién es empleador, qué derechos tiene el trabajador ni quién responde por sus derechos.

Así como “el incumplimiento de las normas y fallos en su aplicación”².

En ese contexto y tomando como punto de partida el principio de la realidad o veracidad, que propende por la protección de quienes pueden verse desprovistos de las prerrogativas que en su favor consagran las normas que regulan la relación de trabajo por las simples formas utilizadas por las partes en la configuración del nexo jurídico que las liga, nos ocuparemos de abordar los siguientes temas: (1) la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo, (2) las relaciones de trabajo encubiertas y ambiguas, y (3) la tercerización o intermediación laboral.

¹ OIT, *El ámbito de la relación de trabajo*, Informe v, 2003.

² Conferencia Internacional del Trabajo, 91 reunión 2003, Informe v, *El ámbito de la relación de trabajo*, quinto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

2. LA SUBORDINACIÓN COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

El derecho del trabajo como disciplina jurídica nació en Europa a finales del siglo XIX, a propósito de la Revolución industrial como respuesta a los excesos y la explotación de los trabajadores que por la fuerza de las circunstancias se vieron obligados a entregar sus servicios a quienes ostentaban la titularidad de los medios de producción, y de quienes recibían órdenes e instrucciones para lograr unos resultados que también les pertenecían, todo a cambio de un pago salarial. Ello nos permite afirmar que el derecho del trabajo, desde sus inicios hasta ahora, regula el trabajo dependiente o por cuenta ajena, vale decir, por cuenta del empleador o patrono a quienes los trabajadores se encuentran subordinados, no solo en el ámbito laboral, también en el social, dado que depende en un todo del pago salarial como fuente primaria de la subsistencia. Así, la subordinación laboral tiene triple connotación: jurídica, social y económica.

La mayoría de los tratadistas se inclina por la subordinación jurídica como la más exacta o precisa, tal y como lo señalara RAFAEL CALDERA³ o como lo dijera MARIO DE LA CUEVA al sostener “que donde exista subordinación como poder jurídico, [...] como principio de autoridad, estaremos en presencia del derecho civil”⁴, y por ello, “la jurisprudencia ha consagrado la exigencia de la subordinación jurídica para que exista el contrato de trabajo”⁵.

El poder subordinante se concreta en el sometimiento del trabajador a las órdenes o imposiciones del empleador y se constituye en el elemento esencial y objetivo del contrato de trabajo, conforme desde antaño lo concibió el legislador colombiano en el artículo 1º de la ley 6ª de 1945 al consagrar que “[h]ay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro mediante remuneración, y quien recibe tal servicio”, y tal como lo repitiera en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación de este respecto de su empleador que lo faculta para “exigirle el

³ RAFAEL CALDERA, *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, El Ateneo, 1972, pág. 271.

⁴ MARIO DE LA CUEVA, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México D. F., Porrúa, 1975, pág. 199.

⁵ *Ibidem*.

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”.

Ahora bien, el derecho del trabajo, como se sabe, no se agota en el contrato de trabajo. Es, como lo definiera CABANELLAS,

un conjunto de reglas objetivas, normativas de conducta individual, [...] que predeterminan un mínimo de aquellas condiciones en las que ineludiblemente tendrá que discurrir el trabajo ajeno, so pena de nulidad de aquella parte del contrato que trasgreda esos principios básicos, que no dependen de la voluntad de las partes, y que son de absoluto contenido jurídico-social. Se trata pues de una imperatividad que persigue el respeto de un mínimo social⁶.

En otras palabras, es el marco regulador de la prestación del servicio dependiente o subordinada que a su vez descansa sobre principios tuitivos protectores del trabajador —parte débil de la relación de trabajo—, en cuyo favor las constituciones contemporáneas y los estatutos laborales de muchos países —principalmente latinoamericanos— establecen como principio rector del derecho del trabajo, entre otros, el de la primacía de la realidad sobre las formalidades acordadas por los sujetos contractuales, a fin de evitar que el trabajador se prive, por desconocimiento o por presiones del empleador, de beneficios mínimos consagrados en su favor en las normas laborales.

De ahí que el *principio de la realidad*, también llamado *de la veracidad* en otras latitudes de la región, se convierta en un mecanismo de salvaguarda de la persona del trabajador, frente a acciones del empleador tendientes a desnaturalizar una relación de trabajo subordinada para evitar obligaciones que derivan del contrato de trabajo.

Nuestra legislación, con igual sentido social y protectorio del trabajo humano, previó en la Constitución (Const. Pol., art. 53) los *principios mínimos fundamentales del trabajo*, entre ellos, el de *la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*. Igualmente, el Código Sustantivo del Trabajo señala que los derechos y prerrogativas estipulados en sus disposiciones, “contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores”; con esa orientación dispone que cualquier estipulación que afecte o desconozca esos mínimos [n]o produce efecto alguno, y bajo el concepto de orden público (art. 14) determina que los derechos y prerrogativas contenidos en esa codificación son irrenunciables.

⁶ GUILLERMO CABANELLAS, *El contrato de trabajo*, parte general, t. v, Buenos Aires, Omeba, 1964, pág. 111.

Desde esta perspectiva, los beneficios establecidos en las normas jurídicas que regulan el trabajo son de orden público y gozan de imperatividad (*cogens*) y, por tanto, son de aplicación forzosa e incondicional, al punto que no pueden, las partes, disponer de ellos con miras a derogarlos, reducirlos o restarles efectos, de modo que si bien en las relaciones contractuales concurren la voluntad de las partes, también lo es que esa libertad en el campo del trabajo, halla límites en el carácter tuitivo del derecho laboral mediante el establecimiento de normas jurídicas laborales, que son insoslayables para el empleador e indisponibles e irreductibles para el trabajador en cuyo favor se establecen.

El principio constitucional de la realidad sobre las formas irradia la dicotomía que planteamos: *El contrato de trabajo: ¿realidad o ficción?* Ello es así porque como lo enseña AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ, los principios de una disciplina jurídica son

líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones [...] que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos en la ley⁷.

Son, en últimas, como lo señaló MARIO PASCO COSMÓPOLIS,

aquellos valores que solventan a la ley, la complementan y orientan su aplicación, dentro de la triple función que les atribuye DE CASTRO: informadora, en cuanto inspiran al legislador y sirven de fundamento del ordenamiento jurídico; normativa o integrativa, al actuar como fuente supletoria ante el vacío o la laguna legal; e interpretativa, al operar como criterio orientador del juez o del interprete⁸.

En efecto, el legislador colombiano orientado en los principios rectores del derecho laboral, frente a la definición legal del contrato de trabajo (C. S. del T., art. 22), se inspiró en el principio de la realidad o veracidad y en el artículo 23 señaló, que una vez establecidos sus tres elementos esenciales —prestación personal del servicio, continuada subordinación y remuneración—, el contrato de trabajo no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen, al tiempo que en el artículo 24 *ibidem*, consagró que la subordinación jurídica se presume *iuris tantum*. Ello

⁷ AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ, *Los principios del derecho del trabajo*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, pág. 14.

⁸ MARIO PASCO COSMÓPOLIS, *Reflexiones sobre los principios del derecho del trabajo*, Lima, Grijley, 2009, págs. 4 y 5.

significa que en los contenciosos laborales al demandante le basta con acreditar la prestación del servicio en favor del demandado, mientras que este, para desvirtuar la presunción legal, debe demostrar que la actividad contractual desarrollada por el aquel lo fue con plena autonomía e independencia, sin asomo de subordinación, caso en el cual el contratista no será titular de los derechos consagrados en las normas de carácter laboral.

Con lo expuesto hasta acá, tenemos lo siguiente:

1) toda relación jurídica en la que una persona natural se comprometa a prestar sus servicios en forma personal a otra, bajo su continuada subordinación y dependencia a cambio de un pago, constituye contrato de trabajo;

2) el contrato de trabajo genera obligaciones y derechos para las partes, pero los derechos contenidos en las normas laborales, que son de orden público, son insoslayables para el empleador e indisponibles para el trabajador;

3) aquellas relaciones jurídicas que adoptan una forma contractual diferente a la laboral, pero en las que en realidad concurren la prestación personal del servicio bajo la continuada subordinación del beneficiario de la actividad laboral a cambio de una retribución económica, en aplicación del principio de veracidad implica que, el supuesto contratista es en realidad un trabajador por cuenta ajena, titular de los derechos y beneficios consagrados en las normas laborales.

4) por el contrario, las relaciones jurídicas en las que no concurren los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, no están regidas por las normas laborales de orden público y, en consecuencia, el contratista no es titular de los beneficios y derechos en ellas estipuladas.

Así, podemos afirmar que toda persona natural puede prestar sus servicios a otra en calidad de trabajador dependiente mediante un contrato de trabajo, o como trabajador independiente en virtud de un contrato civil y comercial; si estamos ante la primera modalidad, la relación de trabajo se ejecuta bajo la égida de las normas del derecho del trabajo, en esencia tuitivas o protectoras del trabajador, mientras que en la segunda, donde los sujetos del contrato se encuentran en condiciones de igualdad, el contratista —también llamado trabajador por cuenta propia— no estará amparado por las normas del trabajo porque ambas partes estarán cobijadas por las disposiciones civiles o comerciales propias del nexo jurídico que las liga.

Sin embargo, bajo esta última modalidad contractual encontramos, con frecuencia, que los sujetos de la relación jurídica esconden verdaderas

relaciones de trabajo subordinadas con el fin de evadir obligaciones que en general le conciernen al empleador, y que dejan al trabajador en un nivel de precariedad y desprotección que lo aleja de los beneficios, derechos y prerrogativas consagradas en su favor en el derecho laboral. Es allí donde la realidad debe prevalecer, y es entonces cuando el juez está en la obligación de encontrar la verdad real.

Esa verdad real a la que debe arribar el juez, a quien se le han puesto de presente dos versiones opuestas de los hechos, bien lo puede conducir a concluir que a las partes en litigio las unió un contrato de trabajo, como también es posible que le permitan colegir que el nexo jurídico cuestionado en sede judicial, no es de carácter laboral sino civil o comercial.

Ese es el tema que abordaremos a continuación a partir de casos concretos que sometidos al escrutinio judicial, han dado lugar a la aplicación del principio de la primacía de la realidad frente a formas aparentes de contratación civil o comercial, así como también a otras conclusiones en las que han prevalecido verdades que desvirtúan la subordinación y dejan al descubierto relaciones independientes o por cuenta propia.

3. RELACIONES DE TRABAJO ENCUBIERTAS Y AMBIGUAS

Revisaremos algunos casos en los que judicialmente se ha reconocido la existencia real del contrato de trabajo con repercusiones económicas y sancionatorias a cargo del empleador, y otras en las que, por el contrario, ha quedado en evidencia que las relaciones jurídicas de las partes en litigio son de carácter comercial, civil o, dicho de otra manera, por cuenta propia, vale decir del contratista independiente.

1. Contrato de trabajo realidad

La controversia judicial la inició la demandante con el propósito de que se declarara la existencia de un contrato de trabajo que la ligó con la empresa demandada por espacio de siete años y, en consecuencia, que se profiriera condena al pago de acreencias laborales, indemnización por terminación injusta del contrato de trabajo e indemnización moratoria a título de sanción.

La sociedad accionada al dar contestación a la demanda precisó que inicialmente suscribió con la actora contratos de trabajo a término fijo que se prorrogaron durante aproximadamente dos años y que, de allí en adelante, suscribió un contrato civil de prestación de servicios que la demandante ejecutaba autónoma e independientemente y que

terminó por su iniciativa al abandonar sin retorno a las instalaciones de la empresa. La controversia planteada fue resuelta con sentencia absolutoria en la primera instancia, que luego fue revocada en la alzada.

El Tribunal de apelaciones basó su decisión, entre otras normativas, en los presupuestos legales que consagran los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo así como en la interpretación jurisprudencial que le ha dado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al principio de veracidad, y tras el análisis del elenco probatorio concluyó que la convocada a juicio no logró desvirtuar la presunción estatuida en el artículo 24 citado y, en ese contexto, profirió condenas económicas y sancionatorias a cargo de la demandada.

Al conocer la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el asunto en virtud del recurso extraordinario que impetró la sociedad accionada, no casó la sentencia impugnada en tanto encontró ajustada a la verdad procesal el análisis fáctico realizado por el Tribunal así como las inferencias jurídicas basadas en el principio de la realidad.

En lo que al tema concierne, dijo la Sala:

Juzga conveniente la Corte recordar lo que de antaño ha adocinado [...] que, en los asuntos en donde se discute la existencia de un contrato de trabajo, el deber del juez no se contrae a observar solamente la forma; es menester auscultar todo el acervo probatorio, para llegar a la verdad real y encontrar, de ser el caso, el contrato realidad, en oposición a un contrato formal, tal como lo instituye el artículo 53 de la Constitución Política, que establece en forma concreta que impera “la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”⁹.

Y como la parte recurrente en casación acusó al juez de segundo grado, de haber invertido la carga de la prueba en cuanto a la existencia del contrato de trabajo, en lo que respecta a la presunción *iuris tantum* consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, adujo la Corporación:

Ciertamente, existen normas de las que surgen consecuencias por completo opuestas a las alegaciones que aduce la censura, en cuanto, de una parte, señalan los elementos del contrato de trabajo y, de otra, establecen una presunción de su existencia; disposiciones de las que surge que la carga de la prueba que le endilgó el *ad quem* a la demandada, tienen pleno respaldo legal.

En efecto, los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo establecen las condiciones para la existencia del contrato de tra-

⁹ C. S. de J., SL, rad. 40352, 21 de marzo de 2012, Bogotá, Colombia.

bajo y sus elementos esenciales, los que una vez reunidos, dice la norma (art. 23), “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.

A su vez, textualmente enseña el artículo 24 *ibidem*, que “[s]e presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”, por manera que establecida la prestación personal del servicio de la demandante a favor de la sociedad accionada, al tenor de lo dispuesto en la citadas normas, se impuso la inferencia de la existencia presunta del contrato de trabajo, que bien pudo haber sido abatida por la demandada, quien en este caso, tenía la carga probatoria para desvirtuar la presunción.

Considera entonces la Corte, que si se demostró la prestación personal del servicio por parte de la actora, ello desencadenó la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, vale decir, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, de modo que no cometió error alguno el Tribunal al atribuirle a la demandada la obligación de acreditar que “el actor no cumplía con el horario, que no percibía salario y que la afiliación a la EPS [xxx], fue por mera liberalidad de la demandada”. Dicho en otras palabras, a la sociedad convocada al juicio le correspondía demostrar que la actora desarrollaba su actividad contractual con plena autonomía e independencia, sin asomo de subordinación¹⁰.

Por último, frente a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo que se le impuso a la accionada en las instancias, la Corte reiteró la ya decantada y pacífica jurisprudencia según la cual, dicha sanción no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cubra al trabajador las acreencias laborales que le adeuda, ya que el juez debe estudiar las pruebas aportadas al plenario a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no acompañada de razones que justifiquen su proceder, en cuyo caso conducirá a su exoneración o, por el contrario, a la condena de la indemnización pertinente cuando del análisis del acervo probatorio se deduce que el actuar de la accionada estuvo desprovista de la buena fe, que fue precisamente lo que halló demostrado en el plenario.

2. Mutación del contrato de trabajo al denominado de prestación de servicios artísticos.

¹⁰ *Ibidem*.

Narró el accionante en su demanda, que prestó servicios como actor durante más de veinticuatro años a una empresa que opera un canal privado de televisión, que en cumplimiento de esa labor debió desarrollar su capacidad artística en el montaje, representación, grabación y actuación de un *personaje*, además, escribir libretos, aprenderlos, ensayar el *personaje* y actuar en las filmaciones de televisión.

Que en vigencia del contrato de trabajo *con argumentos baladíes* la empresa lo persuadió ilegalmente a firmar carta de renuncia. Que, no obstante, sin solución de continuidad siguió prestando sus servicios subordinados a la demandada y que un mes después la empresa le requirió firmar un contrato de prestación de servicios artísticos. Explicó que en ambos casos aceptó coaccionado por temor a perder el empleo.

La empresa demandada adujo en su defensa que el contrato de trabajo terminó por la renuncia pura y simple que le presentó el trabajador; que le liquidó y pagó todos sus derechos laborales y prestacionales —legales y extralegales—, y que el posterior contrato de prestación de servicios artísticos lo desarrolló con autonomía e independencia.

El juez de primera instancia absolvió a la demandada mientras que el Tribunal revocó la decisión, declaró la existencia de un solo contrato de naturaleza laboral, condenó al pago de las acreencias derivadas del vínculo de trabajo y absolvió por concepto de indemnización moratoria. Ambas partes recurrieron ante la Corte en casación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ratificó la declaratoria de la existencia de un solo contrato de trabajo tal cual lo halló probado el juez de apelaciones, al establecer sin equívoco que entre las partes existió una sola relación laboral subordinada; que la demandada no desvirtuó la presunción legal del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo; que no demostró una diferencia esencial entre ese vínculo y el denominado contrato *de prestación de servicios artísticos* que se ejecutó a continuación, así como tampoco que se hubiera realizado por cuenta propia del supuesto contratista.

Al analizar el contenido de las cláusulas del contrato de prestación de servicios artísticos, dedujo que el accionante se encontraba sometido a las condiciones que le impusiera la empresa,

de tiempo, modo y lugar a cambio de una remuneración por cada capítulo emitido en donde interviniera el personaje, sin que se pudiera predicar que contaba con “un campo de acción” revestido de la autonomía que pregona la demandada¹¹.

¹¹ C. S. de J., SL3962-2014, rad. 41 775, Bogotá, Colombia.

En ese horizonte le dio prevalencia a la realidad fáctica dilucidada en el proceso, amparó los derechos laborales del accionante y modificó la decisión de segundo grado, en el sentido de imponer la condena por concepto de indemnización moratoria, ya que *ni del contrato de prestación de servicios artísticos suscrito ulteriormente a un contrato de trabajo*¹²—única prueba en la que la empresa fundamentó su defensa— ni de la conducta asumida por la demandada, surgieron razones serias y atendibles que le permitiera colegir, que la empleadora *creyó de buena fe*¹³ que el actor continuó ejerciendo los mismos roles que ejecutó en virtud de un contrato de trabajo, mediante un *contrato civil caracterizado por una real independencia jurídica del contratista frente a la contratante*¹⁴.

3. La prestación de servicios gerenciales, directivos y de asesoría vs. el contrato de trabajo

Este asunto resulta de especial interés dado que el litigio se suscita entre sujetos de alto nivel empresarial, industrial, directivo y asesor y, por tanto, concedores de normas laborales, civiles y comerciales, circunstancias que *prima facie* implicarían que el principio tuitivo y protector del derecho del trabajo, no tiene cabida. Sin embargo, el criterio mayoritario de la Corte, decidió hacer prevalecer la verdad real frente a la simplemente formal.

Refirió el accionante que un industrial, dueño de una organización empresarial sin personería jurídica, contrató sus servicios profesionales durante más de treinta años mediante un contrato verbal de trabajo; que durante la vigencia de ese vínculo sus salarios, prestaciones y beneficios laborales le fueron pagados, parcialmente, a través de diferentes empresas del grupo —a las que en solidaridad también llamó a juicio—, pero que, no obstante, el único empleador y beneficiario de sus servicios era el demandado; que las compañías de la organización a las cuales prestó sus servicios, carecían de potestad para dirigir su actividad personal pues siempre se impuso la autoridad y la voluntad de la persona natural convocada al litigio, lo que descartaba la posibilidad de que las empresas hayan sido sus empleadoras de forma individual o grupal, o que se presente una coexistencia de relaciones laborales diferentes de la relación regida por el contrato de trabajo establecido entre demandante y demandado.

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem.*

Bajo esos supuestos demandó la declaratoria judicial de un contrato de trabajo, pago y reliquidación de salarios y prestaciones, indemnización por terminación unilateral e injustificada del contrato de trabajo e indemnización moratoria.

La persona natural demandada negó el nexo laboral directo objeto de demanda. Explicó que se configuraron diversos contratos de trabajo entre el accionante y las empresas de la organización, mismas que al contestar la demanda indicaron el tipo de contrato de trabajo convenido con el demandante y la duración de cada uno.

Los jueces en las instancias no le dieron prosperidad a las pretensiones. Tras la revisión del acervo probatorio el *ad quem* estimó que no se configuró el contrato de trabajo entre el demandante y la persona natural accionada; que existieron varios e independientes contratos con las diferentes empresas del grupo y declaró prescritos los derechos reclamados.

En sede de casación, el criterio mayoritario de la Corte Suprema de Justicia estableció que el recurso era fundado. Para resolver el problema jurídico planteado, identificó tres intervalos los que el accionante tuvo vínculos jurídicos con el industrial y su conglomerado empresarial, así: (1) contratos de trabajo suscritos con empresas de la organización durante un periodo continuo de poco más de catorce años; (2) funciones desarrolladas por el demandante por un espacio aproximado a los trece años, durante los cuales ejerció la presidencia del grupo empresarial y le prestó servicios de asesoría; y (3) fenecimiento del último nexo jurídico.

Frente al primer periodo (1º de febrero de 1968 al 27 de octubre de 1982), tras el análisis de las pruebas denunciadas, halló la Corte que no era posible establecer la existencia de un contrato de trabajo con la persona natural demandada durante el periodo objeto de estudio,

como quiera que los otros elementos de convicción apuntan a una realidad diametralmente opuesta: que el demandante hasta su nombramiento como Presidente de la Organización [...] (28 de octubre de 1982), prestó sus servicios exclusivamente en beneficio de los entes económicos que se encontraban bajo su dirección en calidad de gerente o presidente¹⁵.

Es decir, en ese lapso, el actor no demostró que hubiera prestado sus servicios en forma personal y directa por cuenta del demandado, sino que lo fue para las personas jurídicas del grupo empresarial.

¹⁵ C. S. de J., SL1490-2014, rad. 39 866, 9 de abril de 2014, Bogotá, Colombia.

El análisis arrojó resultados totalmente opuestos en el segundo intervalo —28 de octubre de 1982 a 4 de junio de 1995—, durante el cual el demandante fungió como presidente y asesor jurídico de la organización empresarial. En efecto, las pruebas demostraron que:

[...] la organización empresarial no es una persona jurídica ni un ente diferente a la persona que lleva su nombre [...], en tanto y en cuanto [...] es una denominación que el demandado, en su condición de socio mayoritario, le da a un conjunto de empresas.

Por manera que, para la época en que se presentaron los hechos, existía plena identidad entre la [organización] y la persona natural [xxx], [...] lo que se traduce en que el censor no tuvo un empleador diferente al accionado para la época en que prestó sus servicios directamente a la organización, siendo la empresa [xxx] una simple intermediaria para el pago de los salarios, prestaciones y aportes a los riesgos de IVM.

Lo expuesto cobra más fuerza dado el cargo de Presidente que desempeñó el demandante al servicio de la denominada Organización [xxx] durante un tiempo, de donde refulge que no tuvo un superior jerárquico diferente al demandado, como tampoco puede decirse que su gestión hubiese sido controlada por una junta o consejo directivo u otro órgano o persona diferente. Igual apreciación cabe respecto a la fijación de la remuneración para el trabajo que desarrolló¹⁶.

Se ocupó la Corte del tercer y último intervalo planteado a fin de determinar el extremo final del contrato de trabajo realidad, dado que el accionante insistía en que este prevaleció hasta junio de 1999, hecho que pretendió demostrar con los pagos que mensualmente le eran consignados con cargo a la cuenta personal del industrial demandado.

Para la Sala el contrato de trabajo realidad que unió a los contendientes finalizó el 4 de junio de 1995, porque de esa fecha en adelante el convocante a juicio desempeñó funciones oficiales como agente diplomático del gobierno colombiano en un país europeo, y en razón a que no acreditó que hubiere desplegado actividad personal alguna a favor del industrial acusado.

Para ello, por una parte, la Corporación destacó la incompatibilidad legal en el ejercicio de funciones públicas y privadas. Dijo que
bajo el principio general del derecho según el cual nadie puede beneficiarse u obtener provecho de una conducta ilícita o prohibida

¹⁶ *Ibidem*.

por las normas que interesan al orden público y social —como lo son las que regulan el Servicio Diplomático— y la buena fe¹⁷.

Por otra parte —agregó— que si bien se demostró que después de fenecido el contrato de trabajo el empresario realizó consignaciones periódicas en la cuenta bancaria del demandante,

no es posible predicar de ello la existencia o presunción de un contrato laboral, puesto que esos comprobantes por sí solos y sin que este acompañados de una correlativa prestación personal del servicio, nada concluyen sobre la existencia de la relación jurídica anhelada, ya que para la configuración del contrato de trabajo se requiere que, como presupuesto mínimo, en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la parte demandada, pues en lo que concierne a la subordinación jurídica, esta se presume *iuris tantum* conforme lo preceptúa el artículo 24 del C. S. del T.¹⁸.

4. Contrato de prestación de servicios de celaduría vs. contrato de trabajo realidad

La verdad revelada en este caso, tiene trascendencia frente a los explicados en precedencia, porque en este se arribó a la conclusión de que el demandante era un contratista, mas no un trabajador subordinado de la sociedad accionada.

El conflicto se redujo a dilucidar la naturaleza del vínculo que existió entre las partes, pues mientras que el demandante buscó la declaratoria de una relación subordinada con el consecuente pago de las acreencias laborales, la demandada alegó que lo acordado fue un contrato de prestación de servicios independientes de celaduría y vigilancia, tesis acogida por el sentenciador de alzada.

La mayoría de los integrantes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avaló la decisión absolutoria del colegio de segunda instancia, en tanto y en cuanto la sociedad demandada desplegó una importante actividad probatoria para desvirtuar la subordinación jurídica cuya presunción predica el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Frente al contenido de las cláusulas del contrato de prestación de servicios de celaduría y vigilancia, esto dijo la Corporación:

La sola función convenida en un contrato de prestación de servicios no es un indicativo inexorable de la existencia de una relación

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

subordinada, pues será en cada caso que deberán analizarse las condiciones particulares que rodeen el cumplimiento de la actividad contratada, ya que si se demuestra que la misma no conlleva subordinación o dependencia, como ocurrió en el *sub examine*, la prestación del servicio se sitúa en un campo diferente al laboral.

Igualmente, la presencia de ciertas condiciones en la prestación de un servicio, como la continuidad y la obligación de cumplir lo pactado, vistas de manera aislada, no determinan necesariamente la existencia de la subordinación laboral, dado que las hay comunes para contratos de distinta naturaleza; por demás, el cumplimiento o ejecución de una tarea pactada no es exclusivo del contrato de trabajo, pues es connatural a todo convenio, en el que se acuerde una obligación de hacer, cualquiera que sea el área del derecho que gobierne la materia del contrato celebrado entre las partes¹⁹.

Explicó también que del claro y expreso tenor del contrato suscrito entre las partes, emanaba que fue el mismo contratista quien se obligó con la demandada

a poner a disposición dos personas para cumplir con las funciones, turnos y horarios establecidos en el contrato, [...] de modo que si el objeto del contrato debía cumplirse a través de interpuestas personas, fácil es concluir que en el caso de autos, no se configura una subordinación jurídica²⁰.

Y, que si bien *motu proprio* el accionante decidió contratar solo a una persona, para desarrollar él directamente las restantes tareas, ello no desvirtuó la naturaleza civil del nexa jurídico que lo ligó a la demanda.

Respecto a los horarios convenidos para la ejecución de los servicios de vigilancia y celaduría, señaló la Corte:

De otra parte, es menester señalar que es cierto que en nuestro sistema legal respecto de las relaciones laborales del sector privado, la existencia de un horario de trabajo, es un elemento indicativo de la presencia de subordinación, pero no necesariamente unívoco, concluyente y determinante, porque como lo ha explicado también la jurisprudencia de la Sala, la fijación del tiempo que ha de emplear quien presta el servicio en su actividad puede darse en otro tipo de relaciones jurídicas, sin que por ello se entiendan forzosamente signadas por la subordinación laboral, como lo expresa el recurrente.

Acá, en cuanto al horario establecido en el contrato, es patente que dentro del contexto de lo pactado con el accionante, no es un

¹⁹ C. S. de J., SL184342014, rad. 44 191, 18 de junio de 2014, Bogotá, Colombia.

²⁰ *Ibidem*.

horario personal de este, sino que dicho horario corresponde al de prestación del servicio de vigilancia y celaduría, el cual lo suministraba el contratista quien “pondrá a disposición del servicio de celaduría y vigilancia mínimo dos personas para cumplir con los turnos y horarios establecidos [...]”²¹.

Puesto en otros términos, el horario no es una característica exclusiva de una relación de dependencia, pues en otro tipo de contrataciones puede ser necesaria y aun indispensable para el cumplimiento del objeto del contrato, sin que ello conlleve la existencia de un contrato de trabajo, como ocurre en el caso bajo análisis en el que se acordó la prestación de los servicios de celaduría y vigilancia en un horario determinado, lo cual constituye tan solo una circunstancia lógica y propia del objeto contractual que buscaba garantizar el servicio de celaduría confiado a un particular contratista independiente, sin que ello implique el encubrimiento de un ilegal artilugio para camuflar una vinculación laboral subordinada con el propósito de evadir las consecuencias de la misma²².

5. Contrato de trabajo vs. contrato de agencia comercial

Las especiales circunstancias fácticas de este caso, arrojaron una decisión judicial similar a la anterior. Los actores —compañero e hijos de la trabajadora fallecida—, reclamaron la existencia de un contrato de trabajo entre la causante y la llamada a juicio, así como el consecuente pago de salarios y prestaciones.

El debate giró en tono a que la causante y la cooperativa demandada inicialmente estuvieron vinculadas por un contrato de trabajo que posteriormente mutó a otro de naturaleza diferente, esto es, al de agencia comercial, en virtud del cual la labor ejecutada por la compañera y madre de los demandantes, *nunca fue independiente pues siempre cumplió a cabalidad con las órdenes impuestas por la demandada*²³. Los jueces en las instancias no le dieron prosperidad a las pretensiones.

Después de la revisión de los medios probatorios cuyo juicio de valor se cuestionó, la Corte Suprema de Justicia no casó la sentencia del Tribunal y por el contrario avaló el análisis que partió de las diferencias entre el contrato de trabajo y la agencia comercial, distinción que le permitió afirmar que en el nexo contractual objeto de litigio, no se configuró uno de los elementos esenciales del primero —prestación

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ C. S. de J., SL, rad. 40 121, 24 de enero de 2012, Bogotá, Colombia.

personal del servicio— en tanto la causante delegaba en su compañero e hijos la ejecución de las labores contratadas.

Y frente a la obligación contractual que le imponía a la causante el deber de presentar informes, supuesto sobre el cual se pretendió edificar la subordinación, dijo la Corporación que ello no implicaba la subordinación jurídica que se pregona del contrato de trabajo, toda vez

que dichos reportes constituyen el resultado del cumplimiento del objeto del vínculo jurídico que unió a las partes, dado que la actividad para la cual fue contratada, por su misma naturaleza, implicaba informarle diariamente a la Cooperativa sobre las ventas de tiquetes, e incluso ello era la base para el reconocimiento y pago de la retribución por sus servicios²⁴.

En lo que respecta a la ausencia de algunas formalidades propias del contrato de agencia comercial, a más de otras reflexiones concluyó la Corporación que conforme al artículo 824 de ese estatuto comercial *[l]os comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco*.

En síntesis, la Corte estimó que no erró el tribunal de alzada al no encontrar configurados los elementos del contrato de trabajo, en esencia, la prestación personal del servicio y la continuada subordinación.

Compartimos las decisiones judiciales comentadas, porque si bien algunas les dieron la razón a los demandantes que ejecutaron sus actividades bajo el ropaje de contratos civiles o comerciales, cuando en verdad eran trabajadores subordinados y, en ese contexto, se hizo primar la verdad sobre la forma, también es cierto que en los otros, cuyos resultados fueron opuestos, ello obedeció a que los jueces no encontraron elementos probatorios que les permitiera declarar la existencia del contrato de trabajo realidad, bien porque no se observaron los tres elementos que lo configuran (C. S. del T., art. 23), o bien porque hallaron pruebas suficientes para desvirtuar la presunción de subordinación consagrada en el artículo 24 *ibidem*.

Con la exposición resumida de estos cinco casos, nos propusimos ilustrar las tendencias jurisprudenciales frente a la aplicación del principio de veracidad o realidad en torno a la existencia o inexistencia del contrato de trabajo, en cuya función los jueces tienen una misión esencial —encontrar la verdad real—, pues de nada serviría reclamar la primacía de la realidad, si en sus decisiones se atienen tan solo a la

²⁴ *Ibidem*.

formal, en detrimento de los derechos de los asociados que esperan del Estado una debida y efectiva administración de justicia.

4. LA PRIMACÍA DE LA VERACIDAD O REALIDAD FRENTE A LA TERCERIZACIÓN LABORAL

El ordenamiento jurídico colombiano ha previsto la conformación de empresas de servicios temporales, cooperativas de trabajo asociado y otras figuras tales como los convenios que se suscriben con organismos internacionales, así como la externalización de actividades productivas de la empresa a través de la figura conocida como *outsourcing*. Todas esas instituciones, sin excepción, son válidas. Por ello, porque reconocemos su legalidad y la utilidad que sin duda le proporcionan al sector empresarial, industrial y estatal, no pretendemos criticarlas o cuestionarlas.

Lo que nos proponemos en este acápite es enseñar que el uso inadecuado de esas instituciones jurídicas, cuando se han implementado con la finalidad de encubrir verdaderas relaciones de trabajo subordinado para soslayar obligaciones derivadas del contrato de trabajo, han dado lugar a que judicialmente se le dé prevalencia a la realidad sobre las formas, con el consecuente restablecimiento de los derechos conculcados a cargo de las entidades oficiales y particulares que en verdad han resultado ser las directas empleadoras de los demandantes.

La tercerización laboral es un tema de gran preocupación a escala mundial, tal y como lo recordara el profesor ÓSCAR ANDRÉS BLANCO RIVERA al enseñar:

que en el caso de las llamadas *relaciones de trabajo triangulares* en el marco de las cuales el trabajador realiza un trabajo o presta un servicio en beneficio de un tercero denominado usuario, que no es su empleador, la OIT precisa que se les debe inspeccionar para evitar que puedan derivar en desprotección de los trabajadores en misión. Aquí se trata de determinar quién es el verdadero empleador, cuáles son los derechos del trabajador y quién responde por ellos. Por consiguiente es necesario que la ley y la jurisprudencia señalen cuáles son los requisitos que se exigen para esta clase de empresas o agencias de servicios temporales para que sean consideradas como tales y no como simples intermediarias²⁵.

²⁵ ÓSCAR ANDRÉS BLANCO RIVERA, *Criterios para evitar el abuso de la tercerización*, Ponencia presentada por el autor al XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Cartagena de Indias, 28 de abril de 2005.

En ese horizonte, ilustraremos cuatro casos judiciales diferentes. Uno en el que se vio involucrada una empresa de servicios temporales, dos más en los que como usuarias participaron cooperativas de trabajo asociado y, otro, en el que se utilizó un convenio con un organismo internacional. En todos, los jueces hicieron prevalecer el principio de veracidad frente a las simples formas adoptadas por los sujetos.

1. El trabajador en misión vs. el trabajador directo de la empresa usuaria.

La demandante requirió de los jueces la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo que se suscitó con una empresa industrial y comercial del Estado durante de cerca de cuatro años, juicio al que convocó en condición de intermediaria y obligada solidaria de las acreencias laborales reclamadas, a una empresa de servicios temporales que la envió a dicha entidad en calidad de trabajadora en misión.

En el trámite de las instancias se negaron las pretensiones de la actora, en el entendido de que sus servicios fueron prestados a la usuaria como trabajadora en misión, de manera que para todos los efectos legales se consideró a la empresa de servicios temporales como empleadora de la demandante.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desestimó la decisión del Tribunal al considerar que la empresa de servicios temporales actuó como empleador aparente y como intermediario que ocultó su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo y, por ende, que el usuario era el verdadero y directo empleador.

Así lo concluyó en razón a que la duración de la contratación de la trabajadora *en misión*, superó el término de seis meses prorrogable hasta por seis meses más, de donde dedujo que se configuró una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria era en verdad la empleadora directa de la trabajadora, y la empresa de servicios temporales la deudora solidaria de las acreencias laborales en tanto ocultó su condición de intermediaria.

Dijo entonces la Corte:

[...] frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como

un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.

Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C. S. del T.; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales²⁶.

Redundó en las razones con apoyo en la sentencia de esa misma Corporación, radicación 9435 de 24 de abril de 1997 y al caso concreto precisó:

Bajo los derroteros trazados, en la decisión jurisprudencial aludida, claramente se colige que las entidades del Estado que desconozcan los límites de la contratación de trabajadores en misión también deben ser consideradas como empleadores de acuerdo con las reglas que determinen la clasificación de sus servidores; posición que tiene pleno respaldo en el principio de primacía de la realidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional, toda vez que no puede entenderse nada distinto a que cuando una entidad del Estado contrata irregularmente trabajadores en misión que prestan directamente sus servicios para ella deban ser considerados como servidores suyos²⁷.

Así, casó la decisión de segundo grado y en aplicación de los principios protectores y tuitivos del derecho laboral, concretamente en el de la veracidad o realidad condenó a la empresa usuaria en condición de empleadora directa y a la empresa de servicios temporales solidariamente.

2. Supresión de cargos públicos para satisfacer la prestación de los servicios de salud a través de cooperativas de trabajo asociado.

El Estado, por razones de modernización de la administración y racionalización del gasto público, puede disponer la supresión de empleos

²⁶ C. S. de J., SL, rad. 25717, 22 de febrero de 2006, Bogotá, Colombia.

²⁷ *Ibidem*.

públicos previa la demostración de las necesidades del servicio o racionalización del gasto. Esa figura fue utilizada por una empresa social del Estado para suprimir todos los cargos de auxiliares de enfermería.

Uno de los servidores afectados con dicha decisión demandó. La primera instancia culminó con decisión absolutoria al decir del *a quo*, porque la autoridad administrativa obró conforme a sus competencias y en tanto el daño causado al actor con la supresión del cargo del cual era titular, le fue resarcido con el pago de la correspondiente indemnización.

Según dan cuenta las pruebas arrojadas al proceso, la junta directiva de la entidad, a partir del estudio técnico pertinente, autorizó la supresión de los citados cargos así como la contratación de las funciones inherentes a los empleos eliminados, con una cooperativa de trabajo asociado.

Para la Sección Segunda del Consejo de Estado, ese proceder “constituye un claro proceso de «deslaboralización», pues, a pesar de que se utilizan formas asociativas legalmente válidas [...], busca [...] falsear las relaciones de trabajo”²⁸. Puntualizó que conductas como esas burlan los derechos de los servidores públicos, entre otros, el de la estabilidad laboral, a más de destacar que las cooperativas de trabajo asociado no pueden “ser utilizadas como instrumentos que desconozcan la realidad del vínculo laboral”²⁹.

Afirmó que la ESE demandada suprimió las plazas de auxiliares de enfermería, no porque no las requiriera o sobraran dentro de la entidad, sino so pretexto de reducir costos, para contratar las labores inherentes a estas a través de una Cooperativa de Trabajo Asociado. Proceder que, como se concluye de lo expuesto hasta el momento, desconoce la protección especial que le asiste a la relación laboral [...]³⁰.

A partir de tales reflexiones revocó la decisión de primera instancia, accedió a las súplicas de la demanda, declaró la nulidad parcial del acto administrativo impugnado, y a título de restablecimiento del derecho ordenó el reintegro del accionante y el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir.

La providencia en nuestro criterio es de trascendental importancia, no solo porque destaca el principio de estabilidad aun en los casos de

²⁸ C. de E., SCA, Sección Segunda, Subsección A, rad. 05001-23-31-000-2004-00724-01(2570-07), 12 de octubre de 2011, Bogotá, Colombia.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

reestructuración o modificación de las plantas de personal de las entidades oficiales, sino porque, en el tema que nos ocupa, le dio prevalencia a la verdad y dejó de lado la formal, al tiempo que reprochó la fraudulenta utilización de la tercerización a través de las cooperativas de trabajo asociado en detrimento de los derechos de los servidores estatales.

3. Contratación de servicios médicos a través de cooperativas de trabajo asociado.

El debate judicial nació en virtud de la demanda que impetró un médico en contra de una caja de compensación familiar con la finalidad de que se declarara la existencia de un contrato de trabajo con la consecuente condena al pago de salarios, prestaciones sociales, indemnización por terminación injusta del contrato e indemnización moratoria, porque según dijo, inicialmente le prestó servicios como trabajador subordinado, relación que luego, por solicitud de la empresa, mutó a la de trabajador asociado de una cooperativa de trabajo a la que por obligación se vinculó. El juez de primera instancia no le halló la razón. Por su parte el Tribunal revocó la decisión.

El *ad quem* consideró que la cooperativa sirvió de fachada con la finalidad de “evitar el pago de prestaciones sociales a los afiliados a ella”³¹, y que la prestación del servicio por parte del médico demandante fue de naturaleza laboral. Sin embargo, absolvió por concepto de indemnización moratoria. La Corte confirmó la existencia del contrato realidad entre el actor y la caja usuaria, pero revocó la absolución frente a la sanción moratoria al estimar que el contrato de prestación de servicios que celebraron caja y cooperativa, no podía ser utilizado por el Tribunal para dar por demostrada la buena fe.

Se destaca en la sentencia que la Corporación reitera que la contratación con cooperativas de trabajo asociado para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios está permitida por la ley; que además constituye una importante fuente de trabajo a través de la organización autogestionaria de personas que deciden asociarse para trabajar de manera solidaria bajo sus propias reglas. Pero recrimina, eso sí, su utilización fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo con el fin de evadir derechos laborales de quienes en apariencia fungen como cooperados, cuando en realidad son trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica.

En el tema que nos convoca —principio de veracidad o realidad— dijo la Sala:

³¹ C. S. de J., SL, rad. 25713, 6 de diciembre de 2006, Bogotá, Colombia.

Por esa razón, cuando se ha contratado a una cooperativa de trabajo asociado para que preste un servicio, ejecute una obra o produzca determinados bienes, es claro que en el evento de que los trabajadores que adelanten la ejecución de las actividades en desarrollo del respectivo contrato se hallen sin duda sujetos a una subordinación típicamente laboral respecto del beneficiario del servicio, de la obra o de la producción de bienes, deberán ser considerados como sus trabajadores para todos los efectos legales, por concurrir allí los elementos que configuran una verdadera relación de trabajo, como con acierto lo concluyó en este caso el Tribunal, lo cual es fiel trasunto del principio de la primacía de la realidad, elevado hoy a rango constitucional por el artículo 53 de la Constitución Política.

Y no podrá considerarse legalmente en tales eventos que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de ésta porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y, en segundo lugar, porque la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales, calidad que, importa destacar, no puede asumir una cooperativa de trabajo asociado por ser sus funciones legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión³².

Estas dos decisiones judiciales, imponen recordar que si conforme al artículo 8° del Decreto 4588 de 2006, “las cooperativas ostentan la condición de propietarias, poseedoras o tenedoras de los medios de producción y labor, tales como instalaciones, equipos, herramientas, tecnología y demás medios materiales o inmateriales de trabajo”, cuando los aparentes cooperados desarrollan sus actividades con los bienes e instrumentos propios de la usuaria, ofrecen un elemento más para determinar que ese vínculo lo es solo en apariencia, y que la cooperativa es una fachada para encubrir verdaderas relaciones de trabajo subordinado.

³² *Ibidem*.

4. Convenio con organismo internacional vs. primacía de la realidad.

Este proceso adelantado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo tuvo su génesis en la demanda que contra una unidad administrativa especial adelantó el demandante con miras a obtener la nulidad del acto administrativo a través del cual la entidad le negó la existencia de una relación laboral subordinada, así como la condena al reconocimiento y pago de derechos laborales por el tiempo en que se desempeñó como *experto ocupacional*, en virtud de contratos de prestación de servicios que suscribió con el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y ejecutados en la entidad accionada bajo su subordinación.

Por su parte, la demandada basó su defensa, principalmente, en los contratos de prestación de servicios que celebró el demandante con el PNUD dentro del Acuerdo Básico de Cooperación suscrito en 1974 por el gobierno colombiano, en cuya ejecución el demandante “desarrolló la actividad de manera independiente y autónoma, sin derecho a prestaciones sociales, únicamente al pago de sus honorarios”³³, y en el cual la entidad demandada solo ejerció vigilancia, control y supervisión de las obligaciones derivadas de los mencionados contratos,

conforme a la naturaleza civil de estos, que conlleva el poder o facultad de exigir el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por las partes con las instrucciones y coordinaciones técnicas específicas que hay que valorar dentro del entorno de la relación³⁴.

El tribunal de primera instancia denegó las súplicas de la demanda, en esencia, porque el contrato de prestación de servicios no fue suscrito con la entidad oficial demandada, sino con un tercero —el PNUD— que además era quien le cancelaba los correspondientes honorarios.

Al conocer de la segunda instancia el Consejo de Estado revocó la decisión del *a quo*, declaró la nulidad del acto administrativo demandado y condenó a la entidad oficial, a título de reparación del daño, a reconocer y pagar a favor del actor las prestaciones sociales y los aportes a las entidades de seguridad social en su debida proporción.

Para ello, comenzó por advertir

que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las

³³ C. de E., SCA, Sección Segunda, Subsección B, rad. 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10), 15 de junio de 2011.

³⁴ *Ibidem*.

formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la Const. Pol. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos³⁵.

Refirió que en estos casos la jurisprudencia de las Altas Cortes acude a los principios generales del derecho para solucionar las controversias derivadas de la utilización fraudulenta del contrato de prestación de servicios, concretamente al de la primacía de la realidad previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política,

de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla³⁶.

Precisó que en los casos en que el juez verifique que entre quien presta el servicio y la entidad donde este se ejecuta, están presentes la prestación personal del servicio y la subordinación, la relación de carácter laboral no deja de ser lo que realmente es, por razón de que el pago provenga de un tercero, en este caso del PNUD.

Dijo así la Corporación:

No se puede por la formalidad del contrato de prestación de servicio, desconocerse el verdadero vínculo que subyace y que genera una relación laboral, al verificarse que el pago se realizó por un tercero aparentemente solo por la labor cumplida, pues precisamente esta remuneración se deriva del trabajo realizado personalmente en la entidad que efectivamente se benefició de la labor, es decir que debe resaltarse que el elemento económico de la prestación sí existe pues esta remuneración se reconoce por el servicio prestado directamente a la entidad³⁷.

A partir de lo anterior afirmó que la entidad en la que se ejecutó el servicio, beneficiaria de la labor desempeñada por el denominado

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ C. de E., SCA, Sección Segunda, Subsección B, rad. 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10), 15 de junio de 2011.

³⁷ *Ibidem*.

contratista, está en la obligación de reconocer los derechos económicos laborales propios de la relación subordinada.

A tal conclusión arribó dadas las múltiples pruebas que dieron cuenta de la prestación personal del servicio y de la subordinación propia de las relaciones laborales legales y reglamentarias, todo lo cual le permitió concluir que el actor no ejecutaba sus actividades con independencia y autonomía, tal y como lo ordena el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Agregó que el acervo probatorio también evidenció que el demandante ejerció sus funciones en las mismas condiciones que los servidores de planta, las que por demás eran de carácter permanente y, por contera, inmersas en la prohibición legal de contratación por prestación de servicios en tanto vulnera el carácter temporal propio de este tipo de contratos.

Para el caso, fuerza recordar que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en desarrollo de lo cual precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y la prestación personal subordinada de un servicio.

Adujo el Tribunal Constitucional:

el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; *a contrario sensu*, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente³⁸.

En suma, estimó la Corte Constitucional que la norma demandada no transgrede el principio del derecho a la igualdad, toda vez que servidores públicos y contratistas de la administración no se encuentran en las mismas condiciones fácticas y jurídicas. Precisó —no obstante— que la vulneración de las normas contractuales por parte de la

³⁸ C. de Co., rad. C- 154, exp. D-1430, 19 de marzo de 1997, Bogotá, Colombia.

administración podrá ser judicialmente demostrada y, entonces, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, implicará la protección del derecho al trabajo y las garantías laborales.

5. A MANERA DE REFLEXIÓN

Cuando un contrato de trabajo o una relación legal y reglamentaria adoptan una forma distinta a la que en verdad tienen, ocasiona consecuencias negativas para trabajadores, empleadores, Estado y sociedad.

Para el trabajador porque se le deja desprovisto de los derechos que las normas de trabajo establecen en su favor y de la familia que de él depende, entre otros, afiliación al sistema de seguridad social y pago compartido de aportes al sistema; reconocimiento de acreencias laborales tales como cesantías e intereses, primas de servicios, recargos por trabajo nocturno, extraordinario o en días de descanso; auxilio de transporte, vestido y calzado de trabajo, vacaciones, etc. Y en ocasiones, no poco frecuentes, de otras prerrogativas de carácter extralegal consagradas en pactos, convenciones, laudos o reglamentos del empleador.

Por su lado, el empleador también podrá ser sujeto de repercusiones adversas a sus intereses, porque si bien mediante contratos civiles y comerciales ahorra costos laborales, también es cierto que en su contra se pueden proferir decisiones judiciales cuando quiera que en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, se califique como asalariado o trabajador subordinado a quien vinculó como contratista por cuenta propia, con importantes condenas económicas que le obliguen al reconocimiento de lo dejado de pagar e indemnizatorias a título de sanción.

Así mismo, quienes son vinculados bajo la etiqueta de trabajadores por cuenta propia, solo en apariencia, a los sectores industriales y empresariales, generalmente reciben una capacitación insuficiente para los roles que deben desempeñar; con ello, no solo se ponen en riesgo su salud e integridad, sino que también se generan altos costos derivados de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.

Por otra parte, poner en funcionamiento el aparato judicial —por demás congestionado en todos sus niveles— genera costos a cargo del Estado que en últimas repercuten en toda la sociedad. Adicionalmente, la desprotección de los trabajadores así vinculados, los deja expuestos a una mayor inestabilidad laboral que una vez configurada

crea obligaciones a cargo de la administración pública y de la sociedad, para brindar protección a los desempleados y sus familias, lo que de suyo implica también, que los sistemas financieros dejan de percibir los aportes del sistema de seguridad social y parafiscalidad así como el recaudo de impuestos.

En las entidades oficiales y sus autoridades también hay consecuencias graves, pues no debe olvidarse que si bien la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de igual manera se han establecido limitantes para evitar el abuso y uso fraudulento de esta figura jurídica, tanto en las normas laborales propias de los empleados públicos así como en otras tales como la Ley 790 de 2002, en la que se les prohibió a los entes estatales del orden nacional “celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos”³⁹, y la Ley 734 de 2002 por la cual se expide el Código Único Disciplinario, cuyo artículo 48 estableció como falta gravísima,

[c]elebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.

Por lo expuesto, la huida del contrato de trabajo y de la relación laboral legal y reglamentaria hacia otras formas de vinculación debe desaparecer. Tal afirmación no desconoce la existencia de contratos ajenos al derecho laboral —civiles, comerciales, administrativos de carácter estatal—, por el contrario, reafirman su legalidad a condición de que se utilicen para las finalidades previstas en el ordenamiento jurídico, mas no para encubrir verdaderas relaciones de trabajo subordinadas y dependientes en detrimento de los derechos constitucionales y legales de los trabajadores.

³⁹ Ley 790 de 2002, por medio de la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al presidente de la República.

CAPÍTULO II

¿ES EL ESTADO UN EJEMPLO DE ACATAMIENTO DE LA LEY LABORAL?*

JOSÉ ALEJANDRO SIERRA**

1. INTRODUCCIÓN

En un Estado social de derecho, donde el trabajo se ha constituido en uno de los pilares más importantes de la sociedad colombiana, la relación de empleador y trabajador ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial de suma importancia, en virtud a la ausencia de igualdad entre las dos partes, circunstancia que ha generado una protección especial de la parte más débil, es decir, el trabajador.

La mencionada protección por parte del Estado ha generado una definición clara y concisa del contrato de trabajo en nuestra ley laboral, imprimiéndole unos elementos esenciales a dicha relación, como son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia y un salario como retribución del servicio, los cuales, en caso de coexistir, permitirán presumir la existencia de un contrato de naturaleza laboral, sin importar la denominación que el empleador le haya dado al documento firmado por las partes, bajo el principio de la primacía de la realidad.

La celebración de un contrato de naturaleza laboral genera unas obligaciones económicas en cabeza del empleador, como es el pago de prestaciones sociales, vacaciones, pagos parafiscales, cotizaciones al sistema de seguridad social, entre otras, configurando para el empleador un incremento en el gasto y costo de la empresa o entidad, motivo por el cual, tanto las empresas como las entidades públicas han buscado evitar dichas obligaciones laborales mediante la celebración de un

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.21>

** Abogado en la firma Brigard & Urrutia Abogados S. A. S. Abogado de la Universidad Santo Tomás de Aquino. Magíster en Asesoría Jurídica de Empresas en el IE de Madrid (España) y Magíster en Derecho LLM. de la Universidad de los Andes Especialista en Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana y en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes.

contrato de prestación de servicios, regido en un principio por la ley civil, pero coexistiendo en la realidad contractual, la prestación personal del servicio y la continuada subordinación del mal llamado *contratista*.

Por lo anterior, la celebración de un contrato de prestación de servicios, regido por la ley civil, se ha convertido en un medio para contratar personas idóneas para el cumplimiento de las actividades demandadas por un empleador. Vinculan profesionales para desarrollar funciones que exigen la dedicación exclusiva en el puesto de trabajo, bajo las órdenes de un jefe inmediato y con los materiales propios de la entidad, sin tener que pagar suma alguna por prestaciones sociales y demás conceptos de naturaleza laboral.

Aunque el principio de la primacía de la realidad lleva muchos años de aplicabilidad y desarrollo jurisprudencial, increíblemente no es respetado por el propio Estado, entidad encargada de propender por el ejemplo y acatamiento íntegro de las normas jurídicas y principios jurisprudenciales que regulan el derecho laboral de nuestro país. Lo anterior es una realidad que tienen que afrontar y vivir la mayoría de los contratistas personas naturales de las entidades públicas, quienes, ante el afán de vincularse a la vida laboral aceptan las condiciones irregulares impuestas por el Estado.

La contratación de profesionales a través de un contrato de prestación de servicios, se ha convertido en una conducta habitual y constante por parte de los empleadores del sector público, sin que exista un control previo de las autoridades de control establecidas en nuestra legislación, en donde seguramente muchos de sus profesionales tendrán la misma forma de vinculación.

La explotación y abuso de un trabajador es un tema de alta importancia dentro del manejo social del país, no en vano se ha otorgado al derecho al trabajo, el carácter de fundamental dentro de la Carta Política, sin embargo, la ausencia de medios de prevención hace imposible detener la transgresión y abuso de la ley laboral, que de manera descarada y ante los ojos de la autoridad se está desarrollando en la actualidad, ya que la protección del derecho al trabajo, mediante el principio de la primacía de la realidad, es posterior a la violación de la norma. Además de lo anterior, el sujeto agredido necesita acudir a las autoridades administrativas y estrados judiciales para obtener una protección a sus derechos, trámite que puede tardar dos o más años, dependiendo de la instancia que alcance el proceso judicial, situación que en muchas ocasiones es ignorada por los profesionales de carreras ajenas al derecho.

Creo que esto sobra ya que el análisis es en el sector público, no puede hacerse a partir del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo

que no se les aplica. Creo que lo mejor sería circunscribirse al tema del principio.

2. PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD

Es importante indicar que en caso de que dentro de una relación civil se demuestre la configuración de los elementos enunciados se presume la existencia de una relación de naturaleza laboral bajo el principio de la primacía de la realidad, que a su vez permite deducir la existencia de un contrato de trabajo.

La Carta Magna de 1991 elevó a rango constitucional el principio de la primacía de la realidad por medio del artículo 53 así: “[...] primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales [...]”.

Como se observa, la primacía de la realidad dentro de las relaciones de trabajo tiene su sustento y respaldo en la Constitución nacional, la cual ha sido cabalmente desarrollada por la jurisprudencia reiterada por las altas cortes de la rama jurisdiccional del país. Estas se tratarán más adelante en este escrito.

De manera particular, frente al tema objeto de desarrollo, la Corte Constitucional explica que el principio constitucional de primacía de la realidad impone calificar la calidad de trabajador al servicio del Estado, cuando quiera que se den las tres condiciones esenciales de la relación laboral¹, esto es la prestación personal del servicio, la continuada subordinación y el pago de un salario. Al respecto es importante indicar, que mediante la sentencia de la Corte Constitucional C-154 de 1997 se desarrolló al elemento de la subordinación como configurador esencial del contrato de trabajo² y a la existencia real de la temporalidad en el servicio contratado por medio de un contrato de prestación de servicios³.

¹ CARLOS A. BOHÓRQUEZ YEPES y ROQUE L. CONRADO IMITOLA, *El contrato de prestación de servicios de la administración pública*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2009, pág. 48.

² “[...] La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas [...]”, Corte Const., sent. C-154 de 1997.

³ “[...] La vigencia del contrato es temporal, y por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades por ellos atendidas demanden una permanencia mayor e

De acuerdo con lo anterior, y ante las claras conclusiones emitidas por la Corte Constitucional en la sentencia citada, la realización de un contrato de prestación de servicios no puede ser sujeto de confusión alguna con otras formas contractuales, en este caso con la laboral, si se realiza respetando el grado de autonomía e independencia del contratista y la realización temporal del servicio en el tiempo. El problema en este caso es que son estos dos elementos definidos por la Corte los que son vulnerados en forma descarada por los miembros de las entidades públicas, en donde se les impone a los contratistas jefes inmediatos que exigen la misma dedicación demandada a los funcionarios de planta y la ejecución de funciones propias de la administración de carácter permanente, mediante la realización de distintos contratos de prestación de servicios en forma continua y sin solución de continuidad.

El artículo 53 de la Constitución nacional garantiza los derechos de los trabajadores al exponer la situación de desigualdad que existe entre el empleador y el trabajador, promulgando la protección de este último por parte del Estado ante las simples formalidades establecidas por los patronos en los contratos de carácter laboral para evitar los gastos derivados de aquellos, como bien lo estableció la Corte Constitucional en sentencia C-665 de 12 de noviembre de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara, en donde se preceptuó en forma expresa:

[...] Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante

indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente [...]", Corte Const., sent. C-154 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara.

dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica [...].

La obligación constitucional de reconocer la efectividad de la relación de trabajo impone con ello la obligación de declarar la existencia de los derechos del trabajador que de ella se derivan, sin que esto signifique declarar jurídicamente la existencia de la calidad de empleado público⁴. Según DIEGO YOUNES MORENO en el momento de analizar las tesis del Consejo de Estado preceptúa:

[...] El Consejo de Estado ha dicho que probado el contrato de trabajo se obtiene la indemnización, no la calidad de servidor público. El hecho de que un trabajador demuestre que, a pesar de haber suscrito con el Estado un contrato de prestación de servicios, lo que desarrolla es un contrato de trabajo, no le da derecho a vincularse a la planta de personal de la entidad y, en consecuencia, tampoco le da derecho al pago de las prestaciones sociales que se derivan de la calidad de servidor público [...]⁵.

Esta circunstancia podría resultar totalmente injusta, por cuanto a pesar de que los funcionarios públicos tienen una forma especial de vinculación, así como unas características especiales frente a la ley, esto no significa que desde el punto de vista del derecho a la igualdad no sea posible que un contratista exija el pago de los mismos derechos laborales devengados por un empleado público, después de que ha sido tratado como tal durante el tiempo que prestó sus servicios al Estado.

A pesar de lo anterior, el Consejo de Estado también ha emitido providencias a favor del contratista ordenando el pago de las prestaciones sociales a que tendría derecho si hubiere sido funcionario de la entidad, suma debidamente indexada de acuerdo con la fórmula matemática establecida para ello por dicho Alto Tribunal. Sin embargo, la actividad probatoria dentro de un proceso desarrollado ante la rama contenciosa administrativa es muy rigurosa, exigiéndole al contratista el material probatorio necesario para demostrar fehacientemente, sin sombra de duda, la relación de subordinación, esencial para establecer la realidad de la relación de trabajo⁶.

⁴ Corte Const., sent. C-555 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ DIEGO YOUNES MORENO, *Derecho administrativo laboral*, 11ª ed. actualizada, Bogotá, Temis, 2009, pág. 49.

⁶ CARLOS A. BOHÓRQUEZ YEPES y ROQUE L. CONRADO IMITOLA, *El contrato de prestación de servicios de la administración pública*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2009, pág. 49.

Así pues, en el caso de los contratistas del Estado que logran demostrar la existencia de una verdadera relación de carácter laboral ante la justicia contenciosa administrativa, no obtienen una decisión por medio de la cual se les iguale económicamente a los funcionarios públicos, sino que las sumas que resultan a su favor se obtienen a modo de indemnización. Así, a pesar de que los contratistas personas naturales realizan las mismas funciones propias de un servidor público, solo adquiere el derecho a percibir las acreencias derivadas de los contratos de trabajo de naturaleza privada, las cuales como bien se verá más adelante varían sumamente de las establecidas para el sector público.

Desde este punto de vista, la carga de la prueba ya no estaría en cabeza del contratista sino de la entidad contratante, que en este caso es la administración pública, por ende, le correspondería a ellos demostrar que no se configuraron los elementos propios de una relación de carácter laboral, en especial, la subordinación, y que tampoco se trataba de un contrato destinado al cumplimiento de actividades permanentes del Estado, aplicándose los principios mínimos del derecho laboral por medio del cual se protege a la parte más débil dentro de esta clase de contratos, es decir, al trabajador.

Respecto a este asunto, la Corte Constitucional se ha manifestado mediante la ya mencionada sentencia C-665 de 12 de noviembre de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara, en donde se establece:

[...] La Carta Política establece en cabeza de todos los trabajadores, sin discriminación alguna, una especial protección del Estado, y les garantiza el ejercicio pleno y efectivo de un trabajo en condiciones dignas y justas, así como un trato igual. Por lo tanto, cuando a un reducido sector de trabajadores que prestan sus servicios personales remunerados en forma habitual, en desarrollo de un contrato civil o comercial, y pretenden alegar la subordinación jurídica, al trasladársele la carga de la prueba de la subordinación, se produce ciertamente, dentro del criterio de la prevalencia de la realidad sobre la forma, una discriminación en relación con el resto de los trabajadores, colocando a aquellos, en una situación más desfavorable frente al empleador, no obstante que la Constitución exige para todos un trato igual [...].

Por otra parte, la Corte Constitucional también ha contemplado que la prestación efectiva del trabajo es suficiente para derivar derechos a favor del trabajador y no exigirles en nuestro caso a los contratistas las pruebas precisas e indiscutibles de la existencia de los elementos esenciales de un contrato de trabajo. Además, es importante señalar que

los contratistas deben ser respetados, y su labor valorada como bien lo establece la Corte Constitucional de la siguiente manera:

[...] La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato [...]⁷.

De esta manera, el trabajo de los contratistas debe ser protegido, por el simple hecho de ser un trabajo realizado por un ser humano que se encuentra en un claro estado de desigualdad frente al ente estatal que es contratado como contratista independiente para no pagar los derechos laborales. Por esta razón, el principio de la primacía de la realidad en los contratos de prestación de servicios del sector público, no está siendo aplicado por los altos funcionarios de la administración pública, en los términos indicados por la Corte Constitucional, a pesar de haber sido elevado a rango constitucional por medio del artículo 53 de la Carta Magna mencionada en este escrito.

3. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO *V/S.* CONTRATO PÚBLICO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Ahora bien y siguiendo con el desarrollo de este escrito es procedente continuar con un estudio separado de cada uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo y su estrecha relación con los contratos de prestación de servicios profesionales celebrados en el sector público.

A) *Prestación personal del servicio*

La prestación personal del servicio es un elemento que no tiene ninguna discusión en la mayoría de los casos, toda vez que la persona natural vinculada como contratista a la administración adquiere con esta última una obligación de hacer, consistente en la ejecución de funciones públicas propias del Estado las cuales no pueden ser delegadas a un tercero sin el consentimiento del ente estatal.

⁷ Corte Const., Sala Plena, sent. C-555 de 6 diciembre 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Este primer elemento fue definido por GUILLERMO GONZÁLEZ CHARRY de la siguiente manera: “[...] la prestación personal del oficio a que el trabajador se ha obligado, sin concurrencia de ninguna otra persona, y sin que el titular de la relación pueda ser sustituido por otro sujeto [...]”⁸.

Bajo la aplicación de este principio, el trabajador está obligado a prestar sus servicios de manera personal y directa en las instalaciones del empleador o lugar de trabajo. Sin embargo, se pueden ver dentro del ordenamiento legal algunas excepciones a esta regla, el teletrabajo o de los contratistas, cuyo desplazamiento al lugar de trabajo no es necesario sino en aquellas ocasiones en que tenga que rendir informes o presentar los resultados de los trabajos contratados.

Por tal razón, la exigencia emitida por las entidades del Estado, o la imposición de tal carga de trabajo que obligue a las personas naturales vinculadas a través de un contrato de prestación de servicios, a acudir al lugar de trabajo todos los días, podría configurar claramente un elemento del contrato laboral que permite presumir una simulación contractual por parte de la administración.

Al respecto el doctor GUILLERMO GONZÁLEZ CHARRY se refirió en los siguientes términos:

[...] En ocasiones, ciertos trabajos se efectúan dentro de la empresa, pero el sujeto contratante se vale de la ayuda de unos cuantos, dos o tres, para la realización del trabajo. Esos ayudantes los consigue sin intervención del empleador, y los paga con lo que recibe por el precio fijo de las obras contratadas [...] Siendo uno de los elementos del contrato la prestación personal, si el contratante cumplía este requisito y él mismo estaba sujeto, además, a órdenes e instrucciones por parte del empleador, habría entre este y aquél un contrato de trabajo, a pesar de la concurrencia de otras personas [...] ⁹.

Desde este punto de vista, la prestación personal del servicio en las instalaciones del empleador es un elemento configurador de la existencia de una relación de carácter laboral y que conforma una presunción a favor del trabajador, como bien lo establece NÉSTOR DE BUEN LOZANO:

[...] Se trata de conceder a quien presta un servicio personal una ventaja: salvo que el patrón demuestre lo contrario, toda prestación del servicio será laboral. Ello significa que presuntivamente el

⁸ GUILLERMO GONZÁLEZ CHARRY, *Derecho laboral colombiano. Relaciones individuales*, 10ª ed., Bogotá, Legis, 2004, pág. 134.

⁹ *Ibidem*, pág. 135.

prestador del servicio tendrá derecho a que se le aplique el estatuto laboral, siempre mucho más generoso que cualquiera de los otros que en la etapa actual del derecho regulan las prestaciones de servicio [...] ¹⁰.

De esta forma, la prestación personal del servicio por parte del contratista vinculado a la administración pública, por medio de un contrato de prestación de servicios, permite presumir la existencia de una realidad laboral ante una simulación de carácter meramente administrativo.

B) *Un salario como retribución directa del servicio*

La retribución por el servicio prestado es un derecho del trabajador y una obligación ineludible del empleador de brindar una contraprestación económica por la actividad que el empleado desarrolla. Vale la pena señalar que en los contratos de prestación de servicios hay un interés económico del contratista, siendo la retribución a la ejecución de la obra o servicio prestado, que en este caso se denominará *honorarios*.

De esta forma, la relación entre empleador y trabajador configura un vínculo de beneficio recíproco en el cual una de las partes ofrece la realización de un trabajo a cambio de una retribución, y la otra a percibir un trabajo a cambio de la realización de un pago, traduciéndose en una obligación de carácter patrimonial para el empleador, quien deberá satisfacerla en la medida que el trabajador ponga toda su actividad a disposición de aquel ¹¹.

La protección del derecho al trabajo proviene directamente de la Carta Magna y ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional como bien se indica en la sentencia T-259 de 1999:

[...] Desde los primeros fallos que emitió esta Corporación, se dejó en claro que el derecho al trabajo es un derecho de naturaleza fundamental, cuya protección no puede quedar supeditada a las regulaciones generales que debe dictar el legislador, en lo que se conoce como el “estatuto del trabajo”, pues existen unos principios y condiciones estipulados por la propia Constitución que determinan el núcleo esencial de este derecho, y que deben ser garantizados por el juez constitucional cuando resultan lesionados o desconocidos [...].

¹⁰ NÉSTOR DE BUEN LOZANO, *Derecho del trabajo*, t. II, Derecho individual-Derecho colectivo, 7ª ed. actualizada, México, Porrúa, 1987, pág. 40.

¹¹ Lo mismo se puede decir de un contrato de prestación de servicios, con la salvedad de la forma de ejecutar el contrato que después se va a desarrollar.

Los servicios propios de la administración ejercidos por personas naturales vinculadas al Estado a través de un contrato de prestación de servicios, resultan siendo en últimas los mismos que prestan los funcionarios de planta, por tanto, el principio del derecho laboral que precisa “a trabajo igual, salario igual”¹², es totalmente desconocido por el ente estatal en total perjuicio de los contratistas personas naturales, obligándolos a que con una decisión judicial se vean reconocidos sus derechos.

La diferenciación establecida por la ley en el concepto del pago derivado de la prestación de un servicio laboral con otro de carácter civil es de suma importancia para la realización de este escrito, porque nos permitirá exponer todas aquellas consecuencias jurídicas y económicas que se desprenden de las dos clases de retribución indicadas, así como también el trato injustificado que tienen que afrontar las personas naturales vinculadas al Estado para la prestación de un servicio público de carácter permanente, frente a los servidores públicos que realizan las mismas funciones de los contratistas, pero bajo el amparo de una relación laboral.

Por lo anterior, este actuar de la administración es totalmente ajeno a los principios constitucionales y legales de nuestro país, ya que obligar a que una persona natural acuda ante los estrados judiciales para obtener el reconocimiento de un derecho, al cual siempre tuvo derecho por la forma en que la administración pública le obliga a prestar sus servicios profesionales, es totalmente injusto y discriminatorio.

De acuerdo con lo anterior, es evidente cómo la ley se ha encargado de otorgar beneficios laborales a todas aquellas personas que se desempeñan como servidores públicos en nuestro país, convirtiendo de esta forma, en un comienzo al Estado, en un supuesto empleador ejemplar. Sin embargo, dicha aseveración dista mucho de la realidad, toda vez que la administración actúa de una manera hipócrita al otorgar todos los beneficios enunciados y, por otra parte, vincula personas naturales mediante contratos de prestación de servicios para que ejecuten funciones de carácter permanente propias de la entidad sin pagar concepto alguno de carácter laboral, pero eso sí, ejerciendo la misma clase de exigencia que se les aplica a los servidores públicos.

Ahora bien, se ha entendido que de los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo, la prestación personal del servicio y la remuneración como contraprestación del servicio son comunes entre

¹² “[...] A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo [...]”, C. S. del T., art. 143.

los contratos de prestación de servicios y las relaciones de naturaleza laboral¹³, sin embargo, y como bien se ha expuesto hasta el momento, en ningún caso la remuneración es un aspecto común entre las dos clases de vinculación de personas naturales al Estado. Es claro que la ley permite acudir a la figura del contrato de prestación de servicios en forma excepcional y transitoria, es decir, mientras se crea el respectivo empleo en la planta de personal¹⁴ pero nunca acudir a esta forma de contratación para evitar el pago de emolumentos de naturaleza laboral.

Para remunerar los servicios prestados en un contrato de prestación de servicios se prevén los emolumentos u honorarios¹⁵, los cuales, según la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado¹⁶ no constituyen una asignación de aquellas a que se refiere el artículo 128 de la Constitución Política¹⁷, por no ser periódico y permanente, sino la contraprestación económica por el ejercicio de una profesión liberal. Argumento bastante dudoso por cuanto la prestación del servicio por parte de las personas vinculadas a través de un contrato de prestación de servicios a la administración, al contrario de lo manifestado por el Consejo de Estado, sí es periódico y transitorio.

La remuneración de los contratistas objeto de esta investigación debe ser fijada atendiendo al criterio de equivalencia del salario establecido para el personal de planta que desempeña un cargo con funciones similares, aunque teniendo en cuenta que los honorarios no constituyen salario¹⁸, y corresponde a la gestión temporal que por virtud del

¹³ CARLOS A. BOHÓRQUEZ YEPES y ROQUE L. CONRADO IMITOLA, *El contrato de prestación de servicios de la administración pública*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2009, pág. 36.

¹⁴ C. de E., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sent. de 18 noviembre 2003, exp. IJ-0039, M. P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

¹⁵ DIEGO YOUNES MORENO, *Derecho administrativo laboral*, 11ª ed. actualizada, Bogotá, Temis, 2009, pág. 40.

¹⁶ C. de E., Sala de Consulta y Servicio Civil, sent. de 14 noviembre 1996, exp. 929, M. P. María Elena Giraldo Gómez.

¹⁷ “[...] Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

”Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas [...]”.

¹⁸ CARLOS A. BOHÓRQUEZ YEPES y ROQUE L. CONRADO IMITOLA, *El contrato de prestación de servicios de la administración pública*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2009, pág. 177.

contrato asume con criterio de independencia y bajo su entera responsabilidad, y cuya cuantía no puede ser superior al salario establecido para el jefe de la respectiva entidad¹⁹.

De acuerdo con lo expuesto, resulta totalmente contradictorio establecer que los honorarios de los contratistas serán fijados en forma equivalente a lo percibido por parte del personal de planta, por cuanto está permitiendo que la administración vincule personas naturales en contraposición de las normas laborales para que desarrollen funciones públicas propias de la administración que pueden ser ejecutadas por el propio personal de planta alejándose de esta manera del objetivo mismo del contrato de prestación de servicios profesionales.

a) *Descuentos*. El trato injusto y discriminatorio al que se ven abocadas las personas naturales vinculadas al Estado por medio de un contrato de prestación de servicios no solo se puede advertir con la falta de reconocimiento de prestaciones sociales y demás garantías de tipo laboral que se les otorgan a los servidores oficiales de planta de la administración, sino que además se puede constatar con los descuentos que tienen que afrontar los contratistas en relación con los mencionados funcionarios que gozan de una amplia protección por parte del legislador.

Tanto el ingreso devengado por los servidores públicos, como los honorarios percibidos por los profesionales vinculados al ente estatal por medio de un contrato de prestación de servicios, están sujetos a los descuentos establecidos por la ley para el Régimen Integral de Seguridad Social, y aquellos establecidos para realizar un pago anticipado del impuesto a la renta, mejor conocidos como retención en la fuente.

Respecto a los descuentos realizados sobre la asignación u honorarios con destino a efectuarse el aporte correspondiente a salud y pensión, es importante mencionar que aunque las dos clases de remuneración son sujetas de dicha obligación legal, el modo de aplicarse es totalmente diferente. Los servidores públicos así como los contratistas son afiliados obligatorios al Régimen de Seguridad Social en Pensiones de acuerdo con lo consagrado por el artículo 15 de la Ley 100 de 1993.

Hasta este punto no existe diferencia alguna en la forma de afiliación al sistema de pensiones, en donde tanto los trabajadores de planta del Estado, como los contratistas son por ordenamiento expreso de la ley “afiliados obligatorios”. La diferencia clara en perjuicio de los

¹⁹ Decr. 2209 de 1998, art. 2°.

contratistas radica en el monto y forma de cotización a dicho régimen, el cual inicia su tratamiento legal a través del artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

En este artículo no se hace mención alguna del monto que se debe tener en cuenta para efectuar las cotizaciones obligatorias al Régimen de Seguridad Social en pensiones por parte de los contratistas, solo se indica que debe tener en cuenta todos los ingresos que la persona natural perciba por la celebración de varios contratos civiles, asumiendo de esta forma la ley que una persona vinculada mediante un contrato de prestación de servicios es independiente y autónomo para celebrar varios contratos con distintos contratantes, ignorando la simulación ejercida por el Estado en esta clase acuerdos irregulares en donde persiste la exigencia de un horario y la imposición de tareas propias y de carácter permanente, que impide que un contratista puede estar en la libertad de celebrar otro contrato civil con la administración. El monto total de cotización al Régimen de Seguridad Social en pensiones para los afiliados en general está fijado en un porcentaje equivalente al 16 por ciento de la asignación mensual establecida para su cargo de acuerdo al inciso 4° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Esta misma norma establece que en caso de que el salario sea superior a cuatro salarios mínimos legales vigentes (SMLMV), estas personas tendrán a su cargo un aporte adicional del 1 por ciento dirigido al Fosyga.

Los afiliados al sistema con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 a 17 SMLMV de un 0,2 por ciento, de 17 a 18 SMLMV de un 0,4 por ciento, de 18 a 19 SMLMV, de un 0,6 por ciento, de 19 a 20 SMLMV, de un 0,8 por ciento y superiores a 20 SMLMV de 1 por ciento destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia, del Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la ley.

Al trabajador de carácter laboral afiliado al sistema, como es el caso de los servidores públicos, solo le corresponderá asumir el 25 por ciento de dicho porcentaje, ya que el 75 por ciento restante es asumido por el empleador, que en este caso será el Estado, de acuerdo con lo indicado en el inciso 8° del mismo artículo expuesto, que de manera precisa preceptúa: “[...] Los empleadores pagarán el 75 % de la cotización total y los trabajadores el 25 % restante [...]”.

Por otra parte, y respecto al monto establecido por la ley para cotizar al Régimen de Seguridad Social en Salud, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 contempla que el aporte destinado al Régimen de Seguridad Social en Salud también está distribuido entre el empleador y el

trabajador, correspondiéndole a este último la menor parte, equiva-liéndole de este modo únicamente el 4 por ciento de la asignación mensual preceptuada por la ley. Al respecto, vale la pena mencionar que de acuerdo con la Ley 1607 de 2012, los empleadores no estarán obligados a cotizar al Régimen de Seguridad Social en Salud por aquellos trabajadores que devenguen hasta diez salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ahora bien, respecto a la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social por parte de los contratistas en donde esté involucrada la ejecución de un servicio en favor de la administración, como ocurre en los contratos de obra, de arrendamiento de servicios, de prestación de servicios, consultoría, asesoría, se impone la obligación a la parte contratante de verificar su cumplimiento exigiendo la afiliación y pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud²⁰.

Adicionalmente, los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social (hoy del Trabajo) le extendieron al contratante la obligación de exigir también del contratista su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, así como del pago de los correspondientes aportes, sea cual fuere la duración o modalidad de contrato que se adopte, demandando de la persona natural la presentación mensual del soporte de la efectiva cotización a salud y pensión para el perfeccionamiento del pago de los honorarios pactados en forma mensual²¹.

En lo relacionado con el porcentaje de cotización que un contratista debe efectuar a los sistemas de salud y pensiones es menester citar el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 en donde se exige que la cotización que legalmente debe realizar al Régimen de Seguridad Social el contratista vinculado a la administración pública a través de un contrato de prestación de servicios, debe efectuarse con base en las sumas percibidas en virtud del contrato celebrado con el Estado. Sin embargo, dicho monto fue limitado al 40 por ciento del ingreso bruto facturado mensualmente por el contratista²² para el Régimen de Seguridad Social en salud y, posteriormente, también para el Régimen de Seguridad Social en pensión a través del artículo 3º del decreto 510 de 2003²³, pero

²⁰ Inc. 1º del art. 23 del Decreto 1703 de 2002.

²¹ Circular 000001 de 6 de diciembre de 2004, emitida por los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social.

²² Decr. 1703 de 2002, art. 23.

²³ “[...] La base de cotización para el Sistema General de pensiones deberá ser la misma que la base de la cotización del Sistema General de Seguridad Social en salud,

con la obligación de cubrir el 100 por ciento del porcentaje preceptuado por la ley para los regímenes de salud y pensión indicados en este escrito.

Pero la diferencia de tratamiento no se detiene en los dos regímenes mencionados, sino que por el contrario los contratistas independientes son también afiliados obligatorios al régimen de seguridad social en riesgos laborales. Esto de acuerdo con lo preceptuado por el numeral 1 del artículo 2º de la Ley 1562 de 2012, siempre y cuando se trate de un contrato formal de prestación de servicios cuyo término sea superior a un mes, y se precise de manera clara las situaciones de tiempo, modo y lugar en que se desarrolla la actividad. De acuerdo con el párrafo 2º del artículo 2º del Decreto 723 de 2013 se entenderá como contrato formal de prestación de servicios aquel que conste por escrito.

El pago de la cotización ante riesgos laborales es asumido por el contratista en su integridad si la actividad que realiza no es de alto riesgo, en virtud a lo consagrado por el artículo 13 del Decreto 723 de 2013, ya que de lo contrario será asumido en su totalidad por el contratante. Como bien se ha mencionado, la crítica absoluta al comportamiento del Estado se refiere a la vinculación de personas naturales a través de un contrato de carácter presuntamente civil para que realice las mismas actividades de los funcionarios de planta, por lo que estamos hablando de personas naturales que ejercerán las actividades propias del Estado, las cuales en su gran mayoría son actividades que no son de alto riesgo y por tanto el pago íntegro de la cotización recae sobre el contratista.

Ahora bien, por otro lado, los empleados públicos no tienen a cargo el pago de cotización alguna con destino al régimen de seguridad social en riesgos laborales, por cuanto dicha obligación reposa en su totalidad en cabeza del empleador, esto es el Estado, de acuerdo con el literal a) del artículo 21 del Decreto-Ley 1295 de 1994.

b) *Descuentos tributarios*. El tema tributario es de amplia importancia respecto a los ingresos percibidos por los servidores públicos y por los contratistas personas naturales de la administración, ya que tanto para los primeros como para los segundos existe, por parte del empleador o del contratante, la obligación de efectuar el correspondiente descuento dirigido a la entidad pública encargada de recaudar dichas sumas de dinero.

salvo que el afiliado cotice para el Sistema General de Pensiones sobre una base inferior a la mínima establecida para el Sistema General de Seguridad Social en Salud [...]", inc. 2º del art. 3º del decr. 510 de 2003.

Para los trabajadores de naturaleza laboral, como los servidores públicos según lo explicado en este escrito, existe la obligación de cubrir lo correspondiente a retención en la fuente a partir de los límites y procedimientos fijados en el Estatuto Tributario.

En cuanto a los contratos de prestación de servicios profesionales, estos serán susceptibles de retención en la fuente en un porcentaje equivalente al 10 por ciento de acuerdo con lo establecido en el artículo 392 del Estatuto Tributario²⁴, sin importar el valor del contrato, por cuanto el tratamiento dado por la ley a estos contratos es desfavorable en comparación a las prerrogativas otorgadas a los contratos de naturaleza laboral. Adicionalmente, la retención en la fuente no es el único impuesto que se le descuenta por parte del contratante al contratista persona natural de la administración, toda vez que también será susceptible del porcentaje establecido para los impuestos distritales y municipales.

Además, los servidores públicos tienen derecho a prestaciones sociales, vacaciones, licencias y demás derechos propios del derecho laboral, con los que no cuentan los contratistas independientes.

Por último, además de la prestación personal del servicio y el pago del salario, para que se configure la relación laboral es necesario el elemento de la subordinación que me permito exponer a continuación.

C) Continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador

En este momento entramos al punto principal de controversia, pues distingue el contrato laboral de cualquier otro, por tanto es la subordinación la que justifica la intervención a favor del trabajador. La subordinación a la administración desnaturaliza el contrato de prestación de servicios, la cual es exigida pero a la vez disimulada por los funcionarios del Estado mediante la utilización de distintas clases de artimañas para configurar en apariencia la verdadera existencia de un contrato de naturaleza civil, convirtiendo la prueba de este elemento del contrato de trabajo en un aspecto de difícil comprobación por parte del contratista.

²⁴ La tarifa de retención en la fuente para los honorarios y comisiones, percibidos por los contribuyentes no obligados a presentar declaración de renta y complementarios, es el diez por ciento (10 %) del valor del correspondiente pago o abono en cuenta. La misma tarifa se aplicará a los pagos o abonos en cuenta de los contratos de consultoría y a los honorarios en los contratos de administración delegada. La tarifa de retención en la fuente para los contribuyentes obligados a declarar será la señalada por el gobierno nacional.

La eventual ausencia de material probatorio para determinar la existencia de la subordinación en el desarrollo de la relación contractual con el Estado no puede ser suficiente para desconocer la violación de normas laborales y explotación de las personas naturales por parte del ente estatal, ya que es posible identificar variados indicios que permiten constatar la continuada subordinación en la relación de trabajo como son entre otros la existencia de un horario de trabajo, la asignación de turnos en planillas, las labores supervisadas por un superior, los memorandos de amonestación, el trato similar dado a los funcionarios que cumplen las mismas tareas, la obligación de reportar a superiores el desarrollo de la actividad o el reconocimiento de viáticos²⁵.

Este asunto fue objeto de análisis por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual a través del numeral trece de las recomendaciones efectuadas en 2006²⁶ estableció lo siguiente:

[...] 13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador [...].

²⁵ CARLOS A. BOHÓRQUEZ YEPES y ROQUE L. CONRADO IMITOLA, *El contrato de prestación de servicios de la administración pública*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2008, pág. 43.

²⁶ La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, recomendación: R198, noagésima quinta reunión de 31 de mayo de 2006.

Hasta el momento no existe normatividad alguna de aplicación de las recomendaciones efectuadas por la OIT en 2006 y, por el contrario, los indicios mencionados dentro de las citadas recomendaciones son pan de cada día en el desarrollo continuo de las labores de las personas naturales que son vinculadas al Estado a través de un contrato de prestación de servicios²⁷.

El contratista debería ejercer las tareas confiadas a él con la autonomía propia de un empresario o de un profesional independiente²⁸, esto es, autonomía e independencia, sin embargo, las personas vinculadas a través de un contrato de prestación de servicios a la administración no gozan de tal independencia propia de un acuerdo de naturaleza civil, por estar expuestos a jefes inmediatos y al cumplimiento de un horario dentro de la entidad estatal. Circunstancia que solo puede ser corroborada por aquellos profesionales que han prestado sus servicios a la administración y conocen la forma en que se desarrollan esa clase de contratos.

Ante esa realidad desoladora, los ciudadanos Norberto Ríos Navarro, Tulio Elí Chinchilla Herrera, Alberto León Gómez Zuluaga, Carlos Alberto Ballesteros Barón y Germán Enrique Reyes Forero presentaron en 1997 una demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3 —parcial— del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por considerar que dicha normativa permitía una clara vulneración de derechos constitucionales e internacionales por parte del Estado en contra de aquellas personas vinculadas a la administración a través de un contrato de prestación de servicios²⁹. Esta demanda le permitió a la Corte Constitucional preceptuar las diferencias que deben existir entre un contrato civil con la entidad pública, y otro de naturaleza laboral, instaurando de este modo la posibilidad de alegar el principio de la primacía de la realidad a fin de evitar abusos por parte del Estado.

La Corte definió de manera muy clara las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, y cómo estas dos clases de vinculación contractual no pueden ser confundidas en ningún momento. De esta forma, aclaró las características de los contratos

²⁷ Como contratista del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural soy objeto y testigo de la imposición de todos los actos indicados como indicios por parte de la OIT en sus recomendaciones de 2006.

²⁸ CARLOS A. BOHÓRQUEZ YEPES y ROQUE L. CONRADO IMITOLA, *El contrato de prestación de servicios de la administración pública*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2009, pág. 36.

²⁹ Corte Const., sent. C-154 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara.

de prestación de servicios celebrados con el Estado de la siguiente manera:

— La prestación de servicios en un contrato civil versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

— La autonomía e independencia del contratista, desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. De esta forma, el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

— La duración de esta clase de contratación es temporal y, por lo tanto, su vigencia debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Constitución nacional, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

De acuerdo con las características que envuelven la relación civil, la Corte Constitucional establece que se trata de un contrato totalmente diferente a uno de naturaleza laboral, en donde sus elementos esenciales se alejan totalmente de la naturaleza del contrato de prestación de servicios. En este sentido manifestó la Corte:

[...] teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del con-

tratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo [...]»³⁰.

Por otra parte, la Corte Constitucional preceptuó que la existencia del elemento de subordinación dentro de una relación de prestación de servicios convierte inmediatamente a esta clase de vinculación en una de naturaleza laboral³¹.

La Corte Constitucional define como una característica propia de los contratos de prestación de servicios celebrados con la administración la siguiente:

[...] La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas [...]»³².

De acuerdo con lo anterior es totalmente violatorio por parte del Estado imponer un horario o imponerles jefes directos a los contratistas de la administración para que ejerzan funciones públicas, como ocurre hoy en día en todas las entidades estatales, como por ejemplo, el caso de las oficinas jurídicas de los ministerios, en donde los contratistas tienen su oficina o cubículo dentro de la oficina jurídica, bajo el mando del correspondiente director jurídico, el cual, a su vez, exige un horario y permanencia de los contratistas en la entidad e impone la misma clase de trabajo establecido para los funcionarios de planta, desconociendo la otra característica propia de esta clase de contratos, la temporalidad³³.

Los contratistas de la administración ejercen el mismo trabajo establecido para los funcionarios de planta, a pesar de que se pretenda hacer figurar otra cosa dentro de los contratos civiles, convirtiendo a las actividades temporales en permanentes y de esta forma vulnerando de manera directa la Constitución nacional, en donde se preceptúa que en caso de que una función de la administración se convierta en permanente, se deberá proveer el cargo correspondiente dentro de la planta de personal del Estado.

Es claro que la administración no puede, ante una deficiencia clara de personal, acudir a la celebración de contratos de prestación de

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

³³ *Ibidem.*

servicios para cubrir esa falencia y vulnerar todos los derechos laborales consagrados en nuestra legislación. Es por esto que el artículo 17 de la Ley 790 de 2002 consagró en forma expresa:

[...] En ningún caso los ministerios, los departamentos administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.

En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el ministro o el director del departamento administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

Parágrafo. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública [...].

El Estado estará violando en forma clara y evidente el ordenamiento jurídico cada vez que celebra contratos de prestación de servicios con particulares para suplir actividades del personal de planta, exigiendo horario y obediencia a un jefe directo. Este actuar se ve muy fácilmente en aquellos contratos civiles pactados para ejercer conceptos, contestar tutelas o para decidir temas pensionales, temas cuya temporalidad no existe, toda vez que es una actividad propia de la determinada entidad oficial que ha sido y será ejercida en forma permanente.

Ahora bien, el Código Único Disciplinario eleva a falta gravísima la celebración de contratos de prestación de servicios, cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo o impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales³⁴. Pero el carácter excepcional del contrato de prestación de servicios tiene otro sentido, al establecerse que ciertas funciones, inherentes a las misiones esenciales de las entidades públicas, no pueden ser confiadas individualmente a personas externas, por cuanto su desarrollo específico impone una labor estructuralmente subordinada, indispensable para el buen funcionamiento del servicio³⁵. Es así, como el Consejo

³⁴ Art. 48.29 de la Ley 734 de 2002.

³⁵ CARLOS A. BOHÓRQUEZ YEPES y ROQUE L. CONRADO IMITOLA, *El contrato de prestación de servicios de la administración pública*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2009, pág. 39.

de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 31 de octubre de 2002, radicación 1420-01 estableció:

[...] El contrato de prestación de servicio puede reemplazar los cargos suprimidos o desarrollar funciones nuevas de la entidad, no atribuidas a la planta de personal, siempre y cuando no se den los elementos del contrato de trabajo: subordinación, habitualidad de la labor, prestación personal del servicio, facultad de subordinar (ejercicio de autoridad administrativa o facultad de decidir) [...].

Ahora bien, la legislación nacional ha previsto modalidades de contratación que no vulneran los derechos laborales de los particulares, permitiendo a través del artículo 21 de la Ley 909 de 2004 la creación de empleos temporales que acabarían con la violación de derechos laborales de los contratistas vinculados a la administración para ejercer funciones permanentes del Estado y que están sumergidos dentro de una relación subordinada.

Teniendo en cuenta lo anterior ¿por qué no se vincula a los particulares por medio de este medio legal? La respuesta es muy obvia, los costos laborales y la necesidad de mostrar mejores resultados económicos por parte de aquellos funcionarios públicos que tienen a su cargo el presupuesto de la entidad. Este actuar irregular de los funcionarios públicos es un indicio de desviación de poder al suscribir contratos de prestación de servicios cuando las sobrecargas de trabajo sean reiteradas y regulares en ciertos periodos del año, o a la atención de proyectos, normalmente previsible que permitan prever la necesidad de crear empleos transitorios³⁶.

4. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD VÍA JURISPRUDENCIAL

Ahora bien, la jurisprudencia laboral del sector público no se ha caracterizado por su implacable protección dirigida a la parte más débil dentro de una relación contractual de prestación de servicios entre un particular y la administración pública, ya que en algunas ocasiones y de manera increíble el Consejo de Estado ha considerado que la existencia de un horario puede no ser determinante para establecer la existencia de un contrato laboral, ya que en ocasiones tan solo constituye una concertación entre las partes para desarrollar el objeto del contrato³⁷, a pesar

³⁶ *Ibidem*, pág. 42.

³⁷ C. de E., Sección Segunda, Subsección B, sent. de 19 febrero 2004, exp. 0099-03, M. P. Alejandro Ordóñez Maldonado. En el mismo sentido, C. de E., Sección Segunda, Subsección A, sent. de 30 noviembre 2006, rad. 6507-05, M. P. Jaime Moreno García.

de las recomendaciones otorgadas por la OIT y el principio de primacía de la realidad como una forma de protección de los trabajadores frente al abuso en este caso del Estado.

Pero el desconocimiento de la existencia de un horario como factor determinante para establecer una relación de naturaleza laboral ante una clara simulación por parte del Estado no ha sido el único indicio desconocido por el Consejo de Estado, ya que este respetado Alto Tribunal en otra ocasión desconoció en forma arbitraria la prestación de un servicio de carácter permanente, como ocurrió en el caso del análisis efectuado sobre un contrato civil cuyo objeto era la prestación de los servicios de aseo y cafetería en las oficinas de los juzgados municipales³⁸.

En este caso en particular, el Consejo de Estado calificó el vínculo como uno de prestación de servicios, al considerar que el contrato era lícito por estar previsto en la Ley 80 de 1993, y comprender labores que no estaban desarrolladas en los cargos previstos por la planta de personal de la entidad, además porque según esa organización, las labores de aseo y cafetería no se cumplían bajo órdenes subordinantes de la entidad, sino de conformidad con las estipulaciones contractuales, cuyo cumplimiento era objeto de coordinación y de interventoría, tareas inherentes a cualquier contrato estatal.

[...] En fin, la contratista no podía pretender la calificación de su situación como funcionaria pública, por cuanto esta condición se deriva de una relación legal y reglamentaria, lo que impone el cumplimiento de requisitos previos, como son la existencia del cargo, calidades particulares, nombramiento y previsión presupuestal [...]³⁹.

En estos casos traídos a colación, a todas luces se puede constatar la existencia de todos los elementos esenciales del contrato laboral dentro de la prestación de dichos servicios por parte de los contratistas. Es claro que esta clase de trabajadores no son autónomos en el ejercicio de sus actividades y que el desarrollo de sus funciones se realiza dentro de un horario de trabajo preestablecido y bajo la continuada subordinación de un jefe directo, por cuanto es totalmente irregular y

³⁸ C. de E., Sala Plena, sent. de 18 noviembre 2003, rad. IJ-039, M. P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

³⁹ C. de E., Sala Plena, sent. de 18 noviembre 2003, rad. IJ-039, M. P. Nicolás Pájaro Peñaranda; tomado de CARLOS A. BOHÓRQUEZ YEPES y ROQUE L. CONRADO IMITOLA, *El contrato de prestación de servicios de la administración pública*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2009, pág. 45.

débil el argumento utilizado por el Consejo de Estado para desconocer la existencia de un contrato laboral ante una clara simulación por parte de la administración, justificando su decisión bajo el amparo de una ley, sin efectuar el correspondiente análisis jurídico de la misma a la luz de la Constitución, y a la realidad fáctica del caso, en donde el Estado se está beneficiando de unos servicios sin pagar suma alguna por concepto de prestaciones sociales, parafiscales, seguridad social y demás derechos de naturaleza laboral.

No resulta extraño que la sentencia relacionada con los servicios de aseo haya generado diez salvamentos de voto y una aclaración, pero el Consejo de Estado adoptó la ponencia y por tener el carácter de Sala Plena ostenta un peso inminente, que genera a su vez la violación continua de los derechos laborales de las personas naturales que prestan sus servicios al Estado a través de un contrato de prestación de servicios, ya que no se puede entender como este Alto Tribunal eleve a una aseadora a la condición de “empresaria del aseo”⁴⁰.

Sin embargo, esta no es la única providencia emitida por el Consejo de Estado que genera polémica ante la realidad fáctica que se vive en el día a día en las entidades públicas, por cuanto en otra ocasión⁴¹ desconoció totalmente el trato injustificado del que era objeto un abogado del Departamento de Ejecuciones Fiscales de la Tesorería de Rentas Municipales, el cual cumplía las mismas funciones y bajo las mismas modalidades establecidas para los empleados públicos de la entidad preceptuando de la siguiente manera:

[...] Como no resulta contrario a la ley el cumplimiento de funciones administrativas mediante la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios, es elemental que no existe motivo de nulidad respecto del acto acusado [...]⁴².

En este caso, es increíble cómo la Sección Segunda desconoce en forma palpable las normas de carácter constitucional establecidas para evitar abusos por parte de la administración pública, respecto a la contratación de personas naturales para ejercer funciones públicas, ya que si el abogado tenía las mismas funciones de los demás empleados públicos, estaríamos frente a actividades de carácter permanente y no provisional como exige el ordenamiento jurídico para que se pueda

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ C. de E., Sección Segunda, sent. de 19 diciembre 1995, rad. 9140, M. P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

⁴² *Ibidem*.

vincular a una persona al Estado mediante una relación contractual de naturaleza civil. Lo anterior sin mencionar la violación clara y palpable al derecho de igualdad establecido en la Constitución de 1991.

En otro fallo insólito, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo consideró que un celador ejerció funciones constitutivas de un contrato de prestación de servicios, por cuanto no obraba en el proceso prueba sobre la existencia del empleo de celador en la planta de personal de la entidad demandada⁴³, desconociendo además, de manera arbitraria, la configuración de los elementos esenciales de un contrato laboral dentro de una relación de naturaleza civil, consagrando en forma increíble lo siguiente: “[...] El *cierto parecido de algunos de esos elementos* no puede llevar a confusión [...]”⁴⁴.

No es convincente ni mucho menos justificado desconocer la existencia de un jefe inmediato en la prestación del servicio por parte de un empleado público, bajo el argumento de que su único jefe es el ordenamiento jurídico, tesis totalmente ilógica y contraria a la realidad, ya dentro de cualquier entidad del Estado siempre va a existir un coordinador o director que ejerce funciones de subordinación sobre los empleados a su cargo.

Pretender desconocer los elementos propios de la relación laboral dentro del desarrollo continuo de los servicios de celaduría es totalmente absurdo, ya que es evidente que la persona que realiza esa clase de función reporta y obedece órdenes directas de sus superiores o jefes directos, esto sin mencionar la imposición de turnos de trabajo que evidencian la existencia de un contrato regido por la ley laboral.

Adicional a lo anterior, el Consejo de Estado se limita nuevamente a la aplicación mecánica de la ley, sin efectuar un análisis profundo del caso y del claro trato injustificado a que se ve expuesto un contratista vinculado al Estado por medio de un contrato de prestación de servicios al preceptuar:

[...] En el proceso no aparece prueba sobre la “existencia” del empleo de “celador” en la planta de personal de la entidad demandada —municipio de Arauquita-Arauca, dependencia en donde cumplió sus servicios— que hubiera podido desempeñar la parte demandante [...].

Como se puede observar, en este caso el Consejo de Estado solo se limitó a establecer que el cargo no estaba consagrado como un cargo de

⁴³ C. de E., Sección Segunda, Subsección A, sent. de 6 octubre 2005, rad. 1981-05, M. P. Tarsicio Cáceres Toro.

⁴⁴ *Ibidem*.

la entidad, y obvió en todo momento la existencia de los elementos esenciales de un contrato de naturaleza laboral.

Continuando con el análisis efectuado sobre las sentencias emanadas por el Consejo de Estado, en donde se demuestra además la ausencia de conocimientos de derecho laboral, y el actuar parcializado hacia los intereses de la administración, me permito traer a estudio el caso de un auxiliar de servicios generales vinculado por seis años y medio a una entidad pública, cuyas tareas eran la limpieza de vidrios de la entidad, labores varias de mantenimiento, aseo y electricidad, con la imposición de horario, uniforme y vínculo laboral precedente para las mismas funciones y, sin embargo, fue considerado contratista sin derecho al pago de derecho laboral alguno⁴⁵.

En esta oportunidad el Consejo de Estado vuelve a desconocer la configuración de los elementos esenciales del contrato laboral que se presentan en una relación civil de carácter estatal manifestando:

[...] Es cierto que conforme a algunas declaraciones vertidas en el proceso el demandante cumplía un horario y recibía órdenes, sin embargo tales circunstancias no pueden considerarse por sí mismas como reveladoras de la existencia de una relación de trabajo, pues estos son elementos propios de la coordinación de toda actividad humana, sin la cual habría sido imposible cumplir de manera adecuada con el objeto contractual [...]⁴⁶.

Además, basa nuevamente su fallo en contra de los intereses del contratista maltratado bajo el argumento de que la ley permite vincular personas mediante un contrato de prestación de servicios, en caso de que no exista el personal calificado para ejercer los servicios contratados.

No obstante lo anterior, y aunque la ley sí permite la vinculación de personas naturales mediante contratos de prestación de servicios al Estado, lo que no puede esto significar es que dicha vinculación se efectúe mediante la violación de derechos de carácter público como aquellos de naturaleza laboral que tienen una protección especial proveniente de la Carta Magna.

Por otra parte, en el caso de que el Consejo de Estado declare la existencia de una relación laboral ante una clara simulación de un contrato de prestación de servicios entre el Estado y una persona natural, no se declara la igualdad jurídica desde el punto de vista económico con un

⁴⁵ C. de E., Sección Segunda, Subsección B, sent. de 5 mayo 2005, rad. 3731-03, M. P. Jesús María Lemos Bustamante.

⁴⁶ *Ibidem*.

empleado de carácter oficial, sino con uno de naturaleza privada, y el pago de todas las acreencias laborales que se hayan podido derivar de la relación laboral se pagan a modo de indemnización. Esta conclusión se aleja totalmente de la lógica, ya que la persona natural que es objeto de este actuar irregular por parte del Estado ejerce funciones públicas en las mismas condiciones en que las efectúa un empleado oficial beneficiario de todas las mercedes económicas y de estabilidad laboral existentes en el sector público.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado como bien se puede observar en la sentencia de fecha 15 de junio de 2011 emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, con ponencia de Gerardo Arenas Monsalve, en donde de manera expresa se consagra:

[...] Ahora bien, en este punto con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán *reconocer a título de reparación del daño integral* al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas [...] (resaltado fuera de texto).

Para terminar, es claro cómo las personas naturales vinculadas al Estado por medio de un contrato de prestación de servicios para realizar en algunas ocasiones funciones públicas, y en otros servicios que por su naturaleza deberían ser ejercidas a través de una relación meramente laboral, son maltratadas y discriminadas por la ley y por la jurisprudencia emanada de lo contencioso administrativo, configurándose en muchas ocasiones contradicciones entre el mismo ente superior.

5. CONCLUSIÓN

Después de lo expuesto se puede concluir que la protección de los trabajadores es de total aplicación, en donde el Estado es el empleador principal. Desde este punto de vista, debería concluirse fácilmente que al ser el Estado, a través de las diferentes entidades que lo conforman, el ente empleador más importante, todas las personas que le prestan directa o indirectamente sus servicios gozarían de toda la protección constitucional y legal laboral, sin embargo, la realidad se ha tornado diferente en relación con la forma de vinculación de personas naturales para ejecutar servicios propios y permanentes de la administración, bajo la continuada subordinación de los funcionarios que conforman el Estado en total contraposición de las normas constitucionales y legales que regulan esta forma de contratación.

Esta conducta irregular de vincular personas naturales para desempeñar los mismos servicios prestados por los servidores públicos de las entidades públicas se convirtió en una conducta constante y descarada por parte de los funcionarios de turno, sin que esto haya ocasionado sanción alguna a las personas que desempeñan esta clase de actuaciones.

Como bien se mencionó en el presente escrito, en el momento en que en el desarrollo de una relación contractual se demuestren los elementos esenciales del contrato de trabajo, este vínculo se tornará laboral y por ende la persona contratada de esta forma tendrá derecho a devengar todos los derechos derivados de un contrato de trabajo. A pesar de lo anterior, el Consejo de Estado, como máxima autoridad judicial de la jurisdicción contenciosa administrativa encargada de resolver los conflictos relativos a la naturaleza jurídica de los contratos de prestación de servicios celebrados dentro de una entidad pública y una persona natural, han desconocido la existencia de horario de trabajo, jefe inmediato y otros elementos configuradores de una clara relación contractual de naturaleza laboral, permitiendo de esta manera el abuso continuo por parte de las autoridades del Estado encargadas de contratar los servicios de personas naturales en cada entidad pública.

El trabajo de los contratistas debe ser protegido, por el simple hecho de ser un trabajo realizado por un ser humano que se encuentra en un claro estado de desigualdad frente al ente estatal. Por esta razón, el principio de la primacía de la realidad en los contratos de prestación de servicios del sector público no está siendo aplicado por los altos funcionarios de la administración pública en los términos indicados por la Corte Constitucional a pesar de haber sido elevado a rango constitucional por medio del artículo 53 de la Carta Magna mencionada en este escrito.

BIBLIOGRAFÍA

A) *Doctrina*

BOHÓRQUEZ YEPES, CARLOS A. y CONRADO IMITOLA, ROQUE L.: *El contrato de prestación de servicios de la administración pública*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2009.

DE BUEN LOZANO, NÉSTOR: *Derecho del trabajo*, tomo segundo, Derecho individual - Derecho colectivo, séptima edición actualizada, México, Porrúa, 1987.

GONZÁLEZ CHARRY, GUILLERMO: *Derecho laboral colombiano. Relaciones individuales*, 10ª ed., Bogotá, Legis, 2004.

- ISAZA CADAVID, GERMÁN: *Derecho laboral aplicado, derecho laboral general, individual y colectivo, seguridad social y pensiones, procedimiento laboral*, 11ª ed., Bogotá, Leyer, 2008.
- KALMANOVITZ, SALOMÓN: *Nueva historia económica de Colombia*, Bogotá, Taurus-Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2010.
- MONCAYO, VÍCTOR y ROJAS, FERNANDO: *Luchas obreras y política criminal en Colombia*, Medellín, Ealon, 1978.
- OCAMPO, JOSÉ ANTONIO: *Historia económica de Colombia*, Biblioteca Familiar Presidencia de la República.
- RODRÍGUEZ ORTEGA, JULIO ARMANDO: *El nuevo derecho del trabajo*, Leyer.
- YOUNES MORENO, DIEGO: *Derecho administrativo laboral*, 11ª ed., Bogotá, Temis, 2009.
- VELÁSQUEZ TURBAY, CAMILO: *Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

B) *Conceptos*

- Circular 000001 de 6 de diciembre de 2004, emitido por los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social.
- Concepto 29 de 2010, Secretaría General, Alcaldía Mayor de Bogotá.
- Concepto 5742 de 2002, Secretaría Distrital de Hacienda de Bogotá.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), concepto 093233 de 1998.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), concepto 030965 de 1999.

C) *Jurisprudencia*

- Consejo de Estado
- Sección Segunda, sent. de 19 diciembre 1995, rad. 9140, M. P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.
- Sala de Consulta y Servicio Civil, sent. de 14 noviembre 1996, exp. 929, M. P. María Elena Giraldo Gómez.
- Sala de Consulta y Servicio Civil, sent. de 2 diciembre 1996.
- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sent. de 18 noviembre 2003, exp. IJ-0039, M. P. Nicolás Pájaro Peñaranda.
- Sección Segunda, Sub Sección B, sent. de 19 febrero 2004, exp. 0099-03, M. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.
- Sección Segunda, Sub Sección B, sent. de 5 mayo 2005, rad. 3731-03, M. P. Jesús María Lemos Bustamante.

Sección Segunda, Sub Sección A, sent. de 6 octubre 2005, rad. 1981-05, M. P. Tarsicio Cáceres Toro.

Sección Segunda, Sub Sección A, sent. de 30 noviembre 2006, rad. 6507-05, M. P. Jaime Moreno García.

Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda, Subsección A de 22 de febrero de 2007, M. P. Jaime Moreno García.

Sección Tercera. Mediante Fallo de diciembre 3 de 2007, rad. 24715.

Sección Segunda, Sub Sección A, sent. de 17 abril 2008, rad. 2776-05.

Sección Segunda-Subsección B, sent. de 15 junio 2011, M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

Corte Const., sent. C-555 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sent. C- 154 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara.

D) Legislación

Ley 4ª de 1913.

Ley 37 de 1921.

Ley 57 de 1926.

Decreto 2127 de 1945.

Ley 19 de 1958.

Decreto-Ley 2400 de 1968.

Decreto 3135 de 1968.

Decreto-Ley 3074 de 1968.

Decreto-Ley 3135 de 1968.

Decreto 1848 de 1969.

Decreto 1950 de 1973.

Decreto 1042 de 1978.

Decreto 222 de 1983.

Ley 80 de 1993.

Decreto 679 de 1994.

Decreto 855 de 1994.

Decreto 2209 de 1998.

Ley 527 de 1999.

Ley 734 del 2002.

Decreto 1703 del 2002.

Decreto 510 del 2003.

Ley sobre Sobre Régimen Político y Municipal, del 22 de agosto de 1913.

Código Sustantivo del Trabajo.

Constitución Política de Colombia, publicada en la *Gaceta Constitucional* 116 de 20 de julio de 1991.

Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Recomendación: R198, nonagésima quinta reunión de 31 de mayo de 2006.

CAPÍTULO III

EL ÁMBITO DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL Y LAS BARRERAS A LA INMIGRACIÓN*

EVELYN ROMERO ÁVILA**

SEBASTIÁN LUQUE CHARRY***

1. INTRODUCCIÓN

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes (aprobada en Colombia mediante la Ley 146 de 1994), define *trabajador migratorio* como toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un estado del que no sea nacional (art. 2.1). El trabajador migratorio compone el núcleo central de la regulación internacional sobre la materia, pues es sujeto de especial protección en sus derechos dada su condición. Las regulaciones internacionales sobre trabajadores migrantes buscan proteger al trabajador migrante y a su familia contra la desprotección social, laboral y contra la discriminación, pero también discurren estas regulaciones sobre los efectos de la migración para el estado de origen en lo referente a la contingente pérdida de capital humano y para el estado receptor en lo que refiere a la inmigración ilegal y la competencia en el sector laboral.

Mientras las economías globalizadas siguen creciendo y aumenta el número de trabajadores migrantes, los sistemas jurídicos no evolucionan

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.22>

** Abogada egresada de la Universidad de los Andes, Colombia. Especialista en Derecho Laboral y en Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana, Colombia. Actualmente se desempeña como socia local de la práctica de derecho laboral y seguridad social de la firma de abogados Baker & McKenzie S. A. S.

*** Estudiante de pregrado de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente se desempeña como auxiliar de asociado de la práctica de derecho laboral y seguridad social de la firma de abogados Baker & McKenzie S. A. S.

en el mismo sentido ni tienden a resolver el tema puntual de los trabajadores migrantes; por ello llevamos años discutiendo las posibles soluciones para manejar la migración laboral. De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo se estima que actualmente existen cerca de 232 millones de trabajadores migrantes en el mundo¹.

Aun en el sector formal de empleo, donde hay migración legal, se tiene la intención de cumplir la ley y los trabajadores migrantes cuentan con empleos formales con empresarios organizados, dispuestos a cumplir de manera cabal con sus obligaciones, la situación puede resultar confusa y ambigua. Hay múltiples barreras que dificultan la aplicación de un sistema jurídico integral, que puede estar acompañado de problemas de jurisdicción y competencia. A nuestro modo de ver, un sistema integral es aquel que permite que los trabajadores puedan ser trasladados ágilmente, con costos de nómina razonables que puedan ser cuantificados con antelación y permitan mantener ciertos beneficios en el país de origen.

El presente texto pretende aproximarse a algunas de las problemáticas que la migración laboral, en los términos de la regulación vigente, genera tanto para los trabajadores migrantes como para los empleadores patrocinadores, y estudiar el papel que desempeñan los organismos multilaterales y el llamado derecho internacional del trabajo, en la migración laboral, para poder acercarnos a soluciones que ofrezcan la protección integral de los derechos de los trabajadores, con costos reducidos de transacción asociados a la internalización de la empresa como factor generador de empleo.

Primero estudiaremos las tendencias regulatorias proferidas por algunos organismos multilaterales respecto de los trabajadores migratorios y su aplicación en Colombia, así como la importancia de dichas regulaciones, incluyendo la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Se intentará focalizar dicha aproximación con una visión crítica dirigida hacia el problema de la búsqueda de un sistema jurídico integral.

Posteriormente, nos encargaremos de pasar breve revista a tres circunstancias que generan vacíos en las regulaciones migratorias y aumentos en los costos asociados con la inmigración, estudiando los puntos críticos de dichos inconvenientes para acercarnos a potenciales

¹ En <http://ilo.org/global/topics/labour-migration/lang--es/index.htm>, recuperado el 10 de octubre de 2014.

soluciones a dichas situaciones. A estas circunstancias problemáticas llamaremos, genéricamente, *barreras a la inmigración*. Finalmente, presentaremos nuestra opinión sobre las barreras a la inmigración, así como una propuesta que podría fungir de ayuda para materializar una solución a dichas circunstancias.

2. LA IMPORTANCIA DE LAS ORIENTACIONES DE LOS ORGANISMOS MULTILATERALES

El papel de las regulaciones de los organismos multilaterales del trabajo resulta fundamental para integrar en forma correcta el derecho laboral doméstico al estudiar el tema del trabajador migrante. El Centro Internacional de Formación de la OIT, bajo la dirección de JAVIER BAUDONNET, en su *Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho* afirma que el papel de la regulación internacional del derecho del trabajo cumple básicamente cuatro funciones principales, a saber: (1) la resolución directa de un litigio; (2) el uso interpretativo; (3) la fuente de inspiración en el desarrollo de principios jurisprudenciales y (4) el refuerzo para una decisión². Estas funciones derivadas teóricamente por parte del Centro Internacional de Formación de la OIT parecen coincidir con la práctica de algunas jurisdicciones respecto de los convenios de la OIT. BAUDONNET³ rescata del análisis de las constituciones y legislaciones de, entre otros, Argentina, Azerbaiyán, Colombia, España, Etiopía, Fiji, Perú, Rumania y Sudáfrica, así como los códigos del trabajo de Albania, Marruecos y Lesotho, que:

se percibe un número creciente de constituciones y de códigos del trabajo que confieren de manera expresa al derecho internacional un papel importante en el derecho nacional, bien mediante el reconocimiento de un valor supralegal para los tratados ratificados, bien mediante la atribución a los mismos de una función interpretativa en la aplicación del derecho nacional (pág. 6).

La interpretación sobre el papel del derecho internacional según el Centro Internacional de Formación de la OIT, es complementaria del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual si no existen normas exactamente aplicables a un caso en controversia,

² *Derecho internacional del trabajo y derecho interno: manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*. Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo, 2010.

³ JAVIER BEAUDONNET, *La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales*, 2006.

los convenios y recomendaciones adoptadas por la OIT y las conferencias internacionales del trabajo, tendrán aplicación supletoria. La Corte Constitucional, en estudio de la precitada norma, fue más allá y clarificó que las normas de derecho internacional relativas al ámbito jurídico laboral, solo serían consideradas fuente auxiliar de derecho cuando no hubieren sido ratificadas por Colombia porque, en este caso, la norma debidamente ratificada debe ser tomada como fuente de aplicación directa y no supletoria de derecho⁴.

Para la OIT, la importancia de las disposiciones internacionales sobre trabajadores migrantes también se traduce en la posibilidad que tienen los países de utilizar su contenido como punto de partida para la redacción de legislación interna, propendiendo así por la aplicación de las disposiciones a escala global⁵. Considerando nuestro interés de velar por regulaciones más o menos uniformes a escala regional sobre la materia, el propósito mencionado debe tenerse muy presente cuando exhibamos nuestras propuestas sobre flexibilización regulatoria.

3. REFLEXIONES SOBRE LA ORIENTACIÓN DE LA OIT, LA ONU Y LA CAN SOBRE TRABAJADORES MIGRANTES

Las directrices de la OIT sobre trabajadores migrantes se concentran en reducir la discriminación respecto de los trabajadores nacionales y otorgarles un trato digno, lo cual implica ciertos deberes de atención e información adecuada por parte del Estado al trabajador migrante. El artículo 6° del Convenio C-097 de 1949 de la OIT⁶ prevé la obligación para los estados suscriptores de garantizar un trato no menos favorable a los trabajadores migrantes que aquel que aplique a sus propios nacionales en lo que refiere a aspectos relacionados con la remuneración, jornadas laborales, prestaciones sociales, descansos remunerados, afiliación a organizaciones sindicales y disfrute de beneficios colectivos y vivienda. De igual forma, extiende el mismo principio a materias relacionadas con la seguridad social, el pago de tributos y las acciones judiciales relacionadas con el objeto del convenio.

⁴ República de Colombia, Corte Const., sent. C-401 de 14 abril 2005.

⁵ Informe VI de la Conferencia Internacional del Trabajo, 92 Reunión. En búsqueda de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada. Organización Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, 2004.

⁶ Convenio de 1° de julio de 1949 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Trabajadores Migrantes realizada en Ginebra.

En los términos del Informe VI de la 92 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, las disposiciones sobre trabajadores migrantes normalmente se asocian con:

las normas mínimas de protección; el suministro de información exacta sobre las condiciones de trabajo en el país de empleo; las medidas encaminadas a facilitar la adaptación de los trabajadores migrantes a las condiciones de vida y de trabajo en el país de empleo; disposiciones especiales sobre los mecanismos para transferir los ingresos laborales de los trabajadores migrantes; las oportunidades de empleo; y el acceso a los servicios sociales, a los servicios médicos y a una vivienda aceptable (pág. 97)⁷.

Sin embargo, en adición a la tendencia de fomento a la dignidad e igualdad de los trabajadores migrantes, la OIT también intenta sistematizar su preocupación en lo que refiere a la inmigración ilegal. El Convenio C-143 de 1975⁸ compone un esfuerzo claro de regulación en este sentido, pues busca persuadir a los países miembros a detectar y reducir los niveles de inmigración ilegal en sus países. Así, en complemento al principio de igualdad y dignidad que le debe aplicar la legislación nacional al trabajador migrante, la OIT vela también por la formalización del trabajador migrante en beneficio, no solo del trabajador en sí, sino también de país receptor de la migración (en tanto promueve la formalización de empleo).

En lo que refiere a la inmigración ilegal, esta suele encontrar su causa originaria en dos factores, a saber: (1) la existencia de presiones que obligan a acudir a la migración por parte del migrante o; (2) el cierre de fronteras e imposición de restricciones a la migración al interior del país receptor como consecuencia de reestructuraciones de las políticas económicas⁹. Esta clase de situaciones son las que deben regularse a escala regional e integral para velar por una migración formal.

En términos de la OIT:

las restricciones jurídicas cada vez mayores que se aplican en numerosos países a la entrada y residencia de extranjeros obliga a los candidatos a la inmigración a recurrir a redes más o menos

⁷ Informe VI de la Conferencia Internacional del Trabajo, 92 Reunión, En búsqueda de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada, Organización Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, 2004.

⁸ Convenio de 24 de junio de 1975 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias).

⁹ Informe III (parte 1B), Conferencia Internacional del Trabajo, 87 Reunión, Estudio general sobre los trabajadores migrantes. Organización Internacional del Trabajo, 1999.

clandestinas —que exigen sumas cada vez más exorbitantes por sus servicios—, para eludir la normativa vigente (pág. 1)¹⁰.

Los citados convenios (C-143 de 1975 y C-097 de 1949) son los principales acerca de trabajadores migrantes de la OIT¹¹. No obstante, los tratados que consagran los derechos fundamentales de los trabajadores como la libertad de asociación y la abolición efectiva del trabajo infantil, se extienden en forma expresa por dichos tratados a los trabajadores migrantes¹², por lo que los segundos deben fungir de complemento a los primeros pues el trabajador migrante no compone un centro aislado de regulación por parte de la OIT, sino que es cubierto por la mayoría de disposiciones que propenden por la dignidad y la igualdad de los trabajadores.

En lo que refiere a la ONU, consideramos que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (la “Convención”), constituye la regulación principal de este organismo con respecto a trabajadores migrantes.

Las orientaciones de la Convención son similares a aquellas que son propugnadas por la OIT, tendientes a la protección de los derechos del trabajador migrante y la abolición de la migración irregular. De igual forma que ocurre con la OIT, muchas regulaciones proferidas por la ONU, que no tienen por objeto principal la regulación de los trabajadores migrantes, les refieren explícitamente, así como a la protección de sus derechos. Tal es el caso de la Declaración Universal de Derechos

¹⁰ Informe III (parte 1B), Conferencia Internacional del Trabajo, 87 Reunión, Estudio general sobre los trabajadores migrantes, Organización Internacional del Trabajo 1999.

¹¹ Informe VI de la Conferencia Internacional del Trabajo, 92 Reunión. En búsqueda de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada. Organización Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, 2004. Y resulta interesante comprender el contexto bajo el cual fueron expedidos para entender los extremos dentro de los cuales se debe mover la regulación sobre el trabajador migrante. El primero, Convenio C-097 de 1949, se expide con ocasión del fin de la Segunda Guerra Mundial y la expansión de trabajadores europeos a otras partes del mundo para facilitar la movilización de trabajadores requeridos en las reconstrucciones y empresas posguerra, y el segundo, Convenio C-143 de 1975, se suscribe con ocasión de la Crisis del Petróleo de 1973 y tenía por objeto procurar un control a los crecientes movimientos migratorios que comenzaban a sobrepasar la demanda laboral ante la crisis (Organización Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, 2004).

¹² Informe VI de la Conferencia Internacional del Trabajo, 92 Reunión. En búsqueda de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada, Organización Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, 2004.

Humanos y de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹³ y, así mismo, estas deben fungir de complemento de la Convención.

La ONU tiende a ser más amplia en la concepción de trabajador migrante que la OIT. Incluye dentro de la noción, no solo al trabajador transfronterizo, sino también a la gente de mar, a los trabajadores por cuenta propia y a los trabajadores fronterizos¹⁴. Así mismo, la ONU tiende a garantizar derechos más amplios que la OIT en lo que refiere a las remesas de ingresos y ahorros al extranjero, y es más clara que la OIT en lo referente a los derechos de los trabajadores migrantes frente a la expulsión¹⁵. Pero en últimas, en lo que refiere a la orientación general de principios, reiteramos que las dos regulaciones (OIT y ONU) tienden a ser muy similares.

Finalmente, la CAN tiene un objetivo más concreto que se dirige hacia la progresiva y gradual libre circulación y permanencia de los nacionales andinos con fines laborales bajo relación de dependencia en la región. Así lo dispone el artículo 1° de la Decisión 545 de la CAN (la “Decisión”). Se trata de una regulación mucho más concreta y se dirige a los países miembros con directrices específicas sobre el trato que debe otorgarse a los trabajadores migrantes, entendidos para este instrumento como “el nacional de un país miembro que se traslada a otro país miembro con fines laborales bajo relación de dependencia, sea

¹³ Informe vi de la Conferencia Internacional del Trabajo, 92 Reunión, En búsqueda de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada, Organización Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, 2004.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*. En efecto, mientras la Convención C-143 de 1975 se limita a establecer en el ordinal tercero de su artículo noveno que: “En caso de expulsión del trabajador o su familia, no deberían estos correr con los costos de la expulsión”, la Convención dispone una regulación integral en su artículo 22, mediante el cual prohíbe las expulsiones colectivas (ordinal 1), regula los mínimos derechos a garantizar a los trabajadores migrantes cuando se proceda con la expulsión, entre los cuales se destacan la necesidad de una decisión motivada en ley expedida por autoridad competente (ordinal 2), previa información de derechos e idioma comprensible (ordinal 3), derecho de defensa (ordinal 4), indemnización en caso de revocatoria (ordinal 5), manejo de acreencias laborales (ordinal 6) y respeto por los derechos adquiridos (ordinal 9). De igual forma, mientras la Convención C-097 de 1949 en su artículo 9° dispone que “Todo miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a permitir, habida cuenta de los límites fijados por la legislación nacional relativa a la exportación y a la importación de divisas, la transferencia de cualquier parte de las ganancias y de las economías del trabajador migrante que éste desee transferir”, la Convención garantiza el derecho de transferir ingresos durante y a la terminación de la relación laboral (arts. 32, 47, 61.4) e insta a los estados evitar la doble tributación de los trabajadores (art. 48).

en forma temporal o permanente”. La Decisión establece la libertad de circulación y la abolición de discriminaciones domésticas.

Sin perjuicio del ámbito limitado de aplicación de la Decisión, esta tiende hacia los mismos principios de las regulaciones explyadas. Así, entre otros, regula las formalidades que deben observarse para alcanzar la formalización de la inmigración laboral (art. 9° de la Decisión), establece como directriz el principio de igualdad en el trato y oportunidades y reitera los derechos fundamentales que deben serles reconocidos a los trabajadores migrantes (arts. 10 y 11 de la Decisión).

De manera similar a como lo hace la Convención, la Decisión también regula específicamente la libertad de remesas de ingresos y ahorros del trabajador migrante y establece la prohibición de doble tributación (art. 13 de la Decisión).

Tras estudiar la orientación de las anteriores disposiciones, podemos concluir que las regulaciones de la OIT, de la ONU y de la CAN sobre trabajadores migrantes consagran los principios de control y formalización, igualdad y dignidad del trabajador migrante. Sin embargo, más allá de la declaración general de principios, las regulaciones no parecen tender a incursionar en el problema de las barreras e impactos económicos que las regulaciones domésticas sobre inmigración pueden generar. La CAN puede ser la excepción si se considera que va mucho más allá y establece objetivos exigibles con plazos específicos para unificar la región (capítulo VIII de la Decisión sobre el Programa de Liberalización). Como veremos más adelante, a nuestro criterio, esta debería ser la tendencia de todas las regulaciones internacionales.

Ahora, uno de los problemas recurrentes que han identificado algunos doctrinantes y organismos internacionales sobre la regulación de la OIT acerca de trabajadores migrantes consiste en el hecho de que no se prescribe explícitamente una fórmula nacional de inmigración¹⁶. A nuestro criterio, el problema se extiende a las regulaciones de la ONU e implica la debacle al que el derecho internacional y los organismos multilaterales deben enfrentarse al momento de formular recomendaciones y tratados, y consiste en el nivel de autonomía que requieren los países receptores, de forma que las proposiciones formuladas surtan un efecto suficiente para cumplir su cometido sin que ahoguen con ello el margen de maniobra que requieren los gobiernos para manejar escenarios de dificultades.

¹⁶ Informe VI de la Conferencia Internacional del Trabajo, 92 Reunión, En búsqueda de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada, Organización Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, 2004.

Creemos que la solución no está en la celebración de tratados aislados, sino que debe propenderse la existencia de una regulación homogénea y recíproca, por lo menos regional, y con miras a llegar a una regulación global, para trabajadores migrantes, que elimine costos de transacción innecesarios y garantice de manera uniforme pero íntegra los derechos de los trabajadores. En el corto plazo deberíamos estar en capacidad de tener tratados multilaterales vinculantes para los países de Centro y Sur América, que además de cubrir aspectos como la seguridad social, procuren una aplicación uniforme del principio de territorialidad, o por lo menos tiendan a su flexibilización, y se propenda por una circulación de personas más libre, siempre garantizando los derechos de los trabajadores.

Sin lugar a dudas, uno de los casos más ejemplarizantes del resultado final de una unificación política sobre libre circulación de personas, lo compone la regulación que dispone la Unión Europea. El artículo 3º, ordinal 2º, del Tratado de la Unión Europea establece el principio de libre circulación de personas y, en su complemento, el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece la denominada “Ciudadanía de la Unión”, en virtud de la cual: “será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro”. La mencionada disposición prevé para los ciudadanos de la Unión los derechos de libre circulación y residencia, sufragio activo y pasivo en elecciones de miembros del Parlamento Europeo y elecciones municipales del Estado miembro en que residan, de acogimiento subsidiario a protección diplomática y consular de los Estados miembros en territorio de un tercer país, y de formular peticiones a las autoridades, órganos e instituciones consultivos de la Unión.

A su turno, y para el tema que nos interesa, el artículo 45 del TFUE establece el principio de libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, así como el principio de no discriminación. Ser trabajador en la Unión garantiza los siguientes derechos, por regla general: (1) responder a ofertas efectivas de trabajo y desplazarse libremente por el territorio de la Unión para estos efectos y, (2) residir en alguno de los estados de la Unión con el propósito de desempeñarse como trabajador y permanecer en dicho estado tras haber ejercido un empleo. Las disposiciones mencionadas no se aplican respecto de los trabajadores de la administración pública. Los artículos 46 a 48 establecen la obligación del Consejo Europeo y el Parlamento Europeo de realizar los esfuerzos que resulten necesarios para garantizar la libre circulación efectiva, incluidas la expedición de regulaciones que permitan acumular, conservar y garantizar los derechos derivados de las prestaciones

y de la seguridad social, salvando las excepciones que circunstancias particulares puedan generar en los estados¹⁷.

Es evidente que la transición por la que deben atravesar los países para lograr un tránsito libre de trabajadores es paulatino y requiere esfuerzos comunes que atiendan los intereses tanto de los estados, como de la fuerza de trabajo y el gremio empresarial¹⁸. Sin embargo, estamos convencidos de que los beneficios que resultan de acometer este resultado se predicen para todos los interesados.

A) Barreras a la migración

a) *El principio de territorialidad*. En Colombia, el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo¹⁹ cubre a nacionales y extranjeros y es

¹⁷ Dictamina el art. 49 del TFUE: “El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes:

”a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de estas;

”b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.

”Cuando un miembro del Consejo declare que un proyecto de acto legislativo de los previstos en el párrafo primero perjudica a aspectos importantes de su sistema de seguridad social, como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o afecta al equilibrio financiero de dicho sistema, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación y en un plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, el Consejo Europeo:

”a) devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario, o bien

”b) no se pronunciará o pedirá a la Comisión que presente una nueva propuesta. En tal caso, el acto propuesto inicialmente se considerará no adoptado”.

¹⁸ A pesar del principio general, la libre circulación de personas no es absoluta y se sujeta a los tratados y reglamentos que sobre la materia se desarrollan. Para información sobre la reglamentación de la libre circulación de personas en la Unión Europea, mirar la Directiva 2004/38/CE (sobre el principio de libre circulación de los miembros de la Unión), el Reglamento (UE) 492/2011 (sobre circulación de trabajadores dentro de la Unión), el Reglamento (CE) 883/2004 y su aplicación CE) 987/2009 (sobre disposiciones relativas a la seguridad social).

¹⁹ Dicta: “El presente código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad”.

de orden público. A partir de él, de forma reiterada, la jurisprudencia y doctrina han sostenido que los trabajadores que prestan servicios dentro del territorio colombiano, independientemente de su nacionalidad y de la nacionalidad o domicilio de la entidad o persona a la cual prestan sus servicios, deben estar gobernados por la ley laboral colombiana. Esto significa que el empleador debe cumplir con la totalidad de obligaciones previstas en el Código Sustantivo de Trabajo, si se trata de trabajadores del sector privado.

Si se considera que otros países consagran el principio referido en los mismos términos²⁰, con los respectivos alcances que las diferentes jurisprudencias pudieren haberle otorgado, el resultado es que la práctica del traslado internacional de los trabajadores genera problemas de orden práctico relacionados, entre otros, con: (1) el conflicto de jurisdicciones que sean competentes para conocer sobre controversias laborales en diferentes estados; (2) la incompatibilidad de prestaciones o auxilios propios de la seguridad social; (3) la declaración de contratos de trabajo diferentes e independientes en más de un país; (4) la multiplicidad de pagos laborales, prestaciones, pensiones o auxilios incompatibles entre los estados o indeseados por el empleador, y, en general, circunstancias que incrementan costos, desmotivan los traslados y, como ya lo mencionamos, pueden llegar a dejar sin protección legal a los trabajadores en algunos aspectos esenciales como la cobertura frente a los riesgos de vejez o invalidez.

Entre otros, RAFAEL ALBUQUERQUE²¹ nos menciona los trabajadores de plataformas petroleras *offshore*, la gente de mar, los trabajadores que prestan servicios itinerantes en diferentes sedes de una compañía multinacional y los trabajadores de obras públicas transfronterizas, como ejemplos de situaciones laborales que dificultan la aplicación del principio de territorialidad.

El manejo práctico de la transferencia de trabajadores a otros países puede complicarse si se considera que en varias oportunidades tanto tribunales nacionales como extranjeros han interpretado una aplicación

²⁰ Entre otros, hoy pueden destacarse el art. 4° del Código del Trabajo Cubano (Ley 116 de 17 de junio de 2014), el art. 3° de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina (Ley 20.744 de 13 de mayo de 1976), el art. 3° de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela, que por cierto prevé una doble consagración de principios en tanto dispone la aplicación tanto de la *lex loci solutionis* como de la *Lex loci contractus*, así como el mismo art. 2° del C. S. del T. colombiano.

²¹ RAFAEL ALBUQUERQUE, *Los conflictos de leyes del trabajo en el espacio*, Caracas, VI Curso Internacional de Derecho del Trabajo Comparado, 1990.

extensiva del principio de territorialidad, concluyendo que la ley laboral del país en donde se origina el vínculo laboral rige contratos ejecutados por fuera de ese país.

En cuanto a las teorías o formas que existen en el derecho internacional privado para resolver el problema de la aplicación de la ley, la doctrina es unánime en reconocer dos:

a) *Lex loci contractus*: en virtud de la cual la ley aplicable es aquella del país en donde se celebró el contrato de trabajo; y

b) *Lex loci solutionis*: en virtud de la cual la ley aplicable es aquella del país donde se ejecutó el contrato.

En Colombia, la tendencia jurisprudencial suele ser precavida sobre la materia y analizar cada asunto en particular, estableciendo en todo caso que el principio de territorialidad no es absoluto. En algunas ocasiones, la Sala de Casación Laboral de nuestra Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el artículo 2° de nuestro estatuto laboral contiene la teoría de la *lex loci solutionis* pero que dicha teoría no es absoluta y admite excepciones. Consideramos que la interpretación de los jueces sobre la materia no es absoluta.

En sentencia de 1998²², la Corte Suprema de Justicia decidió una demanda interpuesta por un extrabajador de Aerovías Nacionales de Colombia S. A. (Avianca) que pretendía el pago de prestaciones sociales e indemnizaciones consagradas en la ley laboral colombiana. El trabajador alegó laborar en Colombia bajo contrato laboral suscrito con la demandada, terminando la relación laboral de mutuo acuerdo a través de pactos conciliatorios. Entre 1977 y 1979, laboró en la ciudad de Nueva York y, desde 1985 en adelante, en la ciudad de San Juan, Puerto Rico, con contratos de trabajo separados de la relación en Colombia. Los contratos celebrados en el exterior, fueron suscritos entre el demandante y una sociedad extranjera, agente comercial de Avianca, y en ellos se estipuló la aplicación de cada ordenamiento jurídico respectivo.

En este caso, la Corte consideró que en el expediente no se encontraron pruebas que llevaran a concluir otra cosa distinta a que las relaciones laborales cumplidas por el demandante fuera del país se generaron en virtud de un convenio formal entre las partes en Colombia y, por tanto, pareció extender el principio de territorialidad. La Corte afirmó que la voluntad de las partes no determina por sí sola la norma apli-

²² C. S. de J., Sala de Casación Laboral, Santafé de Bogotá, D. C., 22 de abril de 1998. M. P. Dr. Francisco Escobar Henríquez, rad. 10461.

able, pues se trata de un problema de soberanía definido en la propia ley, de forma que los contratantes carecen de la potestad de convenir que quedan cobijados o excluidos del estatuto laboral colombiano²³.

En sentencia de 2003²⁴, la Corte decidió una demanda de una extrabajadora contra la Corporación Andina de Fomento (CAF), en la cual la demandante solicitaba el pago de las prestaciones sociales, indemnizaciones y demás beneficios consagrados en la ley colombiana, toda vez que su liquidación había sido realizada con base en el reglamento de personal de la corporación. La Corte afirmó que la demandada, al establecer beneficios reglamentarios internos que no eran inferiores a los establecidos por la ley colombiana, sino por el contrario, superiores, pagó lo estipulado por la ley nacional y más allá de lo previsto por ella, por lo que no vulneró la ley laboral.

En sentencia de 2009²⁵, en un caso en el cual el contrato de trabajo había sido celebrado y ejecutado en su totalidad en el extranjero con el hoy Bancoldex, no obstante la Corte Suprema de Justicia no procedió a casar la decisión, reiteró que el principio *lex loci solutionis* no es absoluto y admite algunas excepciones a su aplicación, que permiten que, pese a que el contrato de trabajo no se ejecute en Colombia, se aplique a legislación laboral del país. Consideramos que este caso se presenta cuando la subordinación se continúa ejerciendo desde Colombia, por lo que se requiere que antes de que el trabajador comience a prestar sus servicios en el exterior, haya estado trabajando en Colombia. En ese sentido, la subordinación que se ejercía en el país continúa en el extranjero.

²³ Afirma igualmente la Corte Suprema de Justicia: “Ahora bien, la jurisprudencia de la Sala ha reconocido que el artículo 2º C. S. del T. contiene la teoría de la *lex loci solutionis*, pues se reitera que si, según su texto, el Código ‘[...]’ rige en todo el territorio nacional [...]’, resulta diáfano que ha de aplicarse a las pertinentes relaciones laborales cumplidas en Colombia. Sin embargo, la recepción de esa teoría como derivada del tan citado precepto, no puede ser llevada al extremo de entender que la respectiva relación de trabajo queda automáticamente excluida de la regulación de la ley laboral colombiana, en lo que hace a los servicios prestados en el exterior, en el evento de que el empleado se vea obligado a abandonar accidentalmente el país por razones del servicio prometido y durante periodos más o menos largos y frecuentes, sin que deje de ser habitante del territorio nacional, ni se altere el lugar donde se cumple la actividad patronal que requiere del servicio del trabajador”.

²⁴ C. S. de J., Sala de Casación Laboral, Bogotá, D. C., 19 de mayo de 2003, M. P. Germán G. Valdés Sánchez, rad. 20429.

²⁵ C. S. de J., Sala de Casación Laboral, Bogotá, 27 de octubre de 2009, M. P. Luis Javier Osorio López, rad. 35322.

A nuestro parecer, podría pensarse que las dos interpretaciones de la norma consagrada en el artículo 2° del Código Sustantivo del Trabajo han sido acogidas por nuestra jurisprudencia ordinaria, en tanto ha considerado que a pesar de que un contrato se celebre en Colombia pero se ejecute en el exterior, si se presenta evidencia clara de tener una relación laboral subordinada por un empleador en Colombia, se aplicará la ley colombiana.

Adicionalmente, la legislación colombiana no contempla situaciones como las estadías cortas o transitorias o las asignaciones temporales de extranjeros en el país. Sencillamente, para toda prestación de servicios subordinados dentro del territorio colombiano, como ya lo mencionamos, se aplica la ley laboral colombiana independientemente del término o la duración del trabajo en el país.

Creemos que el principio de territorialidad debería tener una aplicación más flexible para los trabajadores extranjeros que prestan sus servicios personales —aun sea de manera subordinada—, diferenciando aquellos que se trasladan de manera prolongada y los que se movilizan por periodos cortos. En el estado actual de nuestra jurisprudencia en virtud del cual el lugar de la ejecución del contrato determinará la norma aplicable, por regla general, incluso aceptando extensiones al principio para labores realizadas en el exterior, y del texto de nuestra legislación, la aplicación exegética del citado artículo 2° del Código Sustantivo de Trabajo nos lleva a tener que aplicar la ley laboral a trabajadores que vienen al país por periodos cortos, aumentando los costos de transacción para el incursor sin que por ello realmente se esté cumpliendo una duradera finalidad de protección al trabajador. La flexibilidad referida, la orientamos en el sentido de tener la opción de dejar de aplicar ley laboral colombiana a los trabajadores cuya estadía fuera eminentemente temporal, y de corta duración, como por ejemplo no más allá de seis meses, y abrir la posibilidad de aplicar una norma extranjera siempre y cuando aquella igual o más favorable a los intereses del trabajador en relación con la legislación local.

A continuación, procederemos a explicar otro de los problemas que representa una limitación a la inmigración laboral y que consideramos puede también ser objeto de flexibilización, a saber, la cobertura del trabajador migrante sobre seguridad social, especialmente, en lo referente al subsistema de pensiones.

b) *La cobertura en seguridad social: pensiones.* Un trabajador migrante que debe prestar servicios en diferentes países se enfrenta a la problemática de tener que efectuar aportes en todos aquellos, sin que los

ordenamientos jurídicos permitan siempre que dichas contribuciones puedan retribuirse cuando el trabajador retorna a su jurisdicción de origen. Lo propio ocurre con el tiempo de servicios, que bajo algunos regímenes, se exige para cumplir los requisitos de pensión. Entonces, para poder cumplir con el objetivo de alimentar un fondo pensional en su país de origen, debe realizar aportes independientes tanto en dicho país como en el país o los países donde presta sus servicios. De igual forma, en ausencia de un convenio que prevea la homologación de tiempos de servicios, le quedará imposible al trabajador migrante adicionar el tiempo de servicios laborados en el extranjero para computar los requisitos de su pensión en el lugar en que desea finalmente acceder a ella. Para intentar solucionar la problemática, hemos visto esfuerzos aún incipientes, de diferentes naciones por negociar y celebrar tratados internacionales que permitan el traslado de aportes de los trabajadores de un fondo establecido en un país a un fondo establecido en otro, así como la homologación de tiempos de servicios²⁶. Para el caso colombiano ha dejado claro la Superintendencia Financiera que la legislación colombiana solo permite el traslado de los aportes efectuados al Sistema General de Pensiones a otro país o de otro país al Sistema General de Pensiones, en los casos en que existe un acuerdo internacional suscrito con tal país²⁷. En este sentido, para el trabajador que se encuentra laborando en diferentes jurisdicciones que no cuentan con un tratado que les permita el movimiento de aportes a sus respectivos afiliados, percibirá su contribución en el lugar de prestación del servicio como una frustrante carga infructífera toda vez que verá fracasada la oportunidad de tomar provecho de los montos ahorrados, bien porque debe esperar un largo tiempo para poder recuperarlos o bien porque no podrán capitalizar el fondo con el cual planea retirarse. Igual de infructífera será la acumulación de tiempos de servicios si no tiene la posibilidad de homologarlos en su país de origen. Ahora, con respecto a la posibilidad en Colombia de optar por no afiliarse al Sistema General de Pensiones al trabajador extranjero, la conclusión no es clara y da lugar a diferentes posiciones. Algunos sostienen que los trabajadores extranjeros sí están obligados a afiliarse al Sistema

²⁶ Por ejemplo, Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, la Decisión 583 o Instrumento Andino de Seguridad Social de la Comunidad Andina de Naciones, el Convenio de Seguridad Social con la República de Chile y el Convenio de Seguridad Social con la República Oriental del Uruguay.

²⁷ Concepto 2008042900-001 de 10 de septiembre de 2008 y concepto 2008053643-001 de 25 de agosto de 2008.

General de Pensiones, con independencia de su voluntad y de contar o no con la cobertura del riesgo en el exterior. La interpretación surge de la forma en que se previó la afiliación voluntaria de los extranjeros, en los artículos 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2002, y en el artículo 9° del Decreto Reglamentario 692 de 1994. Otros consideran que los trabajadores extranjeros, de manera excepcional, pueden solicitar no ser afiliados al Sistema General de Pensiones, caso en el cual el empleador puede aceptar su solicitud si se reúnen los siguientes requisitos: (1) que el extranjero solicite expresamente no ser afiliado al sistema general de pensiones; (2) que el extranjero permanezca en el país de manera temporal, en virtud de un contrato de trabajo y; (3) que el extranjero esté cubierto por un régimen pensional en el exterior. En todo caso, es evidente que el tema no está saldado y representa otro de los vacíos que la regulación sobre inmigración y derecho laboral doméstico generan.

Somos partidarios de una posición más flexible respecto del Sistema General de Pensiones, que permita un traslado ágil y oportuno de los aportes y la homologación de los correspondientes tiempos de servicios, y que incluso permita la no afiliación de extranjeros que cuenten con una cobertura igual o superior en su país de origen, capitalizada durante su estadía en el país de prestación de servicios.

Con respecto a los problemas relativos a salud y riesgos laborales en materia de trabajadores migrantes, estos refieren mayoritariamente a la desprotección en los casos de migración informal o ilegal. Suele instarse a los países a la implementación de programas serios y completos de salud ocupacional, así como al fomento de un acceso equitativo a los sistemas de salud. Según lo ha planteado la Organización Mundial de la Salud (OMS)²⁸ debe buscarse la forma de garantizar cobertura sanitaria ininterrumpida entre los países de origen o retorno, tránsito y destino, en particular, por lo que respecta a los migrantes temporales e irregulares. En todo caso, en Colombia la obligación de afiliar al trabajador extranjero al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al de riesgos laborales es clara y se encuentra consagrada, entre otras normas, en los artículos 153 y 156 de la Ley de 100 de 1993 (salud) y en el artículo 13 del Decreto 1295 de 1994.

A continuación, pasaremos revista a otra barrera a la inmigración que se relaciona con las dinámicas de la regulación sobre inmigración.

²⁸ Organización Mundial de la Salud, *Salud de los migrantes*, Informe de Secretaría, 61 Asamblea Mundial de la Salud, punto 11.9 del orden del día provisional, 7 de abril de 2008.

c) *El carácter dinámico de las políticas migratorias.* En muchas ocasiones, la política migratoria que adopte un país en un momento determinado escapa propiamente al ámbito de la ciencia jurídica laboral y se relaciona con aspectos económicos y políticos que se enmarcan dentro del principio de la libre autodeterminación de los estados y su correspondiente soberanía. Dichas políticas dependen del mercado laboral nacional y se traducirán en un manejo más restringido entre menos demanda haya, sin discriminar muchas veces los sectores específicos de los cuales se predica dicha demanda ni respecto de la mano de obra de que se representa (calificada o no calificada). Las diferentes circunstancias que afectan la política de inmigración en los diferentes países, pueden conllevar a aumentar los costos de transacción involucrados en la internalización de la empresa como unidad de producción, lo cual puede desincentivar la constitución de compañías multinacionales, limitando el potencial de la nueva demanda de mano de obra que podría ayudar a flexibilizar las mismas políticas migratorias y que puede resultar en un efecto contraproducente del resultado buscado con ellas. A nuestro modo de ver, no parece factible instituir una política estática sobre un tópico que resulta inherentemente voluble y que requiere la posibilidad de una intervención regulatoria celeré para aliviar las tensiones económicas derivadas del mercado laboral en un país. Sin embargo, consideramos que los organismos multilaterales y las asociaciones de naciones, deben tomar un papel más activo para intentar propender por unas políticas migratorias más uniformes a escala regional, de una forma similar a como se ha venido manejando en la Unión Europea, según se explicó.

A pesar de que la obtención de visas solía conllevar un trámite demorado y costoso, que involucraba facultades discrecionales en cabeza de los funcionarios y requisitos de difícil cumplimiento, con la evolución de las últimas regulaciones, consideramos que el gobierno nacional colombiano ha hecho varios avances al disminuir los costos asociados con los trámites administrativos de las visas y permisos temporales, habilitando la opción de adelantar los procedimientos vía electrónica y, en general, flexibilizando las trabas de tipo administrativo que otrora pudieron representar costos que desincentivaban la importación de trabajadores foráneos. Este es otro aspecto que consideramos que se debe comenzar a implementar como política general a escala regional, la simplificación del procedimiento. Sin perjuicio de la posición migratoria que el mercado laboral doméstico o regional demande, la implementación de cargas burocráticas innecesarias no debería ser la manera de regular la política migratoria bajo ninguna circunstancia.

En general, consideramos que las políticas migratorias deben crear un marco de relaciones que permita la circulación de capital humano y favorezca el papel de las comunidades transnacionales como instrumentos de inversión en los países de origen y el desarrollo de su economía²⁹, y se presente como una alternativa simple que involucre bajos costos de transacción, tanto para el trabajador migrante, como para el correspondiente patrocinador local.

Ahora, revisaremos la última barrera a la inmigración que se relaciona con la incorporación de políticas corporativas laborales globales y sus limitaciones.

d) *Las políticas corporativas globales.* Las compañías multinacionales suelen diseñar planes globales para sus trabajadores en posiciones móviles, cuyo objetivo es dar un tratamiento uniforme en aras de reducir los costos de transacción asociados con la internacionalización de una compañía. Es común que algunas compañías multinacionales establezcan planes para beneficios pensionales, de retiro o de participación en planes de acciones que se extienden a lo largo del globo. Sin embargo, estos planes están comúnmente redactados bajo la legislación del país en que se encuentre la casa matriz o la dirección de talento humano de la empresa referida y esta legislación, evidentemente, resulta diferente a aquella del país en que efectivamente se presta el servicio o del cual es nacional el trabajador.

En la práctica es difícil compaginar el otorgamiento de esos beneficios especiales con los mínimos y garantías debería incluirse también los beneficios especiales que es la redacción inicial del país en el cual se van a prestar los servicios o del país de origen del empleado, toda vez que pueden generar costos adicionales, pues lo que la compañía multinacional crea en búsqueda de cubrir y satisfacer el interés del trabajador, se repite en la legislación local generando la existencia de un doble pago, si no se admite la renuncia del beneficio local en reemplazo de la obtención de un beneficio foráneo o, en todo caso, de diferente naturaleza pero igual o más beneficioso a los intereses del trabajador. Consideramos, como se referirá más abajo, que no debería haber problema con alejarse de algunas disposiciones del trabajo relativas a los mínimos fundamentales de los trabajadores, si es para pactar beneficios más favorables para aquellos.

Adicionalmente, el paquete de beneficios laborales y las políticas de expatriación se establecen en cartas de asignación o traslado que

²⁹ Esta idea fue inicialmente establecida por MIGUEL PAJARES en *La inmigración y los desafíos para las políticas públicas*, 2006.

describen de manera general los beneficios, sin considerar los lineamientos o condiciones mínimas de la legislación del país de prestación de servicios. Esto hace necesaria la suscripción de documentos adicionales para clarificar y determinar los términos de su reconocimiento y evitar confusiones o reclamaciones futuras. Un ejemplo claro de este tipo de inconvenientes es el acuerdo de pagos laborales en moneda extranjera, o en sumas brutas (no netas), lo que implica un trabajo administrativo adicional. Entonces, es común que las empresas multinacionales se vean en la obligación de solicitar asesoría jurídica local para verificar que la forma de pactar el otorgamiento de beneficios (más que el otorgamiento del beneficio mismo en sí), es el correcto, lo que adiciona nuevos costos de transacción.

B) *Alternativas de flexibilización*

Hemos analizado el papel y la posición, así fuera de manera muy superficial, de algunos organismos multilaterales con respecto a la migración laboral, así como la importancia de las regulaciones internacionales sobre la materia. Nos hemos percatado de la creciente importancia y el papel cada vez más activo de los organismos multilaterales, las comunidades y asociaciones de naciones de los ordenamientos laborales domésticos. Así mismo, hemos descrito algunos de los problemas que las barreras a la inmigración, implican para los trabajadores migrantes y para los empleadores locales y como contrapropuesta, propusimos una flexibilización de los principios básicos de territorialidad, así como la flexibilización de la regulación sobre la seguridad social, específicamente en lo concerniente a pensiones. También hemos insistido en la necesidad de generar esfuerzos conjuntos para crear políticas regionales unificadas que permitan resistir con mayor fortaleza las desavenencias de los ciclos económicos en el terreno laboral y que ayuden en la flexibilización de que se trató arriba, con respeto siempre de los derechos mínimos de los trabajadores, basados en los ejemplos que la Comunidad Europea nos trae y conscientes del papel activo que deben tener los organismos multilaterales del trabajo.

En general, hemos discurrido sobre el panorama al que se enfrentan trabajadores y empleadores cuando de migración laboral se trata y, a su turno, nos hemos acercado tangencialmente a algunas ideas que pudieran presentarse como alternativas para reducir los costos asociados con dicho panorama en pro de tanto de trabajadores como de empleadores. Pues bien, a continuación resumimos dichas ideas.

Creemos, en primer lugar, que es posible pensar en mecanismos que hicieran de la internacionalización laboral un fenómeno con costos más reducidos sin que por ello implique el desconocimiento de mínimos fundamentales ni la ignorancia de la libre autodeterminación de los pueblos. Consideramos que es posible una flexibilización del principio de territorialidad y cobertura en subsistemas de seguridad social si se garantiza que el trabajador foráneo estará cubierto por beneficios y normas iguales o más beneficiosas que las locales, tal y como lo aceptó la Corte Suprema de Justicia en el caso de la CAF explicado arriba³⁰. Así mismo, creemos que esta flexibilización debe llevarse a cabo de la mano de los organismos multilaterales que han hecho grandes esfuerzos por determinar los principios y garantías mínimos que deben tener los trabajadores y pueden fungir de mecanismo cohesionador entre los intereses de las naciones de una región. De igual forma, creemos que una regulación integral de las políticas migratorias y una simplificación generalizada de los procedimientos ante las administraciones públicas, pueden colaborar a eliminar las barreras propias que la exigencia de permisos y visas le imponen a la inmigración laboral, sin desconocer las realidades económicas detrás de las regulaciones gubernamentales.

En general, una flexibilización unificada, impulsada por los organismos multilaterales, que garantice el respeto a los derechos mínimos de los trabajadores, atienda los intereses de las empresas como unidades de producción, capaces de aumentar la demanda de empleo en las naciones y considere las consecuencias y necesidades derivadas de los vaivenes de las economías globales.

BIBLIOGRAFÍA

ALBUQUERQUE, RAFAEL: *Los conflictos de leyes del trabajo en el espacio*, VI Curso Internacional de Derecho del Trabajo Comparado, Caracas, 1990.

³⁰ Adicionalmente, es necesario realizar una distinción en este punto en referencia a lo que RAFAEL ALBUQUERQUE (quien comparte nuestra misma posición) ha denominado las leyes de policía del trabajo o aquella parte de la legislación laboral que se encarga de regular la organización del trabajo y su reglamentación administrativa, de orden público e inmodificables bajo ninguna circunstancia por la voluntad de las partes, y las leyes de orden público social, que son aquellas que intervienen en el dominio de la autonomía de la voluntad y constituyen simples garantías mínimas destinadas a la protección del trabajador, las cuales deberían poder ser modificadas por la voluntad de las partes siempre que sea para beneficiar al trabajador y a las cuales nos referimos arriba cuando hablamos de la flexibilización de las normas de derecho laboral.

BEAUDONNET, XAVIER: La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales, en *Revista de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

JIMÉNEZ, HOLMAN: Presentación ante el Encuentro de Protección Social en Salud para migrantes en Iberoamérica, San José de Costa Rica, diciembre de 2011. Recuperado el 17 de febrero de 2015 de <http://www.segib.org/cooperacion/files/2012/02/Encuentro-de-Proteccion-Social-en-Salud-para-migrantes-en-Iberoamerica-OISS.pdf>.

CAPÍTULO IV

EMPLEABILIDAD Y FORMALIZACIÓN LABORAL*

IVÁN DANIEL JARAMILLO JASSIR**

1. INTRODUCCIÓN

La política laboral en el contexto de la contracción económica europea de la primera década del siglo XXI se caracteriza por la sustitución del modelo protector del trabajo hacia la dimensión orientada a la recuperación de los indicadores de empleo al servicio del mercado.

La definición del sustrato ideológico del sistema de relaciones laborales determina el paso del derecho del trabajo al derecho del empleo que privilegia el gobierno de los mercados en detrimento de las categorías que informan el trabajo decente que retoma y conserva los principios fundacionales de la disciplina laboral y la desmercantilización del trabajo humano.

En este sentido, la rentabilización política de los aumentos de las cifras de empleabilidad determina el abandono del modelo protector construido en el siglo XX para articular los sistemas de respuesta de matriz financiera. El binomio empleo-trabajo determina la calificación cualitativa, que impone la segunda categoría, de los indicadores macroeconómicos que incorpora elementos de adecuación de los puestos de trabajo al cumplimiento de los parámetros mínimos nacionales y universales.

En el espacio latinoamericano, la problemática se centra en el trabajo *negro* —sin reconocimiento de derechos— que constituye empleo

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.23>

** Profesor y coordinador del Área de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad del Rosario. Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Doctor *Cum Laude* por la Universidad de Castilla La Mancha (España). Máster en Derecho del Trabajo Universidad de Bolonia (Italia). Especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana.

como actividad generadora de ingresos que mercantiliza el trabajo y contradice la admisibilidad social de los aumentos de indicadores macroeconómicos que erosionan la arquitectura *iuslaboral*.

La problemática de la negación del espectro protector del derecho del trabajo se relaciona con los alcances nocivos de la globalización económica que desarticulan los derechos fundamentales en el trabajo y trasladan la disciplina laboral al servicio del empleo como elemento del mercado.

Los efectos de la perspectiva económica del empleo determinan la anulación de los estándares protectores, al desregularizar y acentuar el poder empresarial favoreciendo la destrucción de derechos que acompañan el trabajo que deriva en políticas ocupacionales desprovistas de la necesaria adecuación a los parámetros jurídicos que acompañan la prestación de servicios por cuenta ajena y/o propia.

Los ajustes del sistema productivo en la segunda mitad del siglo xx y la profundización de las políticas de privatización de lo público y los procesos de externalización y reducción al *core business* estricto de las unidades productivas en la globalización determinan el crecimiento del sector informal.

Entre 1950 y 1980, el sector informal aportó alrededor de cuatro de cada diez nuevos puestos de trabajo generados; es decir, la mitad de su contribución durante el ajuste. Dos son los factores más significativos que determinan este comportamiento: la desaparición del sector público como empleador neto y el ajuste a través de reducción de empleo en las empresas de mayor tamaño. En casi todos los países no solo se reduce la participación del empleo público, sino que en varios de ellos se contrae en valores absolutos. El sector público se ha debido ir ajustando como parte de la política de disminución del déficit fiscal y de privatización de activos. A su vez, las empresas privadas de mayor tamaño enfrentaron la apertura económica incrementando su productividad, lo que lograron fundamentalmente mediante la reducción de empleo¹.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La delimitación conceptual de la formalización se encuentra estrechamente ligada al contenido semántico de la expresión por la cual se *reviste algo de los requisitos legales*.

¹ VICTOR TOKMAN, De la informalidad a la modernidad, *Boletín Cinterfor* 155, Oficina Internacional del Trabajo, 2001.

Como marco conceptual se acogerá en este ensayo la acepción de la expresión *informalidad laboral* como el trabajo desempeñado sin el acompañamiento de las garantías laborales y de seguridad social que niegan la ciudadanía que deriva del trabajo y el principio fundacional de exclusión del mercado que soporta la disciplina laboral.

De acuerdo con las directrices de la OIT la determinación del trabajo informal está constituida así:

Se considera que los asalariados tienen un empleo informal si su relación de trabajo, de derecho o de hecho, no está sujeta a la legislación laboral nacional, el impuesto sobre la renta, la protección social o determinadas prestaciones relacionadas con el empleo (preaviso al despido, indemnización por despido, vacaciones anuales pagadas o licencia pagada por enfermedad, etc.). Las razones pueden ser las siguientes: la no-declaración de los empleos o de los asalariados; empleos ocasionales o empleos de limitada corta duración; empleos con un horario o un salario inferior a un límite especificado (por ejemplo para cotizar a la seguridad social); el empleador es una empresa no constituida en sociedad o una persona miembro de un hogar; el lugar de trabajo del asalariado se encuentra fuera de los locales de la empresa del empleador (por ejemplo, los trabajadores fuera del establecimiento y sin contratos de trabajo); o empleos a los cuales el reglamento laboral no se aplica, no se hace cumplir o no se hace respetar por otro motivo. Los criterios operativos para definir empleos asalariados informales deberían determinarse en función de las circunstancias nacionales y de la disponibilidad de información².

En este sentido, las relaciones entre la formalidad con la categoría *trabajo decente* derivan del contenido de esta última como parámetro universal de calificación que articula la estrategia de la OIT para la determinación de los estándares mínimos de admisibilidad de las condiciones laborales.

Así, como criterio universal, el trabajo debe contener los factores que caracterizan el trabajo decente ausentes en la economía informal: (1) promoción de derechos en el trabajo; (2) empleabilidad; (3) protección social; y (4) diálogo social.

Los parámetros de identificación del trabajo informal y el consecuente desajuste en referencia al marco de encuadramiento de la relación

² Directrices sobre una definición estadística de empleo informal adoptadas por la Decimoséptima Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo (noviembre-diciembre de 2003).

individual y las garantías de protección social determinan mayores espacios de negación de los elementos constitutivos de trabajo decente.

Los déficit de trabajo decente son más acusados en la economía informal. Desde el punto de vista de los trabajadores no protegidos, los aspectos negativos del trabajo de la economía informal superan con creces los aspectos positivos. Los trabajadores de la economía informal no están reconocidos, registrados, reglamentados o protegidos en virtud de la legislación laboral y la protección social, por ejemplo en los casos en que su situación de empleo es ambigua y, por consiguiente, no pueden disfrutar de sus derechos fundamentales, ejercerlos o defenderlos³.

En este orden de ideas, la transición hacia la formalización de la economía informal constituye uno de los principales objetivos de la OIT que pretende ser incorporado a las políticas macroeconómicas nacionales.

La estrategia de adecuación a la economía formal está soportada en una política integrada propuesta desde 2002 en el marco del programa de trabajo decente que integra los siguientes pilares:

- 1) Estrategias de crecimiento y generación de empleo de calidad;
- 2) Entorno normativo, incluida la observancia de las normas internacionales del trabajo y los derechos fundamentales;
- 3) Organización, representación y diálogo social;
- 4) Igualdad: género, estado serológico, origen étnico, raza, casta, edad, discapacidad;
- 5) Iniciativa empresarial, competencias profesionales, financiación, gestión, acceso a los mercados,
- 6) Ampliación de la protección social: establecimiento de pisos de protección social y sistemas de seguridad social;
- 7) Estrategias de desarrollo local (rural y urbano).

3. EMPLEABILIDAD Y RUPTURA DE LO LABORAL EN AMÉRICA LATINA

La situación macroeconómica de la región latinoamericana presenta indicadores generales que sugieren mantenimiento adecuado de los niveles de empleabilidad que reflejan la situación de desempleo en porcentajes de un dígito que aparentan inmunidad a los efectos de la crisis económica mundial.

³ Organización Internacional del Trabajo, Conferencia General, Resolución relativa al trabajo decente y la economía informal, 90ª reunión, 2002.

Cuadro 1. Comparativo de países y sus tasas de desempleo

Países	Tasa de desempleo (2013)
América Latina	6,5 %
Argentina	7,3 %
Brasil	5,6 %
Chile	6,0 %
Colombia	11,1 %
Costa Rica	8,2 %
Ecuador	4,7 %
Jamaica	15,4 %
Honduras	6,0 %
México	5,9 %
Panamá	4,7 %
Paraguay	8,0 %
Perú	6,0 %
República Dominicana	7,0 %
Uruguay	6,9 %
Venezuela	8,0% ⁴

No obstante los bajos indicadores de desempleo que evidencia la región, el contraste con los niveles de trabajo informal que alimentan los porcentajes de ocupación en la región contaminan la empleabilidad que mantiene América Latina.

De acuerdo con los informes del Programa de la OIT para la formalización de la informalidad en América Latina y el Caribe (Forlac) se registran 130 millones de trabajadores informales para 2013.

En contraste con el contexto europeo (en el que producto de la crisis económica la temática laboral en las estrategias de aumento de la empleabilidad), en el ámbito latinoamericano, el desafío se centra en la reducción de las tasas de informalidad que caracterizan los indicadores ocupacionales.

La primera década del siglo XXI será recordada como un período de crecimiento significativo que ha permitido avances sociales, económicos y laborales sustantivos en los países de América Latina y el Caribe. Surge ahora el desafío de hacer sostenible este progreso: la región ha reducido la pobreza, pero la desigualdad

⁴ Organización Internacional del Trabajo, Panorama Laboral 2013, América Latina y el Caribe, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, primera edición, 2013, pág. 30.

ha disminuido ligeramente y hay al menos 130 millones de personas que trabajan en condiciones de informalidad⁵.

Los criterios utilizados para la imputación de las categorías de informalidad en el empleo se articulan en la no sumisión a los parámetros del ordenamiento laboral, la desprotección social y el desconocimiento del espectro prestacional que emana de la relación de trabajo.

Así las cosas, la problemática latinoamericana que representa la relación empleo-formalización representa la introducción de elementos cualitativos al análisis macroeconómico de la empleabilidad cuya omisión determina no solo la erosión de garantías fundamentales en el trabajo sino una relación directa con la pobreza⁶.

4. FORMALIZACIÓN EN COLOMBIA

Dentro del contexto descrito, en Colombia la reducción de las cifras de desempleo contrasta con los niveles de informalidad que participan en forma considerable en la construcción de los indicadores de empleabilidad.

De acuerdo con el Departamento Administrativo Nacional de Estadística para 2014 el desempleo nacional se ubicó en el 9,1 por ciento que no puede ser escindido del 49,6 por ciento de trabajadores informales que representan un total de 13,9 millones de trabajadores⁷.

En este contexto, la estrategia normativa del ordenamiento laboral se orienta a la readecuación de las modalidades laborales hacia la

⁵ Organización Internacional del Trabajo, las Américas ante los retos del siglo 21: empleo pleno, productivo y trabajo decente, Informe del mantener la mayúscula pues se hace referencia a un cargo específico director general. 13-16 de octubre de 2014, Lima, Perú.

⁶ “En el mismo sentido, la OIT como parte de la construcción dogmática que incorporan las condiciones de formalidad al empleo ha estructurado la categoría empleo vulnerable que define como: la suma de los trabajadores con empleo independiente y los trabajadores familiares no remunerados. Es menos probable que estas personas tengan acuerdos formales de trabajo. Por lo tanto, es más probable que carezcan de condiciones de trabajo decente, seguridad social apropiada y una «voz» a través de sindicatos y otras organizaciones similares. Con frecuencia, el empleo vulnerable está caracterizado por ingresos inadecuados, baja productividad y condiciones de trabajo difíciles, que socavan los derechos fundamentales de los trabajadores”. Entrevista con el jefe de la Unidad de las Tendencias Mundiales del Empleo de la OIT, Lawrence Jeff Johnson, 26 de enero de 2010.

⁷ Análisis del mercado laboral en Colombia: una nueva cara de la formalidad, Fasecolda, Bogotá, septiembre de 2014.

formalización de las relaciones laborales desde diversas dimensiones en materia de contratación laboral y protección social. Las principales directrices normativas que dan cuenta de la orientación señalada construyen la formalización a través de los siguientes dos grandes componentes:

1) *Afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social como elemento de formalización por conducto de la cobertura de contingencias en todas las modalidades de trabajo*

A. Formalización y generación de empleo.

Como directriz fundamental la Ley 1429 de 2010 disciplina la estrategia de formalización bajo la dimensión de cobertura del Sistema de Protección Social y la formalización empresarial.

En este sentido, se plantea la combinación de políticas de formalización empresarial y laboral a través de incentivos tributarios en referencia con los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social para estimular la generación de empleo juvenil.

La perspectiva desde la cual se aborda la política de formalización que contiene la ley de referencia se declara desde las definiciones que contiene la exposición de motivos del proyecto de ley que antecede a la norma:

1. Empresas informales: para los efectos de esta ley se entenderán por empresas informales las unidades productivas que siendo lícitas desarrollan su actividad económica en incumplimiento de los requisitos legales establecidos en el Ordenamiento Jurídico Nacional.
2. Persona ocupada informal: se entenderá por persona ocupada informal, el personal ocupado, en cuyo nombre no se realicen los aportes correspondientes a sus obligaciones al sistema de seguridad social integral.
3. Inicio de la actividad económica principal: para los efectos de esta ley, se entiende por inicio de la actividad económica principal la fecha de inscripción en el registro mercantil de la correspondiente Cámara de Comercio, con independencia de que la correspondiente empresa previamente haya operado como empresa informal (Proyecto de Ley 057 del 2010, Cámara de Representantes).

La perspectiva de partida de la ley de referencia contiene la estrategia de formalización en la dimensión de las políticas de afiliación al Sistema de Seguridad Social de cobertura universal que extiende el enfoque a las diversas formas de empleo más allá de la relación laboral.

B. Acceso a seguridad social de trabajadores que laboran en períodos inferiores a un mes y grupos poblacionales específicos.

En la dimensión de protección social de la formalización, la adecuación normativa habilita la inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los trabajadores que laboran por períodos inferiores a un mes.

La estructura del sistema de afiliación y aportes al Sistema Integral del Seguridad Social descansaba originalmente sobre el trabajo por periodos superiores a un mes lo que imposibilitaba la cobertura de los trabajadores que laboraban en el marco de esquemas temporales diversos.

En este contexto, la orientación de las políticas de formalización fundamentó la expedición del Decreto 2616 de 2013 con el objeto de habilitar la cotización al sistema por periodos semanales sobre pensiones, riesgos laborales y cajas de compensación.

Como complemento de la estrategia de extensión de cobertura y la incentivación de la formalización laboral se habilita la conservación de la afiliación al Régimen Subsidiado en Salud de los afiliados que pertenezcan al Sisben en los niveles I y II que adquieran capacidad contributiva. El literal A del artículo 6° del Decreto 3047 de 2013 establece:

Cuando una persona previamente afiliada al régimen subsidiado adquiera capacidad de pago o se vincule laboralmente o tenga una relación contractual generadora de ingresos que le imponga la obligación de estar en el régimen contributivo, pero desee mantenerse en la misma EPS del régimen subsidiado, podrá hacerlo. En este evento, la persona y su núcleo familiar recibirán todos los beneficios del régimen contributivo, incluidas las prestaciones económicas para el cotizante.

En el mismo sentido, para actividades específicas de difícil encuadramiento para efectos de afiliación y pago de cotizaciones a la seguridad social se adoptó una reglamentación específica que gobierna las reglas de vinculación al sistema de los taxistas sin definir la naturaleza del vínculo de aquellos que constituyeron el punto de mayor debate en los debates que precedieron la expedición del Decreto 1047 de 2014.

Así las cosas, cada situación particular determinará la presencia de la relación de trabajo de acuerdo con las reglas que informan los elementos esenciales del vínculo laboral y el sistema de presunción para su identificación (C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. 39259, de 17 abril 2013, M. P. Carlos Ernesto Molina).

2) *Formalización por conducto de la vinculación laboral directa, que constituye la segunda dimensión de formalidad que el ordenamiento colombiano acoge como elemento de identificación*

A. Restricción al ámbito de actuación de las cooperativas de trabajo asociado.

Desde una segunda aproximación al concepto de formalización la Ley 1429 de 2010 plantea el conducto de la contratación laboral directa a través de incentivación de la contratación directa y medidas de restricción de determinadas modalidades de tercerización laboral.

Como medida de incentivación de la contratación directa se plantea un elenco de medidas de simplificación de trámites laborales que paradójicamente deriva en mayores complicaciones (a) dificultando el acceso a crédito de los trabajadores que devengan el salario mínimo dada la complejidad en el descuento a los trabajadores a este grupo poblacional; (b) liberación de la compensación de vacaciones que elimina la intervención y control estatal en el manejo del disfrute de este derecho; y (c) eliminación de los trámites de control administrativo de aprobación los reglamentos internos de trabajo y pagos parciales del auxilio de cesantía.

Por otra parte, como consecuencia de los acuerdos de los presidentes Obama (Estados Unidos) y Santos (Colombia) para la suscripción del tratado de libre comercio entre los países referidos se expidieron normas de habilitación para la firma de acuerdo comercial en cuestión que debilita los principios democráticos de producción normativa de la disciplina que informa la estructura normativa de incentivación de la contratación directa.

Como centro de gravedad de la política de formalización laboral, desde la perspectiva de contratación laboral directa, se restringió el espectro de contratación de actividades a través de cooperativas de trabajo asociado (CTA).

En este contexto, no obstante las dificultades de interpretación del contenido y redacción del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, se prohíbe el desarrollo de *actividades misionales* a través de la contratación de bienes o servicios con CTA.

El entendimiento de las limitaciones para la contratación con las CTA debe ser acompasado con lo establecido en el Decreto 2025 de 2011 que reitera y precisa el alcance de la prohibición a aquellas de desarrollar actividades de intermediación laboral al tiempo de aclarar los conceptos que definen el marco de las limitaciones en cuestión.

[...] se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa.

Para los efectos del presente decreto, cuando se hace mención al tercero contratante o al tercero que contrate, se entenderá como la institución y/o empresa pública y/o privada usuaria final que contrata a personal directa o indirectamente para la prestación de servicios.

De igual manera, cuando se hace mención a la contratación, se entenderá como la contratación directa o indirecta.

B. Rediseño del esquema de inspección de trabajo y acuerdos de formalización.

Como parte de los compromisos que derivan de la suscripción del tratado de libre comercio se debe aumentar el cuerpo de inspectores de trabajo en 480 en un lapso de cuatro años para afianzar la efectividad de las medidas adoptadas que condicionaban el perfeccionamiento del acuerdo comercial.

La estructura de las actividades de inspección, vigilancia y control se orienta hacia actividades de prevención, procedimientos coactivos, conciliación, mejoramiento de la normativa aumentando la capacidad sancionatoria hasta 5.000 veces el salario mínimo con destino al Sena y la facultad de clausura del lugar de trabajo cuando existan condiciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la seguridad personal de los trabajadores.

Así las cosas, el enfoque normativo de formalización laboral combina el rediseño de la estructura de inspección laboral con un instrumento de adecuación denominado *acuerdo de formalización* que pretende corregir las desviaciones de la utilización disfuncional de los esquemas de tercerización laboral.

En este contexto, la formalización se enmarca en forma expresa en la norma de referencia como contratación laboral con vocación de permanencia que fundamenta el objetivo de los acuerdos de formalización laboral que constituye instrumento específico de corrección laboral de naturaleza administrativo.

Como antecedente de relevancia de la figura en comentario deben referirse los denominados *acuerdos de mejora* que se integraban a la estrategia de inspección de trabajo del entonces Ministerio de la Protección Social como instrumento de autocomposición sin poder vinculante en el plano jurídico de compromiso ético de cumplimiento de obligaciones laborales.

Los objetivos fundamentales de los acuerdos de mejora están constituidos así:

Los acuerdos de mejora, que son un componente importante dentro de la estrategia preventiva de la inspección laboral, tienen como objetivo fundamental:

- Establecer acciones conjuntas entre empleadores y trabajadores para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales previstas en la ley y mejorar el funcionamiento de las empresas.
- Generar espacios de entendimiento y colaboración entre los actores productivos, a todos los niveles.
- Contribuir al logro de una relación constructiva y de suma de esfuerzos con las autoridades de inspección laboral⁸.

Los *acuerdos de mejora* fueron sustituidos por *acuerdos de formalización laboral* de acuerdo con lo establecido en la resolución 2272 de 2012 cuya estructura incorpora la intervención del Ministerio del Trabajo como autoridad administrativa para la *generación de empleo formal con vocación de permanencia*.

De la misma forma, la resolución en cuestión orienta la suscripción de los acuerdos a la eliminación de la vinculación de trabajadores a través de cooperativas de trabajo asociado que complementa la decisión legislativa de 2010 de debilitar la contratación por medio de organizaciones asociativas de trabajo.

Como efecto jurídico se prevé la incidencia de los acuerdos en la formulación de cargos o archivo de las investigaciones administrativas sancionatorias dejando a salvo siempre el conjunto de derechos y garantías irrenunciables de los trabajadores los cuales no pueden ser objeto de inclusión en las negociaciones como desarrollo de los principios tuitivos laborales.

Los antecedentes descritos constituyen el proceso de maduración de los acuerdos de formalización previstos en la Ley 1610 de 2013, que constituye la piedra angular del desarrollo del instrumento de formalización en cuestión.

Así, los *acuerdos de formalización laboral* constituyen convenios entre empleadores de naturaleza público/privada y la autoridad administrativa en la que aquellos asumen compromisos de mejora en

⁸ Guías metodológicas, Sistema de Inspección de Trabajo (SIT), proyecto de mejora y fortalecimiento, septiembre de 2009, Ministerio de la Protección Social de Colombia, Usaid, Canadá.

formalización por conducto de la adecuación de la estructura de vinculación a contratos laborales con vocación de permanencia.

La formulación de la vocación de permanencia no debe ser interpretada como derogación tácita de las modalidades contractuales laborales previstas en el Código Sustantivo del Trabajo, diversas al término indefinido, sin perjuicio del respeto de la correcta utilización de cada una de aquellas (término fijo, duración de la obra o labor, desarrollo de actividades accidentales, ocasionales o transitorias) que cuentan con restricciones legales y constitucionales de utilización propias que deben ser observadas.

El instrumento en cuestión se orienta en definitiva a la eficacia de las actividades de inspección, vigilancia y control en la fase preventiva y de acompañamiento para la correcta adecuación de la estructura contractual de las empresas y la correcta imputación del vínculo con los trabajadores.

De acuerdo con el Ministerio del Trabajo, entre 2012 y 2013 se suscribieron 36 acuerdos de formalización laboral en 29 empresas de carácter privado y 7 entidades de carácter público cuyo ámbito de cobertura corresponde a 12.030 trabajadores.

Como medida complementaria se restringió la habilitación legal para los procesos de externalización del ejercicio productivo empresarial por conducto del Decreto 2798 de 2013 que constituyó la respuesta a las maniobras de elusión de las restricciones a la contratación por medio de cooperativas de trabajo asociado como evidencia el contenido del artículo 1°:

En los términos de la Ley 1429 de 2010, está prohibido el uso de sociedades, asociaciones, corporaciones, fundaciones y la contratación de servicios de colaboración o manejo de recurso humano, empresas de servicios temporales, compañías de servicios de colaboración, o personas naturales, que utilicen modalidades de vinculación que impliquen desconocimiento o violación de derechos laborales constitucionales, legales y extralegales, de carácter individual o los colectivos de asociación sindical, negociación y huelga. Esta prohibición se aplica a instituciones y empresas públicas y privadas.

De la misma forma, se estableció el privilegio en la aplicación de las normas de extensión de responsabilidad en situaciones de tercerización laboral como las referidas a unidad de empresa, los supuestos de solidaridad y garantías para el amparo en el pago de acreencias laborales.

Resulta menester advertir la derogatoria expresa del Decreto 2798 por conducto de lo establecido en el Decreto 1025 de 2014 bajo la ausencia de consulta de la norma derogada en la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales que integran representantes del Gobierno, empleadores y organizaciones sindicales que a juicio del Ministerio del Trabajo, amerita un nuevo debate para surtir la etapa omitida.

5. CONCLUSIONES

Los indicadores macroeconómicos de empleabilidad deben ser analizados con inclusión de los parámetros cualitativos que condicionan la admisibilidad de los trabajos reportados y el respeto de derechos que emanan de aquellos.

En este sentido, los porcentajes de informalidad que provienen de los estudios macroeconómicos que derivan del contexto colombiano indican la demanda de medidas de intervención para la efectividad de los derechos que informan la calidad del trabajo que lo califica como formal.

Los parámetros de definición de la informalidad deben incluir parámetros de adecuación a la contratación laboral directa y la inclusión en los sistemas de protección social que coinciden en esos dos aspectos con las categorías que informan el trabajo decente y su identificación.

El trabajo sin derechos y/o sin afiliación a los sistemas de seguridad social deriva de la sustitución del esquema tuitivo de intervención por un sistema al servicio del mercado que habilita modelos regresivos inadmisibles de acuerdo con los principios fundacionales de la disciplina laboral que no pueden ser derogados con fundamento en la falacia del aumento de los niveles de empleabilidad.

La estrategia colombiana de orientación a la formalidad laboral está centrada en la prevalencia de la producción normativa que conviene ser complementada por instrumentos de profundización de las políticas de inspección.

Al tiempo, resulta conveniente precisar los criterios de definición del trabajo informal para efectos de su identificación en los estudios estadísticos que contribuyan al tiempo a enfocar las estrategias de eliminación de la informalidad laboral.

La readecuación de los modelos de tercerización laboral y los conductos de inspección para su correcta utilización deben ser replanteados

bajo supuestos de necesidad productiva que habiliten su utilización descartando modelos abiertos que habiliten las decisiones empresariales de externalización sin condicionamientos.

En el marco del posconflicto colombiano deben perfeccionarse los métodos de inspección en las diversas modalidades de trabajo (agrícola, por cuenta propia, de economía solidaria) que hagan efectiva la realización de los contenidos del trabajo decente y la consecuente eliminación de la informalidad laboral que contribuyan al desarrollo del objetivo de no reincidencia del proceso de finalización del conflicto interno colombiano.

BIBLIOGRAFÍA

Directrices sobre una definición estadística de empleo informal adoptadas por la Decimoséptima Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo (noviembre- diciembre del 2003).

Fasecolda, Análisis del mercado laboral en Colombia: una nueva cara de la Formalidad. Fasecolda, Bogotá, septiembre de 2014.

Organización Internacional del Trabajo, Conferencia general, resolución relativa al trabajo decente y la economía informal, 90ª reunión, 2002.

Organización Internacional del Trabajo, Panorama Laboral, América Latina y el Caribe. Oficina Regional para América Latina y el Caribe, primera edición, 2013.

Organización Internacional del Trabajo, Global Employment Trends, enero de 2010.

Organización Internacional del Trabajo. Las Américas ante los retos del siglo 21: empleo pleno, productivo y trabajo decente. Informe del director general. 13-16 de octubre de 2014. Lima, Perú.

TOKMAN, VÍCTOR: De la informalidad a la modernidad, en *Boletín Cinterfor* 155, Oficina Internacional del Trabajo, 2001.

PARTE SEGUNDA

**LO LABORAL EN ESCENARIOS
DE PARTICULAR RELEVANCIA**

CAPÍTULO I

EL DERECHO LABORAL EN ENTORNOS DE ALTA INCERTIDUMBRE. APORTES PARA UN DIAGNÓSTICO DEL PROBLEMA LABORAL DEL CENTRO HOSPITALARIO SAN JUAN DE DIOS DE BOGOTÁ*

ANDRÉS MORALES OCAMPO**

En 1999, las 2480 trabajadoras y trabajadores del Centro Hospitalario San Juan de Dios y sus cuatro dependencias (Hospital General San Juan de Dios de Bogotá, Instituto Materno Infantil, Instituto de Inmunología y Jardín Infantil Mundo Nuevo en Bogotá) vieron cómo el Gobierno nacional ordenaba la interrupción en el pago de sus salarios y prestaciones sociales, así como en las cotizaciones al sistema general de seguridad social, tanto en salud como en pensiones¹.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo examinamos algunos aspectos del problema laboral del emblemático Centro Hospitalario San Juan de Dios de Bogotá (en adelante CHSJD), con el ánimo de contribuir al diagnóstico de una situación legal y humanitaria que durante los últimos tres lustros (1999-2014) ha pasado por los despachos judiciales y las entidades públicas —una y otra vez— sin lograr una ruta de soluciones justas y

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.24>

** Miembro de Armando Morales Benítez & Abogados Asociados y Taller de Abogados Asociados.

¹ Comisión Colombiana de Juristas Organización no gubernamental con estatus consultivo ante la ONU, Filial de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra) y de la Comisión Andina de Juristas (Lima). Llamado urgente a la protección de los derechos humanos de las trabajadoras y trabajadores del Hospital San Juan de Dios.

realizables, sin certidumbre para nadie y sin perspectivas de redención alguna.

Nuestro texto básico de reflexión es la Sentencia de Unificación SU-484 de 15 de junio de 2008 de la Corte Constitucional, y nuestro contexto —casi obvio tratándose del CHSJD— el derecho laboral en entornos de alta incertidumbre.

Conviene precisar que estos entornos suelen configurarse a partir de diversas características: normas contradictorias, interpretaciones judiciales reñidas, orientación axiológica diversa entre los operadores jurídicos, imaginarios legales diversos, acción y omisión gubernamental equívoca o vacilante y, casi siempre, intereses privados y públicos en conflicto.

En el caso del CHSJD, el cierre de casi catorce años, el abandono de sus instalaciones, la displicencia del país respecto a su historia y su deseable futuro, el desencuentro entre la Nación, Cundinamarca y Bogotá respecto del problema y sus soluciones, el forcejeo judicial de sus antiguos servidores en torno a sus derechos y a la reapertura de este centro hospitalario, describen un escenario sin duda de alta incertidumbre, a partir del cual debemos proponer nuestras reflexiones.

Examinar una sentencia de unificación del más alto tribunal constitucional del país en relación con la problemática laboral del CHSJD, nos impone el ejercicio de determinar su acierto o desacierto y, en tal sentido, cuánta certidumbre o incertidumbre aportó en términos de reconocimiento de derechos fundamentales, vigencia de la legislación laboral, protección legal de los trabajadores y saneamiento patrimonial eficaz de un bien de interés cultural, científico y social, que debe —en cualquier ruta de reapertura o reorientación del centro hospitalario— privilegiar la que podemos llamar la cuestión social del Hospital San Juan de Dios: la deuda laboral con sus trabajadoras y trabajadores, el pago de su más importante pasivo institucional, sin duda el mayor desafío para un Estado social de derecho.

En tal sentido empezaré por precisar la evolución que han tenido los sujetos de este vínculo laboral (empleador y trabajadores) en los últimos cuarenta años (1974-2014) y la estela de incertidumbre legal que ha dejado; revisar aspectos esenciales al derecho laboral como los de unidad de empresa y terminación de vínculo laboral; repasar las decisiones de nuestro máximo tribunal en temas relacionados con la congruencia del fallo, los efectos jurídicos diferenciados, el despido retroactivo y el despido colectivo de trabajadores; y precisar las críticas a la sentencia en lo que atañe con el debido proceso, el derecho a la

igualdad, la extralimitación de funciones judiciales y la desatención de algunos temas conexos y complementarios al problema laboral tratado.

Por último, me ocuparé del ya casi laberíntico tema del cumplimiento de las sentencias judiciales, en este caso de la SU-484 de 2008, para señalar algunas características de la actual situación de la deuda laboral del centro hospitalario y sugerir algunas medidas gubernamentales para solucionarla.

2. EVOLUCIÓN DEL EMPLEADOR (1974-2014) DE LA BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA A LA PLURALIDAD DE DEUDORES LABORALES/ NACIONALIZACIÓN DEL PASIVO LABORAL/SUSTITUCIÓN PATRONAL/ LA NACIÓN COMO DEUDOR Y GARANTE: EL EMPLEADOR RESIDUAL

A partir de la intervención de la Corte Constitucional en el problema laboral del CHSJD en 2008 —ocasionado por la crisis y cierre del centro hospitalario entre 1999 y el 2001— se configuraron dos fenómenos curiosos y, sin duda, atípicos: un tránsito en la figura del empleador, de la Beneficencia de Cundinamarca a una pluralidad de deudores públicos, y una nacionalización de la deuda laboral, a través de la definición judicial de la Nación como garante del crédito y deudor residual.

Conviene recordar dos datos históricos relevantes: que existió desde 1966 una unidad de empresa entre el Hospital San Juan de Dios de Bogotá (HSJD) y el Instituto Materno Infantil (IMI), para todos los efectos previstos en la legislación, y que a partir de la creación de la Beneficencia de Cundinamarca como establecimiento público del orden departamental en 1974, el centro hospitalario continuó en la órbita de la administración departamental, más en los términos de la gestión ya delegada por la Nación desde la segunda mitad del siglo XIX, que de patrimonio de Cundinamarca y de su establecimiento de beneficencia.

Los malogrados decretos de 1979 que recurrieron a la equívoca fórmula institucional de la Fundación San Juan de Dios como entidad de derecho privado, fueron invalidados por el Consejo de Estado veintiséis años después, y en 2005 el centro hospitalario debió recobrar su naturaleza de establecimiento de beneficencia del Estado y adquirir las calidades que le reconocieron dos leyes —distantes en el tiempo 115 años—: la de persona jurídica pública (art. 80 de la Ley 153 de 1887) y la de hospital nacional, especial y universitario (Ley 735 de 2002).

No fue así. Las medidas gubernamentales tomadas en 2006 abrieron un enorme agujero negro, la liquidación apócrifa de la extinta

Fundación y contribuyeron a aumentar la incertidumbre sobre la persona del empleador, que pasaba de lo estatal (1974) a lo privado (1979) y luego de veintiséis años a ninguna parte (2005).

En 2008, la sentencia SU-484 de la Corte Constitucional estableció la concurrencia de la Nación, el departamento (y Beneficencia) de Cundinamarca y el distrito capital de Bogotá en la amortización de la deuda laboral del centro hospitalario, poniendo en cabeza de la Nación la garantía del pago efectivo de los créditos laborales. Estas determinaciones han sido cuestionadas por diversos actores laborales e institucionales que alegan exlimitación en el juez constitucional, arbitrariedad en los porcentajes de distribución de la deuda entre los entes territoriales, traslado injustificado de pasivos patrimoniales.

En este sentido, la sentencia de unificación decreta una sustitución patronal atípica. Al establecer un marco de solución de la deuda laboral del CHSJD, establece la concurrencia de la Nación, Cundinamarca y Bogotá en la proporción 50/25/25, y el aval presupuestario de la Nación, con todo y su capacidad de repetición contra los presupuestos departamentales y distritales, dado el propósito de garantizar el reconocimiento y pago de los derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores y trabajadoras de la extinta FSJD, sin duda el objetivo central de toda intervención judicial.

Conviene preguntarnos:

- ¿La concurrencia y el aval decretados por la Corte Constitucional son un adefesio jurídico?

- Desde la perspectiva de la historia del centro hospitalario, ¿implican una restitución de los significados institucionales incorporados a su administración y servicios, desde su nacionalización en 1819 con los decretos de Bolívar y Santander y su régimen de delegación departamental desde 1869, hasta su naturaleza pública ratificada (recobrada) por la sentencia del Consejo de Estado de 2005?².

- ¿Podía la Corte Constitucional traer de la historia del centro hospitalario a nuevos deudores y avalistas distintos de la Beneficencia de Cundinamarca?

- ¿Debía la Nación reparar el daño que provocaron los decretos de 1979 y 1998, respondiendo por el 100 por ciento del pasivo laboral y garantizando su pago total?³.

² C. de E., sent. 145 de 8 marzo 2005.

³ Decr. 1374 de 8 de junio de 1979 y Decreto 371 de 23 de febrero de 1998.

Sobre estos tópicos no existe consenso alguno, pero importa destacar que en la decisión judicial que comentamos, la Nación adquiere a regañadientes un papel protagónico en la solución del problema laboral del CHSJD, a través de la peculiar figura de empleador residual, esta vez en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con la amplia garantía del Presupuesto General de la Nación.

3. EVOLUCIÓN DE LA NATURALEZA LEGAL DE LOS SERVIDORES DEL CHSJD (1974-2014)

A) *De trabajadores oficiales a damnificados públicos*

Por supuesto, también evolucionó en este mismo periodo la naturaleza legal de los trabajadores, a merced de los cambios que tuvo la institucionalidad del empleador, como quedó reseñado. Nos referimos a la sucesión y mezcla de diferentes regímenes legales aplicables en el sistema jurídico colombiano a trabajadores oficiales, empleados públicos y trabajadores particulares, que todo esto han sido los trabajadores del CHSJD, además en un marco casi continuo de convenciones colectivas de trabajo y de derecho laboral colectivo.

Para 1974 los servidores del centro hospitalario eran, en su mayoría, trabajadores oficiales; cinco años después pasan a ser trabajadores particulares, cuando el empleador deviene fundación de derecho privado en los desafortunados decretos presidenciales de 1979; cuando esta fórmula es declarada ilegal por el Consejo de Estado y se restituye el sentido de lo público en el hospital más público de la historia del país, no queda claro para nadie si los trabajadores regresaron a la condición de trabajadores oficiales en 2005; un año después 800 trabajadores del Instituto Materno Infantil son tratados por la gerente liquidadora de la desafortunada FSJD como empleados públicos de libre nombramiento y remoción, en este caso para declararlos insubsistentes (2006); y en 2008 la Corte Constitucional entra en escena, baraja y vuelve a repartir sin mucho acierto, aumentando los factores de incertidumbre sobre este importante tópico.

Conviene que en los literales siguientes mostremos las características y críticas de las definiciones que acabamos de resumir, para encarar de modo más completo la revisión de la Sentencia de Unificación de 2008.

a) *Trabajadores oficiales en 1974*. Esta categoría tuvo como fuente la Ordenanza 26 de 1968 de la Asamblea de Cundinamarca y se recogió

en los artículos primeros de las convenciones colectivas de trabajo de 1970 y 1980, que calificaban a los servidores del CHSJD como trabajadores oficiales.

En contra de esta fórmula militaron distintos criterios:

a) No es muy ortodoxo en el ámbito del derecho administrativo laboral que una ordenanza departamental califique a todos los servidores como trabajadores oficiales, cuando por principio los servidores en los establecimientos públicos son empleados públicos y solo los de construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

b) A las asambleas departamentales les corresponde solo determinar la estructura de la administración departamental, crear los establecimientos públicos y los aspectos legales relacionados con la estructura funcional y de personal.

c) La sentencia C-432 de 1995 precisa: “[...] solamente la ley puede determinar qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo y por consiguiente quienes pueden tener la calidad de empleados públicos o trabajadores oficiales en los establecimientos públicos”.

b) *Trabajadores particulares en 1979*. De manera forzosa y desatinada, los decretos presidenciales que le dieron vida a la Fundación San Juan de Dios y le encargaron la administración de dos establecimientos hospitalarios públicos (el Hospital San Juan de Dios y el Instituto Materno Infantil), le impusieron la categoría de trabajadores particulares a sus servidores. Los trabajadores oficiales serían trabajadores particulares al servicio de una supuesta fundación de derecho privado, que fue anulada veintiséis años después.

Esta mutación se recogió en las convenciones colectivas siguientes. Las mismas partes que ayer definían a los servidores como trabajadores oficiales ahora los definen como trabajadores particulares. La primera convención colectiva de trabajo posterior a 1979 advirtió que los servidores habían sido trabajadores oficiales, vinculados por contrato de trabajo con la Beneficencia de Cundinamarca hasta la sustitución patronal, y que su carácter jurídico a partir de la creación de la Fundación, sería el que corresponde al de los trabajadores de una institución o empresa de derecho privado.

c) *¿Nuevamente trabajadores oficiales en 2005?* El 8 de marzo de 2005, el Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia de Sala Plena, anuló los decretos presidenciales 290 y 1374 de 1979 y 371

de 1998, indicando que el HSJD y el IMI tienen un carácter público y que como tal debían restituirse a la Beneficencia de Cundinamarca; así mismo, determinó la falta de competencia del gobierno nacional para tomar decisiones sobre la administración del CHSJD, ya que estas debieron ser tomadas por los cuerpos representativos del departamento de Cundinamarca. La FSJD desaparece del mundo jurídico, los efectos legales son el decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento de personería jurídica, en la medida en que se han extinguido sus fundamentos de hecho y de derecho.

Al declararse nulos los decretos que la crearon y extinta la Fundación de derecho privado, todas las cosas debieron volver al estado anterior. Al volver los dos establecimientos hospitalarios públicos (el Hospital San Juan de Dios y el Instituto Materno Infantil) a la órbita de la Beneficencia de Cundinamarca, los servidores del CHSJD debieron retornar a la condición de trabajadores oficiales o debió existir para ellos un estatuto especial de transición legal, de 2006 en adelante.

Estatuto especial de transición que el Consejo de Estado debió haber delimitado en su histórico fallo de 2005, ordenándole al gobierno su implementación y ejecución. En efecto: en la sentencia de nuestro máximo tribunal de lo contencioso-administrativo, no se indicó, con la nueva sustitución patronal, cuáles entidades serían responsables de asumir el pago de las acreencias laborales de los trabajadores.

Creemos muchos que si todo se retrotrae con el fallo del Consejo de Estado, la responsabilidad legal del reconocimiento y pago de las acreencias laborales las debió asumir la Beneficencia de Cundinamarca, entidad que tenía esa responsabilidad antes de 1979. No fue así. Los gobiernos nacional, departamental y distrital suscribieron un extraño acuerdo marco en 2006 y la Gobernación de Cundinamarca se inventó un trámite liquidatorio de la fundación privada declarada nula —que continúa ocho años después— con los bienes y los trabajadores de los dos establecimientos hospitalarios públicos (el Hospital San Juan de Dios y el Instituto Materno Infantil).

d) *Empleados públicos en 2006*

[...] Me permito manifestar a la Honorable Sala, que para la terminación, del vínculo laboral entre el Instituto Materno Infantil y sus exfuncionarios fueron proferidas resoluciones de insubsistencia a partir del mes de agosto de 2006 hasta diciembre del mismo año, siendo el 20 de diciembre la última fecha oficial de corte, teniendo en cuenta

que en dicha fecha oficial fue notificado por edicto el último grupo de personas⁴.

Con estas palabras, la Liquidadora de la extinta Fundación San Juan de Dios narra ante la H. Corte Constitucional, cómo convirtió a más o menos 800 trabajadores del Instituto Materno Infantil en empleados públicos de libre nombramiento y remoción.

Repasemos algunos datos para precisar el adefesio:

a) Nunca los trabajadores del CHSJD fueron empleados públicos de libre nombramiento y remoción.

b) Los trabajadores del CHSJD fueron vinculados mediante contrato de trabajo a término indefinido. Durante los años anteriores a 1979 eran trabajadores oficiales regidos por estatutos especiales vigentes para este tipo de servidores públicos, por el Código Sustantivo del Trabajo en la parte de derecho colectivo y por la Convención Colectiva de Trabajo. Después de 1979 y hasta 2005, fueron trabajadores particulares al servicio de una Fundación regida por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y la Convención Colectiva.

c) El artículo 26 de la Ley 10 de 1990 —en caso de tener aplicación— establece que los servidores del sector salud son empleados públicos de libre nombramiento y remoción cuando sus funciones corresponden a la dirección, desarrollo y formulación de políticas, planes y programas, pero que son empleados públicos de carrera todos los otros que no desempeñan esas especiales funciones de administración

El parágrafo del mismo artículo señala que serán trabajadores oficiales en las entidades del sector salud todos aquellos que desempeñen cargos de servicios generales y de mantenimiento de la planta física.

Todos los trabajadores del IMI sin tener en cuenta la clasificación del Decreto 1042 de 1978, son para la liquidadora empleados públicos de niveles directivo, asesor, ejecutivo y como tal de libre nombramiento y remoción; no hay dentro de su clasificación, si aceptáramos que son empleados públicos, ningún empleado de carrera. Y esta clasificación tiene relación directa con los efectos y procedimientos legales y diferenciados al momento del retiro de servidores públicos por declaratoria de insubsistencia, cuando se trata de empleados de carrera: procedimiento reglado y, empleados de libre nombramiento y remoción: retiro discrecional.

⁴ La anterior determinación nace de lo expuesto por la liquidadora de la Fundación San Juan de Dios Ana Karenina Gaula Palencia: Comunicación GL-125 dirigida a la Sala Plena de la Corte Constitucional por la liquidadora de la Fundación San Juan de Dios.

e) *Damnificados públicos: 2008-2014*. Con la sentencia SU-484 de 2008 no llegó una luz definitiva. La Corte Constitucional, que transformó al empleador en una junta de deudores públicos y en buena hora ordenó que las acreencias laborales de los trabajadores fueran reconocidas y pagadas por la Nación, Ministerio de Hacienda, tampoco aportó luces suficientes y determinaciones precisas sobre este tránsito que hemos visto en la naturaleza legal de los trabajadores del centro hospitalario, entre lo público y lo privado, que ha generado confusión sobre la identidad, las obligaciones y la responsabilidad del Empleador y las condiciones laborales en que se encuentran los servidores del CHSJD ante el sistema jurídico colombiano.

Las sustituciones patronales forzosas han confundido las legislaciones de derecho público y de derecho privado con resultados nefastos para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores. Y es verdad de a puño en la legislación laboral que la figura de la sustitución patronal se relaciona con la protección al derecho fundamental de la estabilidad en el empleo y lo que se pretende, como lo han reiterado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, es mantener la unidad de contratos, al establecer que la prestación del servicio personal del trabajador se desarrolle en una misma entidad, lo cual tiene como resultado la garantía del pago de las prestaciones sociales, los derechos adquiridos de jubilación, sin importar los cambios de empleador.

El poder de reestructuración del Estado —como lo ha precisado la Corte Constitucional en la sentencia C-880 de 2003— tiene que resultar compatible con el derecho a la estabilidad laboral y a la garantía de que los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores no pueden ser desmejorados.

4. INTERVENCIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. LA SENTENCIA SU-484 DE 2008

En 2008 la Corte Constitucional procedió a revisar veintitrés fallos de tutela que habían tenido como objeto la solicitud de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores del CHSJD, ante una situación a todas luces irregular: el desacato de la legislación laboral y el estado de cosas inconstitucional que de manera notoria afectaba a más de un millar de colombianos. Decidió proferir una sentencia de unificación a partir de unos valiosos presupuestos legales:

a) Es procedente la acción de tutela para exigir el pago de salarios y prestaciones sociales cuando es en defensa de los derechos fundamentales

de los trabajadores (mínimo vital, seguridad social, vida digna, al trabajo, a la igualdad).

b) El trabajador no debe responder por las crisis presupuestales de su empleador.

c) Es necesario proferir un fallo de unificación ante la repetida violación, con ocasión de reiterados fallos contradictorios, del derecho fundamental a la igualdad y con el propósito de resolver asuntos legales que quedaron inconclusos con la sentencia del Consejo de Estado que declaró extinta la FSJD.

d) Es obligación de las autoridades en un Estado social de derecho la protección de los principios constitucionales, el principio de la confianza legítima en las relaciones con la administración y los derechos fundamentales de los trabajadores.

e) La no cancelación de los salarios a un trabajador constituye un perjuicio irremediable.

Advirtió además la Corte: “Recordemos que, en la situación de maras, los accionantes estuvieron vinculados laboralmente con el HSJD y el IMI, habiendo cesado intempestivamente la cancelación oportuna de sus conceptos salariales y de prestaciones sociales hasta la fecha”.

Con base en todo lo anterior, la Corte declara que “reconocerá a los trabajadores de la FSJD, los salarios y prestaciones sociales (dentro de las que se encuentran las pensiones), las indemnizaciones y descansos, como derechos provenientes de la prestación del servicio desarrollado” y que “reconocerá a los trabajadores los aportes y cotizaciones al sistema integral de seguridad social [...]”.

Sin embargo, este amplio gesto de amparo judicial se malogró en parte y generó mayor incertidumbre legal en la situación de los servidores del centro hospitalario, en virtud de los graves errores cometidos por la sentencia de unificación, en lo que atañe con tres aspectos fundamentales: el despido colectivo judicial de muchos trabajadores, la ruptura de la unidad de empresa entre los dos establecimientos hospitalarios públicos (el Hospital San Juan de Dios y el Instituto Materno Infantil) y los efectos jurídicos diferenciados del fallo.

A) La Corte Constitucional decreta un despido colectivo de trabajadores, con retroactividad y con regulación desigual

Es sin duda una novedad en la práctica judicial, el despido colectivo de trabajadores que decreta la SU-484 (la historia legal del CHSJD está plagada de inventivas jurídicas y soluciones forzadas). Si por un

lado es inusitado que la Corte Constitucional se apropie en 2008 de una facultad patronal, además claramente reglada, y proceda de manera unilateral y sin justa causa a despedir a más de 1200 trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo a término indefinido, lo es más que lo haga con retroactividad y a partir de fechas diversas.

En relación con los trabajadores del Hospital San Juan de Dios, la Corte Constitucional declaró terminadas, el 29 de octubre de 2001 (siete años atrás), todas las

relaciones de trabajo vigentes para esa fecha que hayan tenido como causa un contrato de trabajo o un nombramiento y posesión; y que se rijan respectivamente por el Código Sustantivo del Trabajo y las normas complementarias incluida la ley 6ª de 1945 o por la ley y el reglamento.

En relación con los servidores del Instituto Materno Infantil la Corte Constitucional declaró terminadas entre agosto y diciembre de 2006 (dos años hacia atrás) todas las

relaciones de trabajo vigentes para esa fecha que hayan tenido como causa un contrato de trabajo o un nombramiento y posesión; y que se rijan respectivamente por el Código Sustantivo del Trabajo y las normas complementarias incluida la ley 6ª de 1945 o por la ley y el reglamento.

Pero, además: con el ánimo declarado de proteger derechos fundamentales que se verían afectados con la pérdida intempestiva del trabajo, la Corte Constitucional le concedió un preaviso de treinta días a los empleados y trabajadores del HSJD para proceder a la terminación de las relaciones laborales, acogiéndose de extraña manera a lo estipulado por el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, previsto solo para los contratos a término fijo. Lo inconsistente con toda lógica, es que la protección del preaviso se adopte siete años después al hecho que debe anteceder.

La sentencia crea una tercera categoría de trabajadores del CHSJD, distintos a los del Hospital San Juan de Dios (despedidos a partir de 29 de octubre de 2001) y a los del Instituto Materno Infantil (despedidos entre agosto y diciembre de 2006), que mantienen la continuidad del vínculo laboral en 2008 y cuyos contratos estarían vigentes seis años después (2014). En efecto: la Corte Constitucional advierte que las decisiones de la sentencia no producen efectos respecto de:

[...] aquellas personas que hayan obtenido por vía judicial o a través de procesos de tutela o de procesos laborales, el reconocimiento

de aportes y cotizaciones al sistema integral de seguridad social, salarios, prestaciones sociales diferentes a pensiones, descansos e indemnizaciones.

Es decir, un número cercano a 800 trabajadores, para los cuales la sentencia SU-484 de 2008 no tiene efecto alguno por tener amparo constitucional por vía de tutela o derechos reconocidos previamente en procesos laborales, continúan vinculados laboralmente al CHSJD.

B) La ruptura de la unidad de empresa entre el Hospital San Juan de Dios y el Instituto Materno Infantil

El trato desigual entre los trabajadores del IMI y el HSJD es notorio. Hay una diferencia de cinco años en la fecha de terminación de los contratos de trabajo entre unos y otros, a pesar de que en la parte motiva la Corte Constitucional repita, hasta el cansancio: “la presente decisión se extiende a todos los trabajadores de la Fundación San Juan de Dios, que comprende el Hospital San Juan de Dios y el Instituto Materno Infantil”, en clara alusión a la unidad de empresa.

Desde 1966 el HSJD y el IMI han sido una sola entidad para los efectos de su política laboral. En la Convención Colectiva de Trabajo, siempre que se hizo la denominación de las partes contratantes, se habló, por una parte, del sindicato Sintrahosclisas y, por la otra, del Hospital y del Instituto como una sola institución de salud. Después de 1979, cuando se habló de la “Fundación”, se indicó que la esta tenía como establecimientos hospitalarios al Hospital General, también conocido como el Hospital San Juan de Dios, y al Instituto Materno Infantil, también conocido como el Materno Infantil.

Es claro que nunca se reconoció a dos entidades o a dos empleadores, para los efectos que venimos analizando. Siempre, sea bajo la figura de establecimiento público o como fundación de derecho privado, se trató de una misma persona jurídica, con actividades económicas similares, conexas o complementarias y con trabajadores a su servicio (C. S. del T., art. 194).

C) La violación al debido proceso que suponen las dos características anteriores

La sentencia SU-484 de 2008 tiene efectos *inter comunis*, lo que implica que sus decisiones se extendieron con incidencias legales a trabajadores que no participaron como demandantes y tampoco fueron

vinculados a la actuación ni escuchados previamente dentro del proceso. Pero no solo tiene efectos legales la decisión, es más grave, deja sin posibilidades a los trabajadores no intervinientes para que acudan ante la jurisdicción laboral ordinaria o ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en procura de la defensa de sus intereses.

La Corte Constitucional crea con ello, de manera arbitraria y con efectos legales diferenciados, tres grupos de trabajadores para los cuales tendría incidencias el fallo de unificación:

1) Trabajadores que no habían presentado ningún tipo de reclamación judicial o administrativa en procura de la defensa de sus derechos laborales.

2) Otro grupo de trabajadores había presentado reclamaciones mediante la acción de tutela o por medio de la jurisdicción laboral ordinaria y no tenía reconocimiento de amparo o fallo dentro del proceso laboral y estaba en espera de la decisión judicial.

Para estos dos grupos de trabajadores tuvo efectos legales la sentencia SU-484 de 2008 y se les terminó el contrato de trabajo sin que hubiera existido participación alguna de estos en el proceso adelantado ante la Corte Constitucional, violando el derecho fundamental al debido proceso.

3) Otros trabajadores habían obtenido el amparo constitucional, se les reconocía el pago de salarios y prestaciones sociales hasta fechas posteriores a octubre de 2001 y como consecuencia de la terminación retroactiva del contrato de trabajo previsto en la sentencia SU-484 de 2008, no se les pagó lo que ya estaba reconocido por medio de la acción de tutela.

D) La violación del derecho a la igualdad en un fallo de unificación

Las decisiones tomadas por la Corte Constitucional no tuvieron los mismos efectos legales para todos los trabajadores del CHSJD, desconociendo lo dispuesto por el artículo 13 de la Constitución Política. Ante situaciones laborales idénticas se tomaron decisiones diferentes, con características y efectos desiguales. Como vimos, sin motivo legal que lo justificara, para los trabajadores del Hospital San Juan de Dios, se trazó una línea temporal para la vigencia del contrato de trabajo en 2001 y para los trabajadores del Instituto Materno Infantil se trazó en 2006. En ambos casos, con inusitados efectos retroactivos.

E) *La extralimitación de funciones de la Corte Constitucional*

El principio de legalidad exige funciones estatales precisas que orienten la conducta de los servidores públicos y en tal sentido competencia para desplegar una actividad determinada, aun tratándose del máximo tribunal constitucional y precisamente por serlo, si hablamos en el ámbito de un Estado de derecho, en el cual el tema de las facultades y procedimientos reglados es el soporte de la validez de los actos y procedimientos estatales.

La administración de justicia implica el ejercicio de la función pública y los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones y ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas a las que le han sido conferidas.

Bastan estas dos reflexiones para preguntarnos por el sentido normativo del despido retroactivo y colectivo de trabajadores ordenado por un tribunal constitucional, sin facultad precisa para ello y sin que el tema *decidendum* de su intervención fuera la determinación de la duración del vínculo laboral (no solicitada además por los litigantes); materia reservada a los acuerdos entre las partes o a las decisiones de la jurisdicción laboral ordinaria, con fundamento en las fuentes formales del derecho laboral (Código Sustantivo del Trabajo, convención colectiva de trabajo, contratos individuales de trabajo, acuerdos colectivos vigentes, jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, etc.).

F) *La violación de la legislación laboral en materia de despido colectivo de trabajadores y despido de trabajadores con estabilidad laboral reforzada*

Hubo, además, a nuestro entender, violación de las reglas legales relativas al procedimiento del despido colectivo. Es decir, que a la extralimitación de funciones se sumó un desconocimiento de las reglas propias de la función invadida: la Corte Constitucional desconoció o desatendió los procedimientos legales para la desvinculación de servidores públicos al servicio del Estado y de trabajadores particulares con contrato de trabajo a término indefinido. Desatendió la legislación laboral en los delicados asuntos de despido colectivo de trabajadores y despido de trabajadores con estabilidad laboral reforzada.

La Corte Constitucional, cuando decide dar por terminados los contratos de trabajo de todos los servidores del CHSJD, realiza un despido

colectivo de trabajadores sin seguir el procedimiento establecido por la legislación laboral para tales propósitos. El empleador debe solicitar al Ministerio de Trabajo una autorización para realizar un despido colectivo, debe iniciar un proceso administrativo para demostrar cuáles son las causales que lo obligan al despido de los trabajadores y notificar al sindicato y a cada uno de los trabajadores de la radicación de la solicitud de autorización para despedir. Se requiere de una investigación administrativa, donde las partes hacen parte de un proceso de doble instancia, en el cual se autoriza o se niega la autorización de despedir de manera colectiva a los trabajadores.

Se entiende que todo despido colectivo de trabajadores, que no tiene autorización del Ministerio de Trabajo, es inexistente o nulo y que, por lo tanto, el empleador deberá reintegrar a los trabajadores despedidos y cancelar los salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir durante el tiempo que estuvieron retirados de su empleo.

Aunque hay tratadistas que sostienen que las normas y procedimientos legales previstos para el despido colectivo no se aplican para los trabajadores oficiales, por considerar que este requisito legal va en contra de la facultad que tiene el Estado para suprimir empleos, reorganizar la administración y las plantas de personal de las diferentes entidades del poder público, considero que a los trabajadores oficiales —igual que a los trabajadores particulares— se les aplica el Código Sustantivo del Trabajo en la parte colectiva (arts. 353 a 484).

La liquidación definitiva de la empresa, [...] es una institución jurídica que corresponde al derecho colectivo del trabajo. Así surge de su naturaleza y así fue calificada por el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 3º: “El presente código regula las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular y las de derecho colectivo de trabajo, oficiales y particulares”, y actualmente por la Ley 50 de 1990, como quiera que sus artículos 66 y 67, que la regulan y protegen, están incluidos en la Parte segunda del dicho cuerpo legislativo denominado Derecho Colectivo del Trabajo⁵.

La misma Corte Constitucional, en la sentencia T-362 de 2 de mayo de 2002, precisó que la protección frente a los despidos colectivos también se aplica cuando se trata de trabajadores oficiales.

De igual manera, la Corte decide despedir a un número superior a 1.200 trabajadores sin tener en cuenta a aquellos servidores que estaban

⁵ JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ, *Derecho administrativo laboral*, t. 1, *Terminación del contrato: modo y justa causa*, 10ª ed. actualizada, Bogotá, Legis, 2013.

amparados por el fuero constitucional de la estabilidad laboral reforzada. La Corte Constitucional toma su decisión de terminar contratos de trabajo sin investigar si en el CHSJD hay mujeres amparadas con el fuero de maternidad, si hay trabajadores incapacitados o discapacitados y sin tener en cuenta que hay representantes sindicales de dos organizaciones, que están amparados con el fuero sindical.

Para el despido de todos los trabajadores mencionados existe un procedimiento administrativo o judicial que la Corte Constitucional desconoció. Los efectos de la terminación del contrato de estos trabajadores sin la autorización correspondiente, son los mismos que para el caso del despido colectivo no autorizado: la inexistencia del despido, el reintegro y el pago de salarios y prestaciones sociales por todo el tiempo en que el trabajador estuvo desvinculado, y las indemnizaciones, en especial, la que señala el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

G) La causa justa o injusta de los despidos y el derecho a la indemnización

Uno de los ejercicios predominantes en los procesos ante la jurisdicción laboral y en los bufetes de los abogados es determinar la causa justa o injusta de las terminaciones unilaterales de los contratos de trabajo, estadísticamente con prevalencia del despido patronal y del llamado despido indirecto (renuncia del trabajador motivada en una causa patronal). De los resultados de este ejercicio deviene siempre la determinación de una reparación patrimonial en caso de despido injusto, de mucha importancia en el derecho laboral, denominada indemnización y, en casos cada vez más restringidos, la posibilidad de un reintegro al cargo despojado.

En el evento del despido judicial ordenado por la SU-484, la Corte Constitucional guardó silencio sobre este trascendental aspecto. No estableció si los despidos fueron con o sin justa causa y respecto a la indemnización ignoró que, incluso en los eventos de autorización del Ministerio de Trabajo para un despido colectivo de trabajadores, no se entenderá esta como justa causa de terminación, y el empleador estará obligado siempre al pago de la indemnización prevista.

A esta última característica se agrega el tema de la indemnización moratoria o la indexación. Recordemos que la Corte Constitucional hace un despido retroactivo en 2008, decide terminar contratos de trabajo a partir de 2001 y 2006. Además de la terminación retroactiva de

los contratos de trabajo, señala plazos de uno año y cinco años para el pago de acreencias laborales. Sin embargo, no fija ninguna indemnización moratoria y deja sin precisar el tema de la indexación.

También es importante mencionar la pensión sanción a la que hace referencia el tratadista JAIRO VILLEGAS cuando dice: “Es la pensión proporcional al tiempo de servicios, que a título de sanción, se impone legalmente al patrono oficial por despedir sin justa causa a un trabajador oficial con más de 10 años de servicio”⁶.

De todas maneras, el tema de las indemnizaciones no quedó claro en la sentencia SU-484. La explicación que ofrece la liquidadora de la FSJD es que:

[...] en virtud de la sentencia del Consejo de Estado del año 2005 por medio de la cual se declararon nulos los decretos de creación de la extinta FSJD, las personas vinculadas eran empleados públicos y por ser de libre nombramiento y remoción no tienen derecho a esta indemnización⁷.

La liquidadora sigue sosteniendo que la declaración de nulidad del Consejo de Estado convirtió a los trabajadores particulares de la extinta fundación en empleados públicos de libre nombramiento y remoción. Con base en ese criterio indujo en error a la Corte Constitucional cuando despidió a los trabajadores del Instituto Materno Infantil. Si por el contrario, los trabajadores particulares de la FSJD recobraron la condición de trabajadores oficiales con la sentencia del Consejo de Estado de 2005, las indemnizaciones consignadas en los estatutos especiales que regulan la vinculación de este tipo de servidores públicos serían exigibles.

Lo cierto y preocupante es que transcurridos casi cinco años del plazo fijado por la Corte Constitucional no se han realizado pagos por concepto de indemnización o de indexación a ningún trabajador y las entidades responsables de realizarlos no han definido su procedencia. Solo para tener en cuenta, en la resolución 69 de 2013 la Fundación en liquidación manifestó que el pago por indexación a los valores cancelados con créditos condonables tiene un impacto financiero para el Estado: 31.861 millones de pesos, valor estimado por la FSJDL.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Contraloría General de la República, Informe de resultados actuación especial de fiscalización control excepcional Fundación San Juan de Dios en liquidación, Contraloría General de la República, Sandra Morelli Rico, 06/ CGR-CDSS, 8 de octubre de 2013.

H) *El desconocimiento de la Convención Colectiva de Trabajo en una sentencia de unificación*

Es sorprendente que en el ámbito de una decisión judicial tan importante, no haya tenido vigencia alguna el principio, ya general del derecho, de que el contrato es una ley para las partes, que viene al derecho laboral desde el derecho civil. Porque no hay mención alguna a la Convención Colectiva de Trabajo en la sentencia SU-484.

La Corte Constitucional no hace referencia alguna al acuerdo convencional existente entre las partes. Olvida que existe, con anterioridad al año 1979 y durante todo el tiempo que existió la FSJD (1979-2005), una convención colectiva de trabajo firmada entre los sindicatos que representaban a los trabajadores del CHSJD, la cual siguió vigente cuando se presentó la sustitución patronal y se operó el tránsito de un establecimiento público de beneficencia a una fundación de derecho privado.

Todo parece indicar que la Corte Constitucional acogió la interpretación de la liquidadora de la Fundación, así como en su momento aceptó su informe sobre el despido de más o menos 800 trabajadores del Instituto Materno Infantil, calificándolos como empleados públicos de libre nombramiento y remoción, y con base en ese error aceptó que no podía existir, después de la declaratoria de nulidad del Consejo de Estado, una convención colectiva de trabajo entre empleados públicos y el Estado (C. S. del T., art. 416).

Pero es una explicación que no es consecuente con el reconocimiento que se hace durante toda la sentencia de aspectos determinantes de la situación judicial examinada. La Corte Constitucional alude a los trabajadores del CHSJD, a los contratos de trabajo a término indefinido, a la Fundación San Juan de Dios como entidad regida por el derecho privado y en materia laboral por el Código Sustantivo del Trabajo, pero la Convención Colectiva de Trabajo queda en un limbo legal con la sentencia SU-484 de 2008.

Surgen los siguientes interrogantes:

- 1) ¿Para los trabajadores despedidos por la Corte Constitucional, deja de tener vigencia la Convención Colectiva de Trabajo?
- 2) ¿Cuál es la situación respecto de los trabajadores para los cuales la sentencia no tuvo efectos y sus contratos de trabajo siguen vigentes?
- 3) ¿Qué pasa con los beneficios convencionales a los que tenían derecho los trabajadores hasta octubre de 2008 si la Corte Constitucional decidió despedirlos retroactivamente en 2001 y 2006?

4) ¿Cómo pudieron recibir beneficios convencionales, en el caso de que los hubieran recibido, entre 2001 y 2008, si ya no existía vínculo laboral?

O debemos pensar algo más absurdo: ¿los trabajadores deben restituir los beneficios convencionales recibidos entre 2001 y el año del fallo de unificación (2008), cuando no existía contrato de trabajo, es decir, los trabajadores pasarían de acreedores a deudores?

5) Sobre el tema de los derechos adquiridos en relación con el estatus pensional, en la convención colectiva se reconocía la pensión de jubilación con veinte años de servicio, sin requisito de edad.

¿Qué tratamiento deben tener los trabajadores que cumplieron los veinte años de servicio entre 2001 y 2008?

¿Qué pasará con los trabajadores que tienen su contrato de trabajo vigente (por que la sentencia de unificación no tuvo efectos legales para ellos) y durante estos años (2008 - 2014) han cumplido con el tiempo de servicio señalado para obtener la pensión de jubilación?

Así mismo, es importante recordar lo siguiente:

[...] los derechos adquiridos en términos de la convención son oponibles al nuevo empleador del trabajo, mientras la convención colectiva conserve su vigencia [...]. La sustitución patronal no extingue, modifica, ni suspende los contratos existentes, de manera que los beneficios económicos que los trabajadores sindicalizados tienen en virtud de la convención no podrán ser desconocidos por el nuevo empleador pues se entienden incorporados a su contrato de trabajo⁸.

Por último, otro tema no atendido por la Corte Constitucional es el de la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo. El artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo regula la prórroga automática de la Convención Colectiva de Trabajo, indicando que se entenderá prorrogada si las partes no manifiestan su intención de terminarla. La convención nunca fue denunciada según el procedimiento establecido en el artículo 479 de la misma codificación y debemos entender que para aquellos trabajadores que no fueron despedidos en virtud de la sentencia SU-484 de 2008 está vigente la convención colectiva.

⁸ CARLOS HERNÁN GODOY FAJARDO, *Compendio teórico práctico de derecho del trabajo individual y colectivo*, cap. VII, Sustitución de patronos, enganches colectivos, trabajadores colombianos y extranjeros, y periodo de prueba, pág. 282.

1) La prescripción de los derechos en materia laboral y su aplicación en el caso del CHSJD

El tema de la prescripción de las acciones judiciales para reclamar derechos laborales es otro asunto de vital importancia al examinar la SU-484 de 2008. El galimatías al que nos vemos avocados es notorio:

Según el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las acciones prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la obligación se haya hecho exigible. Si las obligaciones laborales para el empleador surgen al momento de la terminación del contrato de trabajo, tendríamos que el contrato terminó el 29 de octubre de 2001 y la prescripción de los derechos laborales se cumpliría el 29 de octubre de 2004, cuando el despido retroactivo de la Corte Constitucional se decretó en 2008. La conclusión de este embrollo legal sería que al momento de terminar su vínculo laboral los trabajadores del HSJD ya tenían sus acciones prescritas, es decir, la causa precediendo al efecto con desconocimiento del derecho de acceso a la justicia.

5. EL PROBLEMA DEL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA SU-484 DE 2008

Para dar cumplimiento a la SU-484 de 2008, la Corte Constitucional estableció la concurrencia de distintos niveles estatales, unos como deudores y otros como garantes del proceso de pago. Aun así, subsiste seis años después la situación social y económica que la intervención judicial buscó conjurar, mostrando una característica que viene frustrando los alcances que el Constituyente de 1991 le dio a la protección de los derechos fundamentales: el desconocimiento de las sentencias de tutela de nuestros jueces y tribunales.

La Corte Constitucional designó a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República para vigilar, controlar y acompañar toda la gestión administrativa relativa al proceso liquidatorio de la extinta Fundación San Juan de Dios y al cumplimiento de la SU-484 de 2008. También, el alto tribunal ordenó la integración de una comisión de seguimiento, conformada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el alcalde de Bogotá, el gobernador de Cundinamarca y el gerente de la Beneficencia de Cundinamarca (brilla por su ausencia el Ministerio del Trabajo, tratándose del seguimiento al cumplimiento de una sentencia relacionada con la protección de derechos fundamentales de carácter laboral).

Advirtió la Corte Constitucional:

Esta Comisión ejercerá la inspección, vigilancia y control sobre la liquidadora y la liquidación, y se dará su propio reglamento de funcionamiento. La liquidadora debe dar cuenta de su gestión a la Comisión de Seguimiento y esta a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República. Por su parte, estas últimas informarán a la Corte Constitucional, cuando consideren que esta Corporación debe tomar medidas para el cumplimiento de la sentencia.

En la actualidad (febrero de 2015) estamos lejos de haber cancelado la que denominamos aquí deuda social del Hospital San Juan de Dios de Bogotá. Los datos de los que disponemos muestran que a un gran número de trabajadores se les debe el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a salud y pensión, indemnizaciones o indexaciones, y que sigue existiendo una grave vulneración de los derechos fundamentales que la sentencia quiso amparar y que se ha dado cumplimiento a sus mandatos por parte de las entidades públicas, de modo insuficiente y forzado, lo que deberá conducir a la Corte Constitucional a revisar la sentencia SU-484 y los mecanismos para amparar de manera efectiva los derechos fundamentales tutelados en 2008.

6. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS PARA EMPEZAR: EL CHSJD COMO DESAFÍO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El caso del CHSJD recoge —en su entorno de alta incertidumbre— características que suelen reiterarse de manera casi sistemática en las relaciones laborales en Colombia. No se trata de un caso aislado y sorprendente, pero sí de un caso emblemático, vinculado a una historia especial de nuestra vida institucional.

Participar en la reapertura de este centro hospitalario con contribuciones específicas, operativas, realizables, es un compromiso de ciudadanía activa y un aporte desde el saber legal, que debe apoyar la solución de los conflictos y controversias entre trabajadores y empresarios públicos y privados, a través de mecanismos acordes con los principios rectores de la legislación sustantiva: lograr la justicia dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

Si realmente nuestro contexto axiológico es el Estado social de derecho (el respeto de la dignidad humana y los valores superiores del trabajo y la solidaridad) debemos poner a prueba nuestra capacidad para examinar los grandes problemas públicos del derecho del trabajo

y ofrecer alternativas que consulten criterios realistas de política pública y reivindicaciones humanitarias, largamente frustradas por nuestro sistema legal.

En un Estado social de derecho la protección a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales de los trabajadores debe superar la somera enunciación. Para garantizar la existencia de un verdadero sistema legal es primordial no solo establecer un listado de normas sino, además, establecer cuáles son los criterios de aplicación, interpretación y protección de los valores enunciados.

La situación de incertidumbre laboral de los trabajadores del CHSJD aumenta cada día y está lejos de lograrse la protección constitucional de los derechos fundamentales que se pretendió por la Corte Constitucional con el fallo de unificación SU-484 de 2008.

Según informes obtenidos por parte de la extinta FSJD, a la fecha existen alrededor de 887 demandas ordinarias laborales contra la liquidación, procesos iniciados con posterioridad a la SU-484 de 2008. En diferentes procesos judiciales se han presentado fallos contradictorios sobre el pago de las acreencias laborales y sobre los responsables de la obligación de pagar.

A su turno, los trabajadores del CHSJD, para los cuales el contrato de trabajo se encuentra vigente por no haberse terminado el vínculo laboral en 2001 y 2006, se enfrentan a diferentes problemas:

1) No tienen acceso a los servicios de salud:

- En el Seguro Social aparecen como trabajadores del CHSJD. Se encuentran en mora en el pago de los aportes. Se les niega la atención como afiliados al régimen contributivo, por mora.
- Se les niega atención en el régimen subsidiado por estar afiliados al régimen contributivo.

2) Nuevas vinculaciones laborales:

- Tienen una indefinición del vínculo laboral con respecto al empleador CHSJD.
- Tienen un impedimento legal para realizar nuevas contrataciones laborales con el Estado, hasta que no termine la relación laboral vigente.
- No hay posibilidad de que se afilien al Sistema Integral de Seguridad Social hasta que su situación laboral no esté resuelta y los aportes al día.

3) Pasivo laboral:

- No se ha cumplido con el pago de las acreencias laborales en la forma indicada en la SU-484 de 2008 y las entidades responsables:

Ministerio de Hacienda, Departamento de Cundinamarca (y Beneficencia de Cundinamarca) y Bogotá han actuado de manera negligente e insuficiente.

- No ha habido la correspondiente fijación actuarial del pasivo laboral.

- No han existido propuestas sobre mecanismos de negociación que permitan definir la situación de violación de los derechos fundamentales al trabajo, de los trabajadores del CHSJD.

- Se ha presentado el siguiente caso con el reconocimiento y pago de las acreencias laborales de un número significativo de trabajadores:

- a) Resolución 22 de 29 de febrero de 2008: la liquidadora de la fundación reconoce acreencias laborales a favor de trabajadores desde noviembre de 1999 hasta febrero de 2008.

- b) Resolución 383 de 17 de octubre de 2008: por mandato de la SU-484 de 2008, la liquidadora hace reconocimiento y pago de acreencias laborales desde noviembre de 1999 hasta octubre de 2001.

- c) Resolución 52 de 4 de mayo de 2010: la liquidadora reconoció pérdida de fuerza ejecutoria de la resolución 22 de 29 de febrero de 2008. Se produjo decaimiento según lo dispuesto en SU-484 de 2008 y desaparecieron los fundamentos de hecho del acto administrativo (C. C. A., art. 66).

4) Pensión:

- Los problemas relacionados con el pago de mesadas que a la fecha se deben a los trabajadores pensionados.

- El tema de la prescripción de las mesadas que hace que los trabajadores pierdan la posibilidad de reclamar su correspondiente pago.

Todo lo anterior debe motivar a diferentes actores de la vida jurídica, a las entidades de control y vigilancia —Procuraduría y Contraloría— a la Comisión de Seguimiento que designó la SU-484 de 2008 a solicitar un pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto del cumplimiento de la sentencia de unificación y los resultados obtenidos en materia de amparo de los derechos fundamentales al trabajo de los servidores del CHSJD.

En febrero de 2013, conjuntamente con la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia, presentamos ante el ministro de Trabajo una propuesta que denominamos: elementos y criterios para construir una solución al problema laboral del Centro Hospitalario San Juan de Dios de Bogotá.

Nuestra propuesta pretendía encontrar mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) para crear una mesa inicial de consensos metodológicos entre los trabajadores del CHSJD y el Estado colombiano (representado en este caso por el Ministerio de Trabajo), que delimite en una primera fase los aspectos centrales del problema laboral, los disensos y sus fundamentos normativos, la cuantificación de las diversas alternativas de pago, la política pensional, las tutelas de cumplimiento pendiente y todos los factores que interesen a esta problemática.

La deuda laboral del CHSJD puede ser objeto —a nuestro juicio— de una negociación equitativa, novedosa y de una utilidad humanitaria e institucional sin precedentes.

En tal sentido, propusimos:

1) Convocar una mesa de trabajo para examinar y desarrollar los temas técnicos jurídicos de la propuesta de conciliación comunitaria de la deuda laboral del CHSJD.

2) Encargar a esa mesa la discreta exploración de la viabilidad de este acuerdo metodológico con las organizaciones sindicales y trabajadores del CHSJD.

Se buscaba de manera concreta la suscripción de un acuerdo del ministro de Trabajo con las organizaciones sindicales, con los servidores del CHSJD, orientado a desarrollar una metodología para construir una solución —por supuesto histórica y emblemática— que favoreciera la rehabilitación del centro hospitalario e hiciera justicia con un número apreciable y apreciado de colombianas y colombianos.

El desastre humanitario que deja en 2015 la deficiente aplicación de la legislación laboral por parte de cortes, tribunales y entidades públicas en lo que atañe con los trabajadores del Centro Hospitalario San Juan de Dios de Bogotá, debe ser una responsabilidad y un desafío para el Estado social de derecho, en cuanto este es nuestro marco de acción legal obligatorio y nuestro mayor programa de justicia social.

BIBLIOGRAFÍA

A) *Jurisprudencia*

Corte Const., sent. SU-484 de 2008.

Corte Const., sent. C-394 de 2004.

Corte Const., sent. T-361 de 2012.

Corte Const., sent. T-010 de 2012.

Corte Const., sent. 145 de 8 de marzo de 2005.

Corte Const., Sección Quinta, rad. 25000-23-15-000-2010-01948-01, 16 de septiembre de 2010, C. P. Mauricio Torres Cuervo.

Corte Const., Sección Quinta, 4 de marzo de 2011, C. P. María Nohemí Hernández Pinzón.

Corte Const., Sección Cuarta, rad. 25000-23-25-000-2008-00354-01, 17 de julio de 2008, C. P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, rad. 110011102000200801246, 5 de junio de 2008, M. P. Temístocles Ortega Narváez.

B) *Otros documentos*

Contraloría General de la República, Informe de resultados actuación especial de Fiscalización y Control Excepcional Fundación San Juan de Dios en liquidación.

Comisión Colombiana de Juristas, Llamado urgente a la protección de los derechos humanos de las trabajadoras y trabajadores del Hospital San Juan de Dios, Bogotá, 4 de julio de 2008.

Compendio teórico práctico de derecho del trabajo: individual y colectivo. Colegio de Abogados del Trabajo Colombia, Legis, 2013.

DUEÑAS QUEVEDO, CECILIA: *Derecho administrativo laboral, Tendencias jurisprudenciales, doctrina y legislación*, Ibáñez, 2008

VILLEGAS ARBELÁEZ, JAIRO: *Derecho administrativo laboral*, t. I, *principios, estructura y relaciones individuales*, t. II, *relaciones colectivas y aspectos procesales*, 10ª ed. actualizada, Legis, 2013.

CAPÍTULO II

ESTRUCTURA DE LA COMPENSACIÓN DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PETROLERO*

Análisis jurídico del Decreto Legislativo 284 de 1957.
Reglamentación, jurisprudencia y aplicación de los salarios
y prestaciones de la industria petrolera a otros trabajadores

JUAN DANIEL SIERRA SILGADO**

1. INTRODUCCIÓN

La regulación laboral de la industria petrolera, a lo largo de la historia colombiana, ha tenido una serie de características que la diferencian de la de las demás industrias. Algunas particularidades son, por ejemplo, el no tener la obligación de realizar aportes pensionales a nombre de algunos de sus trabajadores hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la regulación médica establecida en los artículos 317 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo y las proporcionalidades especiales entre trabajadores extranjeros y colombianos y la nómina que se paga a extranjeros y nacionales establecidas en el Decreto-Ley 1056 de 1956 y Ley 10 de 1961. Otra de esas particularidades es la que motiva el presente artículo, lo que se ha llamado popularmente como el “salario petrolero”, es decir, la aplicación del Decreto Legislativo 284 de 1957, los actos administrativos que lo reglamentan y la jurisprudencia que ha interpretado estos instrumentos. El Decreto Legislativo 284 de 1957 convierte a la industria del petróleo en la única con una regulación independiente sobre los salarios y las prestaciones que deben pagarse a todos sus trabajadores.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.25>

** Juan Daniel Sierra Silgado. Abogado y antropólogo egresado de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social en la Pontificia Universidad Javeriana. En la actualidad se desempeña en Relaciones Laborales de Mansarovar Energy Colombia Ltd.

El decreto legislativo mencionado fue resumido por la Corte Constitucional de la manera como es percibido por el público general, como una norma que en líneas generales prescribe

que cuando una persona natural o jurídica pretenda realizar labores de exploración, explotación, transporte o refinación de petróleos mediante contratista independientes, entonces los trabajadores del contratista tendrán los mismos derechos de los trabajadores de la empresa contratante en las respectivas zonas de trabajo¹.

Sin embargo, si bien el anterior resumen proporciona una primera impresión del contenido del decreto legislativo para conocer la manera real en la cual la mencionada norma es aplicada, es necesario remitirse de detalladamente a su texto, reglamentación y desarrollo jurisprudencial.

Este artículo analiza y explica el Decreto Legislativo 284 de 1957, su reglamentación y su jurisprudencia para que tantos empleadores, organizaciones sindicales y trabajadores que prestan servicios a la industria petrolera puedan cumplirla más fácilmente, evitar huelgas, bloqueos, mítines y otros ceses de actividades² producto de la confusión de las acreencias laborales a ser pagadas y para que los operadores judiciales tengan una herramienta de análisis adicional para la solución de conflictos. Infortunadamente, estos conflictos en la práctica son frecuentes, retrasan y dificultan los proyectos petroleros que son la principal fuente de regalías³ y dificultan el objetivo del gobierno de hacer crecer las reservas del país mediante la asignación de nuevos bloques para perforación⁴.

El análisis de estas normas continúa siendo importante porque la industria petrolera tradicionalmente ha tenido un gran número de

¹ Corte Const., sent. C-396 de 2011, M. P. Humberto Sierra Porto.

² Una tipología de las situaciones que han sido llamadas de anomalía laboral se encuentra en el documento preparado por Ecopetrol S. A. titulado “Plan para la prevención, atención y cierre de eventos de anomalía laboral en Ecopetrol S. A.”.

³ Las regalías financian el 25,8% del total de la inversión de los municipios y departamentos y que los recursos provenientes del Sistema General de Regalías han sido la principal fuente de los departamentos Departamento Nacional de Planeación. Dirección de Inversión y Finanzas Públicas (DIF-DNP). Documentos Conpes 3822 de 22 de diciembre de 2014.

⁴ Lo que resulta importante en este momento en el cual la autosuficiencia petrolífera está programada para terminar en cerca de seis años y el gobierno tiene el objetivo de hacer crecer la producción diaria de barriles en los campos que están siendo explotados en este momento, recuperado de <http://revistapetroleoygas.co/la-carrera-para-conseguir-mas-petroleo/> de 1º de diciembre de 2014.

contratistas que le prestan todo tipo de servicios y, en consecuencia, una parte significativa del empleo que genera reposa en sus contratistas. Para 2014, las empresas de servicios petroleros contaban con más de veintinueve líneas de bienes y servicios, aportan en promedio el 19,5 por ciento del PIB sectorial, 2,1 por ciento del PIB nacional y generaban alrededor de 120.000 empleos⁵ y de ellas dependen numerosas actividades especializadas que se llevan a cabo dentro de la exploración, explotación, transporte o refinación de petróleos.

Por otra parte, desde diferentes disciplinas se han hecho consideraciones que vuelven aún más importante el estudio de los matices del salario en la industria del petróleo desde la perspectiva jurídica. Algunas de estas consideraciones se refieren a que en algunas regiones colombianas, como el Casanare, existe “una gran diferencia entre los salarios pagados en el sector petrolero y los devengados en los otros sectores”⁶, lo que es interpretado como un síntoma de la Enfermedad Holandesa, que tiene efectos perversos sobre la economía. Igualmente, se ha señalado que el decreto legislativo al cual nos hemos venido refiriendo genera “sobrecostos y confusión porque los salarios no reflejan el verdadero costo marginal de la mano de obra”⁷, sobrecostos que en la producción petrolera podrían traducirse en menores utilidades para un sector del cual se beneficia la totalidad de los colombianos y no solo los que trabajan en esta industria.

2. NORMAS APLICABLES Y SU VIGENCIA

Las normas sobre los salarios y las prestaciones de los trabajadores de la industria petrolera son el Decreto Legislativo 284 de 1957, inicialmente la resolución 644 de 1959, derogada por el Decreto 2719 de 1993 y el Decreto 3164 de 2003, que modificó el mencionado Decreto 2719 de 1993.

El decreto legislativo mencionado fue expedido por la Junta Militar de Gobierno, en ejercicio de la potestad legislativa extraordinaria, y se convirtió en legislación permanente de acuerdo con lo establecido

⁵ *Revista Semana*, “Los aliados del oro negro”, junio de 2014, pág. 11.

⁶ FABIO SÁNCHEZ, *et. al.*, *La estructura actual Casanare y posibilidades futuras de crecimiento y competitividad*, Universidad de los Andes, Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico. Documentos CEDE 2005-24.

⁷ JOSÉ RAMÓN AYESTERÁN, Análisis Costo-Beneficio. Una aplicación al análisis de los salarios petroleros colombianos, *Economía* (Nueva Etapa) 17-18, 2001-2002, enero-diciembre, pág. 8.

en la Ley 141 de 1961, la cual prescribió que se adoptaron como leyes los decretos legislativos dictados invocando el artículo 121 de la Constitución Política de 1886, desde el 9 de noviembre de 1949 hasta el 20 de julio de 1958.

Es necesario iniciar el estudio de la mencionada regulación mediante la identificación de las normas que están vigentes en este momento. Lo anterior es importante considerando que para este momento, 2014, cursa en el Consejo de Estado una acción de nulidad en contra de los Decretos 3164 de 2003 y 2719 de 1993 y en este proceso se ordenó inicialmente la suspensión provisional de regulación principal del Decreto 3164 de 2003 y del Decreto 2719 de 1993. No obstante, posteriormente el Consejo de Estado decretó la nulidad de la suspensión provisional mediante auto de 1º de agosto de 2013 y dictó una nueva providencia mediante la cual decidió expresamente no decretar la medida cautelar de suspensión provisional⁸. Igualmente, en proceso un judicial previo y diferente, el Consejo de Estado negó la pretensión de que se decretase la nulidad de los decretos reglamentarios⁹. En conclusión, el Decreto Ley 284 de 1957 y los decretos 3164 de 2003 y 2719 de 1993 están plenamente vigentes¹⁰.

3. ¿A QUÉ TIENEN DERECHO Y QUIÉNES TIENEN DERECHO?

El Decreto Legislativo 284 de 1957 establece, de manera puntual, la obligación que tienen los contratistas independientes de personas dedicadas a los ramos de exploración, explotación, transporte o refinación de petróleo, en las labores llamadas esenciales y propias, de pagar a sus trabajadores los mismos salarios y prestaciones “a los que tengan derecho los de la empresa beneficiaria, en la respectiva zona de trabajo de acuerdo con lo establecido en las leyes, pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales”.

⁸ C. de E., exp. 11001032600020080004700, C. P. Berta Lucía Ramírez de Páez.

⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 21 de agosto de 2008, rad. 11001-03-25-000-2004-00024-01(0294-04) y 11001-03-25-000-2004-00025-01(0295-04), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁰ La suspensión provisional de los arts. 1º y 2º, 1º y 3º de los decrs. 3164 de 6 de noviembre de 2003 y 2719 de 31 de diciembre de 1993 estuvo en firme hasta el 1º de agosto de 2013. C. de E., exp. 11001032600020080004700, C. P. Berta Lucía Ramírez de Páez, 1º de agosto de 2013.

A) *¿A qué tienen derecho?*

Al margen de las consideraciones sobre el concepto de prestación, en los términos literales del Decreto Legislativo 284 de 1957, se tiene derecho a los mismos salarios y prestaciones a los que tengan derecho los trabajadores de la empresa beneficiaria, en la respectiva zona de trabajo, circunscribiéndolo a lo establecido en las leyes, pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

De acuerdo con la Corte Constitucional, el decreto legislativo pretendió equiparar las condiciones de los trabajadores que prestan sus servicios a las empresas petroleras con las de los trabajadores vinculados por los contratistas independientes, ya que estos últimos contribuyen con la realización de las labores esenciales y propias del objeto social de las empresas que los emplea.

Y

bajo la consideración de que los trabajadores del contratista independiente al servicio de la beneficiaria que lo contrata para realizar las labores propias de su objeto social, debían estar en igualdad de condiciones respecto de los empleados de esta última que laboren en la misma zona de trabajo, razón por la cual les hizo extensivos a aquellos el régimen salarial y prestacional a que éstos tienen derecho, dada la similitud en el ejercicio de las funciones o actividades que les compete desarrollar a unos y otros¹¹.

Teniendo en cuenta la literalidad del texto del Decreto Legislativo 284 de 1957 para determinar los derechos, resulta necesario principalmente realizar un análisis de los salarios y las prestaciones a las que tendría derecho un trabajador del beneficiario que en la misma zona de trabajo que realice las mismas labores que el trabajador del contratista y que estos salarios y beneficios se encuentren establecidos en leyes, pactos, convenciones colectivas o fallos arbitrales, de acuerdo con lo exigido por el texto.

Determinar cuál es el salario aplicable al trabajador del contratista es el punto inicial. Esta la primera de las dificultades que preciso superar: los salarios que las empresas tienen definidos son los de los cargos de su estructura y no los de los cargos de las estructuras de otras empresas. Es decir, normalmente, los cargos, la estructura y los salarios de una empresa corresponden a las posiciones que esa empresa tiene y no a las posiciones que existirán en las empresas con las cuales contrata servicios.

¹¹ Corte Const., sent. C-994 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería.

La norma podría llevar al equívoco según el cual, las empresas que se dedican a la exploración, explotación, transporte y refinación del petróleo deberían tener contemplados en su estructura de cargos y salarios los que resultan necesarios para las labores llamadas por los decretos mencionados anteriormente propias y esenciales, sin embargo, estas pueden no ser sus actividades normales. No obstante, lo mencionado no es necesariamente de esa manera, por el contrario, una empresa que se dedica a la explotación de petróleo, no siempre cuenta con salarios definidos para cargos de una empresa que hace perforación o de ciertos estudios geológicos, en particular, porque son servicios completamente diferentes. La manera en la cual en la práctica se puede superar esta situación es mediante una homologación de un cargo que se tiene en la estructura directa (en algunas oportunidades en un escalafón en una convención colectiva de trabajo) a los cargos que se encuentran en el contratista. No obstante, la anterior situación presenta dificultades principalmente en el escenario judicial, en el cual, el evento común en el que el beneficiario de la obra no tenga establecido, como resultaría lo normal, cuál es el salario aplicable a un trabajador de una empresa contratista, precisamente, porque es un servicio contratado con un tercero, ofrece dificultades significativas para un trabajador que considere tener derecho a un salario superior.

Uno de los puntos más importantes para la aplicación del Decreto Legislativo 284 de 1957 es lo referente a si se exige que la empresa beneficiaria tenga trabajadores en la misma “zona de trabajo” para poder aplicar los salarios y las prestaciones a los que estos tienen derecho. La interpretación que ha dado la Corte Suprema de Justicia al mencionado punto es que uno de los requisitos para la aplicación judicial del Decreto Legislativo es la prueba que en la misma zona de trabajo la empresa beneficiaria tiene trabajadores a su servicio¹².

En relación con este punto, en la sentencia de la Corte Constitucional C-396 de 2011 llama la atención que la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo (USO) solicite a la Corte Constitucional que se declare la inconstitucionalidad de la parte de Decreto Legislativo 284 de 1957 que establece “en la respectiva zona de trabajo, de acuerdo con lo establecido en las leyes, pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales”. De acuerdo con la intervención de la USO, el decreto

¹² C. S. de J., Sala de Casación Laboral, rad. 7014, 9 de febrero de 1995, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; C. S. de J., Sala de Casación Laboral, rad. 31571, 20 de febrero de 2008, M. P. Luis Javier Osorio López; C. S. de J., Sala de Casación Laboral, rad. 24580, 28 de julio de 2005, M. P. Luis Javier Osorio López.

“omite regular las situaciones en que las actividades petroleras las desarrollan únicamente los trabajadores de los contratistas, por lo cual no se equipara su situación laboral a la de los trabajadores de la empresa beneficiaria”¹³. La Corte Constitucional también incluye el requisito de tener trabajadores asignados a su servicio en la finalidad de la norma que fue transcrita anteriormente al señalar que los trabajadores del contratista independiente debían estar en igualdad de condiciones respecto de los empleados de la beneficiaria que laboren en la misma zona de trabajo.

En esta medida, es claro que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia los salarios y las prestaciones son las establecidas para los trabajadores que presten servicios en la misma zona de trabajo. Por otra parte, es importante tener en cuenta que la prueba judicial de los trabajadores que hacen una labor similar, contratados por parte de la beneficiaria, en la misma zona de trabajo y durante el mismo periodo de tiempo, al igual que la prueba de sus salarios y beneficios en ese mismo periodo de tiempo, también ofrece dificultades importantes. Adicional a la mencionada dificultad probatoria, también resulta difícil el manejo de un concepto como el de “zona de trabajo”, dado que no tiene una definición y aún menos unos linderos¹⁴.

Otro de los puntos fundamentales para analizar la aplicación del Decreto Legislativo 284 de 1957 es la parte final del primer inciso, cuya literalidad sugiere que los salarios y prestaciones, para que sean aplicables a los contratistas independientes, en primer lugar, deben estar comprendidos en “pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales”. Es decir, el texto circunscribe la aplicación de los mismos salarios y prestaciones a los señalados leyes, pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales. El análisis de esta parte del decreto resulta fundamental, en tanto en la actualidad gran parte de los beneficios que reciben los trabajadores a raíz de su contrato laboral, no están contenidos en una convención colectiva de trabajo, pactos y fallos arbitrales. No son pocas las empresas de la industria de hidrocarburos que tienen actualmente paquetes de beneficios establecidos de manera unilateral, como un plan de beneficios y algunas convenciones colectivas señalan sus apartes que son aplicables a los trabajadores de contratistas.

¹³ Corte Const., sent. C-994 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería.

¹⁴ Una sentencia en la cual se evidencia esta dificultad, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, rad. 31571, 20 de febrero de 2008, M. P. Luis Javier Osorio López.

En este momento es importante recordar lo señalado como finalidad de la norma por la Corte Constitucional: equiparar las condiciones de los trabajadores que prestan sus servicios a las empresas petroleras, con los trabajadores vinculados por los contratistas independientes en las labores esenciales y propias del objeto social, frente a aquellos que trabajan a su lado en la misma zona de trabajo. No obstante, es evidente que la literalidad del texto del mencionado Decreto Legislativo 284 de 1957, de manera clara y sin lugar a dudas, establece que los salarios y las prestaciones se aplican de acuerdo con lo establecido en leyes, pactos, convenciones colectivas de trabajo o fallos arbitrales.

B) *¿Quiénes tienen derecho a la aplicación de los decretos?*

La determinación de los trabajadores a los que les aplica el decreto legislativo mencionado es una labor que también tiene ciertos matices. En principio, el decreto les aplica a los trabajadores de contratistas que ejecuten labores propias y esenciales de la industria del petróleo. El mismo Decreto Legislativo 284 de 1957 determina ciertas labores como propias¹⁵ de la exploración, explotación, transporte o refinación de petróleo y también señala que lo serán todas aquellas que se consideran esenciales a la industria del petróleo. El decreto regula que debe ser reglamentado por el Ministerio de Minas y Petróleos y el Ministerio de Trabajo. Las actividades que son esenciales a la industria, sin duda, son un punto que resulta útil determinar con claridad, en particular, porque debido al carácter altamente técnico de la industria no es posible para un público no especializado conocer de manera sencilla cuáles son estas actividades. Incluso dentro de los mismos técnicos pueden presentarse diferencias sobre lo que es esencial y lo que no, de modo que no parece tener mucha utilidad mantener cierta indeterminación sobre las actividades que se consideran esenciales a la industria del petróleo.

Los mencionados decretos se deben aplicar a quienes realicen labores propias y esenciales de la industria del petróleo. En esta medida, surge la pregunta acerca de cuál es la labor que se debe tener como propia o esencial de la industria, para cumplir con el primer requisito exigido por el mencionado decreto y tener derecho a los salarios y prestaciones del beneficiario. La interpretación literal podría sugerir que es la labor de la persona natural o jurídica y también la labor del con-

¹⁵ Los trabajos geológicos, geofísicos, de perforación con taladro, de extracción y almacenamiento del crudo, y los de construcción, operación y mantenimiento de oleoductos y refinerías.

tratista independiente. No obstante, si se interpreta de esta manera se estaría, en principio, poniendo en segundo plano la labor puntual del trabajador como criterio de análisis de si aplica o no el Decreto 284 de 1957. La interpretación literal del punto señalado ofrece muchas dificultades tales como, por ejemplo, determinar si el servicio es esencial en los contratos en los cuales se pactan diferentes servicios, todos a cargo de un mismo contratista independiente, y algunos pueden ser esenciales y otros no. Es claro en este ejemplo que pueden existir servicios que son propios de la industria y otros que no y en este caso la revisión de los objetos sociales de las personas jurídicas no tendría un papel fundamental. Igualmente, la dificultad de la interpretación literal surge también cuando un contratista llegue prestar servicios a diferentes clientes, es decir, cuando de sus servicios se beneficien varias personas dedicadas a la exploración, explotación, transporte o refinación, no estaría claro cuáles salarios y prestaciones se les aplicarían a la totalidad de sus trabajadores. No obstante las mencionadas dificultades, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido y realizado el análisis basándose en el objeto social tanto del contratista como del beneficiario, y también en las labores acordadas en un determinado contrato¹⁶.

En relación con la cuestión anterior, también vale la pena tener presente que dentro del contratista trabajan personas que realizan todo tipo de labores. Desde aseo y cafetería, recepcionistas, profesionales de recursos humanos y en general labores que, en estricto sentido, no se realizan en beneficio de un único contratante, ni tienen ninguna relación especial con la industria de hidrocarburos, no obstante, el texto del decreto no diferencia entre los tipos de trabajadores del contratista. Con respecto a todo lo anterior, para determinar a cuáles trabajadores del contratista les aplica el mencionado decreto legislativo, es importante tener presente uno de los principios fundamentales que orientan la interpretación y aplicación del derecho laboral: el principio de primacía de realidad sobre las formas. La interpretación de las normas a la luz del mencionado principio nos llevaría a concluir que lo fundamental es la labor específica del trabajador, y si la misma es propia o esencial de la industria. Lo anterior es evidente en el caso en que la labor que el trabajador haya realizado sea propia de la industria, cuando los documentos como el contrato comercial celebrado o el objeto social de las personas jurídicas no lo reflejen. En esta medida, si bien es importante que se revise que la labor propia del objeto social del contratante

¹⁶ C. S. de J., Sala de Casación Laboral, rad. 28882, 5 de junio de 2007, M. P. Isaura Vargas Díaz.

también lo es para el contratista, lo que resulta determinante para decidir si a un trabajador le aplica o no el Decreto 284 de 1957 es la labor real llevada a cabo por él. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia lo interpretado en los siguientes términos “[...] para su determinación puede tenerse en cuenta no solo el objeto social del contratista y el beneficiario de la obra, sino también la actividad específica desarrollada por el trabajador”¹⁷.

En este sentido, resulta fundamental analizar que las tareas del trabajador corresponden a una de las labores que se han entendido como propias y esenciales a la industria del petróleo. Anteriormente, en vigencia de la resolución 644 de 1959, la misma señalaba las labores que inicialmente fueron entendidas como propias a la industria del petróleo¹⁸. Contiene también un controversial parágrafo al artículo 1º, que

¹⁷ C. S. de J., Sala de Casación Laboral, rad. 40541, 20 de marzo de 2013, M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

¹⁸ 1) Los estudios geológicos de cualquier clase; 2) los levantamientos y estudios topográficos y geodésicos de cualquier clase; 3) el estudio geofísico de determinada región, que comprende los estudios gravimétricos, magnéticos y sismográficos, más la operación técnica de perforar los huecos, de colocar la dinamita, de explotar la dinamita, de observar y registrar los resultados y de estudiar y preparar el informe final; 4) la operación y mantenimiento en el sitio de trabajo de los aparatos técnicos especializados y necesarios para llevar a cabo los estudios geológicos y geofísicos; 5) la operación técnica de perforar un pozo petrolífero desde inclusive armar la torre e instalar la maquinaria de perforación hasta completarlo o taponarlo incluyendo: el proceso de acidular o fracturar el pozo; el agujereamiento del pozo con explosivos; la obtención de registros gráficos eléctricos o de cualquier otra clase de registros del pozo; la extracción de muestras de las formaciones perforadas, su análisis y estudio, y la cementación del pozo. El control de los lodos en la perforación; 6) la operación técnica de poner y mantener un pozo petrolífero en producción, inclusive las operaciones de limpieza y reacondicionamiento; 7) la operación técnica de cerrar y abandonar un pozo petrolífero que ha estado en producción y que se ha agotado; 8) la construcción, operación y mantenimiento técnico de las líneas o tuberías que conectan el pozo a las instalaciones destinadas a la separación de elementos extraños; 9) la construcción, operación y mantenimiento técnico de los sistemas de recolección de bombas y tanques de almacenamiento; 10) la construcción, operación y mantenimiento de las tuberías y bombas que conducen el petróleo crudo al sitio de almacenamiento principal; 11) la construcción, operación y mantenimiento técnico de las tuberías y bombas que conducen el petróleo crudo desde los tanques de almacenamiento principal a los puntos de embarque y refinación; 12) la construcción, operación y mantenimiento de las instalaciones propias de la recuperación secundaria; 13) los trabajos técnicos de tratamiento eléctrico, químico o por calor del petróleo crudo llevados a cabo con el fin de hacer más fácil o económico su bombeo de un lugar a otro; 14) la construcción, control, operación y mantenimiento técnico de los aparatos, maquinarias y unidades de procesos propias de la refinación del petróleo crudo; 15) la

relaciona labores como propias y esenciales que evidentemente podrían prestarse en otras industrias, prácticamente en todas, y no solo en la del petróleo¹⁹. El parágrafo genera dudas acerca de su legalidad, porque podría entenderse de manera lógica que la facultad reglamentaria correspondía únicamente a las actividades que técnicamente corresponden a la industria petrolera, y no a labores evidentemente distintas, además de una lista que se sugiere como enunciativa. Si bien esta resolución fue derogada, continúa siendo importante porque algunos han argumentado su resurgimiento por ser mencionada en convenciones colectivas de trabajo posteriores a su derogatoria y porque en el proceso de nulidad mencionado se declaró inicialmente la suspensión provisional de la norma que la derogó.

El Decreto 2719 de 1993 establece una nueva lista taxativa de las que se entienden como labores propias y esenciales de la industria del petróleo²⁰, y deroga expresamente la resolución 644 de 1959. Poste-

construcción, operación y mantenimiento técnico de las tuberías, tanques y bombas necesarios para el movimiento del petróleo crudo, los productos intermedios y finales de las refinерías; 16) la construcción, operación y mantenimiento técnico de las tuberías, tanques y bombas, necesarios para el transporte de productos finales de las refinерías a los terminales de despacho o plantas de abasto.

¹⁹ a) Mantenimiento de campamentos; b) operación de casinos para empleados y obreros; c) ingeniería y construcciones; d) construcciones de vías de comunicación y de vías de acceso al pozo; e) servicio de comunicaciones radiotelegráficas y telefónicas; f) servicio de comisariatos; g) servicios médicos y de sanidad; h) servicio de vigilancia; i) operación de talleres en general; j) transporte de maquinaria y de personal; k) departamento eléctrico; l) departamento de contabilidad; ll) departamento de materiales; m) departamento de producción; n) mantenimiento de carreteras; o) refrigeración y planta de hielo; p) acueducto; q) planta de gas; r) fabricación de tambores o envases.

²⁰ “1) Los levantamientos geológicos, geofísicos, geodésicos y topográficos, destinados a la exploración y evaluación de yacimientos de hidrocarburos. 2) La operación de perforar pozos de hidrocarburos desde la instalación del equipo de perforación hasta su terminación o taponamiento. 3) La explotación, mantenimiento y reacondicionamiento de pozos de hidrocarburos. 4) La operación técnica de cerrar y abandonar un pozo de hidrocarburos, que ha estado en producción y se ha agotado. 5) La construcción, operación y mantenimiento técnico de los sistemas de recolección, separación, tratamiento, almacenamiento y transferencia de hidrocarburos. 6) La construcción, operación y mantenimiento técnico del sistema de bombeo y tuberías que conducen los hidrocarburos hasta los tanques de almacenamiento, y desde ahí a los puntos de embarque o de refinación. 7) La construcción, operación y mantenimiento técnico de las instalaciones de la recuperación secundaria y terciaria de petróleo. 8) La construcción, operación y mantenimiento técnico de los sistemas de tratamiento térmico, eléctrico y químico que permitan hacer más fácil o económico el bombeo de petróleo. 9) La construcción, control, operación y mantenimiento técnico de los equipos y unidades de procesos propias de la

riormente, el Decreto 3164 de 2003 modificó el artículo 1° del Decreto 2719 de 1993 y estableció una nueva lista²¹ taxativa de las labores que en este momento se entienden como propias y esenciales de la industria.

De acuerdo con lo resumido por el Consejo de Estado de las intervenciones del gobierno en el proceso judicial y en la parte considerativa del Decreto 3164 de 2003, el cambio establecido en los Decretos 2719 de 1993 y 3164 de 2003, frente a lo dispuesto en la resolución 644 de 1959, estuvo motivado porque se

consideró que se incluían actividades comunes al sector industrial en general que no corresponden exclusivamente a la Industria Petrolera, lo cual “ha generado sobrecostos” que han traído como consecuencia la alteración de la economía de la población y “efectos sociales ocasionados por el nivel de los salarios petroleros, y la distorsión del mercado laboral” en otras actividades económicas de las regiones donde opera la industria petrolera²².

refinación del petróleo. 10) La construcción, operación y mantenimiento técnico de las tuberías, tanques y bombas para transporte de petróleo crudo, productos intermedios y finales de las refinerías.

”*Parágrafo*. Es entendido que las actividades de descontaminación ambiental que tengan que desarrollarse como consecuencia de daños ocasionados por actos dolosos, no son labores propias o esenciales de la industria del petróleo”.

²¹ 1) Los levantamientos geológicos, geofísicos, geodésicos, topográficos, destinados a la exploración y evaluación de yacimientos de hidrocarburos. 2) La operación de perforar pozos de hidrocarburos desde el inicio de la perforación hasta la terminación, completamiento o taponamiento del mismo. 3) La operación y reacondicionamiento de pozos de hidrocarburos. 4) La operación técnica de cerrar y abandonar un pozo que haya servido para la explotación de hidrocarburos, incluyendo los de inyección de fluidos para recuperación secundaria, pozos inyectoros de aguas residuales u otro cualquiera requerido para el manejo y desarrollo del campo. 5) La operación de los sistemas de recolección, separación, tratamiento, almacenamiento y transferencia de hidrocarburos. 6) La operación del sistema de bombeo y tuberías que conducen los hidrocarburos hasta los tanques de almacenamiento, y desde ahí a los puntos de embarque o de refinación. 7) La operación de facilidades de levantamiento artificial y las instalaciones de recuperación secundaria y terciaria de petróleo. 8) La operación de los sistemas de tratamiento térmico, eléctrico y químico que permitan hacer más fácil o económico el bombeo de petróleo. 9) La construcción, control, operación y mantenimiento técnico de los equipos y unidades de procesos propias de la refinación del petróleo. 10) La construcción, operación y mantenimiento técnico de las tuberías, tanques y bombas para transporte de petróleo crudo, productos intermedios y finales de las refinerías.

Parágrafo. Es entendido que las actividades de descontaminación ambiental que tengan que desarrollarse como consecuencia de daños ocasionados por actos dolosos, no son labores propias o esenciales de la industria del petróleo.

²² C. de E., exp. 11001032600020080004700, C. P. Berta Lucía Ramírez de Páez, 4 de agosto de 2010.

De esta manera, se entiende que las actividades a las que se les aplican los salarios y prestaciones, de acuerdo con lo establecido en las leyes, pactos, convenciones y laudos arbitrales, son a aquellas que se entienden como propias establecidas en el Decreto 284 de 1957 y como esenciales señaladas en el Decreto 3164 de 2003.

Frente a las actividades que se entienden como propias y esenciales de la industria del petróleo, el Decreto 284 de 1957 y su reglamentación no desarrollan las diferentes maneras existentes en el transporte de hidrocarburos, para efectos del régimen salarial y prestacional. Con relación a este punto, la resolución 644 de 1959 y los decretos reglamentarios posteriores se enfocan principalmente en el transporte por oleoducto, dejando de lado el transporte que se realiza por otros medios, como los vehículos. Frente al grupo de trabajadores que realizan esa tarea en vehículos, ninguno de los numerales de la lista taxativa de las labores que se entienden como propias y esenciales de la industria del petróleo, ni el mismo Decreto 284 de 1957, lo consideran como tal, por tanto, no lo está de acuerdo con el mencionado decreto.

Es preciso señalar las dificultades probatorias. La determinación de los trabajadores a los que se les aplica el Decreto 284 de 1957 también tiene dificultades prácticas y probatorias. Teniendo en cuenta que las labores son ejecutadas por contratistas de las empresas que se benefician de un servicio contratado, los cargos no necesariamente tienen la misma denominación o el mismo perfil en la empresa contratante y en el contratista. Es fundamental tener claro que los salarios y las prestaciones normalmente están asociadas a un determinado cargo y también frecuentemente, a una antigüedad, dentro del cargo o la empresa. De este modo, realizar una homologación de cargos en un proceso judicial mostrando que un trabajador de un contratista estaba en una situación similar a la de otro trabajador del beneficiario del servicio en la misma zona de trabajo, tiene unas complejidades probatorias importantes.

4. AMPLIACIÓN DE SALARIOS Y PRESTACIONES DE LA INDUSTRIA POR FUERA DE LOS DECRETOS: DECISIONES UNILATERALES DE EMPLEADORES, ACUERDOS CON SINDICATOS Y CON COMUNIDADES

Los salarios y prestaciones que se pagan en las relaciones laborales actuales de la industria petrolera, no siempre tienen una causalidad en las disposiciones del Decreto Legislativo 284 de 1957, su reglamentación o su jurisprudencia. Los salarios y las prestaciones propias de la industria se han extendido a trabajadores diferentes de los que las

normas aplicables señalan. Lo anterior ha ocurrido a raíz de los acuerdos que las compañías de la industria han logrado con las comunidades de los sitios en los cuales operan, con los sindicatos o por decisiones empresariales unilaterales, con el fin de lograr relaciones laborales armónicas, o por políticas de responsabilidad social empresarial.

Uno de los casos es el de Ecopetrol S. A. la selección del régimen salarial de los trabajadores de los contratistas de Ecopetrol S. A. es una tarea que exige un conocimiento especializado. Al margen de las disposiciones del Decreto Legislativo 284 de 1957, Ecopetrol S. A. explica que a pesar que algunas “actividades no son consideradas como propias o esenciales de la industria del petróleo, por acuerdo entre Ecopetrol y la USO o, por decisión de la Empresa, se remuneran como convencionales”²³. En la práctica, la gama de actividades por contrato y su régimen salarial tiene tantos detalles que Ecopetrol S. A. dispone de una tabla de actividades a contratar, en la que ha resumido el régimen laboral aplicable en más de 315 actividades²⁴, tabla que en la práctica reduce la dificultad de la selección del régimen salarial aplicable. Adicionalmente al régimen por actividades a ser contratadas, existen disposiciones por cargo que señalan el salario que contractualmente se debe tener como mínimo y su modo de cálculo (por jornal o mensualmente), tanto en actividades propias o esenciales como en actividades ajenas a la industria del petróleo.

²³ Acta de 12 de diciembre de 2008. Producción (construcción y montaje). Actividad genérica: facilidades. Acta de 22 de agosto de 2009. Mantenimiento. Actividad genérica: Mantenimiento de sistemas o unidades para extraer, recolectar, tratar, transportar, almacenar o refinar hidrocarburos. Disposición salarial: 1º de julio de 2010. Mantenimiento, construcción y montaje de los sistemas de generación de servicios industriales, 24 de septiembre de 2010. Mantenimiento sistemas contraincendio, 1º de marzo de 2011. Armado y desarmado de andamios, 1º de junio de 2011. Construcción, montaje sistemas de alivio de GLP y gases asociados a teas, 1º de junio de 2011. Operación sistemas contraincendio, 1º de noviembre de 2011. Servicio de movimiento de carga y/o equipos en los trabajos de mantenimiento con parada de planta y rutinario en las refinerías, 1º de diciembre de 2011, descontaminación, mitigación, recuperación y/o limpieza de aguas y terrenos por derrames de hidrocarburos, 1º de diciembre de 2011. Tratamiento de lodos y/o residuos aceitosos, 1º de marzo de 2012. Obras civiles, 1º de julio de 2012. Servicio de apoyo al mantenimiento y operación de terminales marítimos. Presentación pública de Ecopetrol S. A., pág. 8, recuperado de <http://www.ecopetrol.com.co/documentos/Presentaciones%20Seminarios%20Informativos%20para%20Proveedores.pdf>, el 4 de agosto de 2014.

²⁴ Tabla de actividades a contratar y su régimen laboral. Recuperado de http://www.ecopetrol.com.co/documentos/61079_ECP-DRL-T-006_Tabla_de_actividades_a_contratar_y_su_r%C3%A9gimen_laboral_v1.pdf, el 4 de agosto de 2014.

Por otra parte, algunas otras compañías de la industria petrolera han llegado a acuerdos especiales con las comunidades de los sitios de influencia sobre los salarios que deben pagar los contratistas a sus trabajadores. Algunos de estos acuerdos son esquemas en los cuales, en ciertos servicios, el contratista debe pagar por lo menos los salarios establecidos para trabajadores directos para un determinado cargo, así no les apliquen los demás beneficios, o sencillamente un salario mínimo superior al salario mínimo legal, pagadero de manera frecuente por jornales y no como sueldo. Algunas otras compañías privadas en la industria del petróleo han llegado a acuerdos con sus sindicatos, con respecto a los salarios que como mínimo deben pagar los contratistas que en estricto sentido, no pertenecen a la industria, como quienes les proveen el servicio de seguridad o de cafetería.

Para reducir el riesgo de conflictos sociales derivados del no pago de los salarios y prestaciones aplicables y para el cumplimiento del contrato comercial, es fundamental para el contratista conocer los acuerdos a que pudieron haber llegado en el pasado las empresas operadoras con las comunidades sobre la contraprestación de un determinado cargo.

Si bien en este artículo no sería posible hacerlo, valdría la pena realizar un análisis jurídico sobre la obligatoriedad para un tercero, como un contratista de una operadora petrolera, de un acuerdo con una comunidad sobre los salarios o las prestaciones que tiene que pagar. Puntualmente, si no fue parte de este acuerdo y tampoco es obligatorio en virtud de la ley o un decreto. Adicionalmente, teniendo en cuenta que de manera frecuente estos son acuerdos que se celebran con una persona cuya representatividad para efectos laborales no existe, como el líder de una comunidad, o el presidente de una junta de acción comunal, y no pocas veces, después de presiones indebidas a las empresas²⁵.

En este sentido, es preciso atender que el origen de los salarios en la industria del petróleo y de las personas que indirectamente le prestan servicios a esta industria, no solamente se originan en los decretos estudiados, convenciones colectivas de trabajo o en las leyes de oferta y demanda o en mecanismos legales. También en las presiones de las comunidades y en acuerdos a los que las compañías que prestan servicios en las zonas petroleras se ven forzadas a llegar, en condiciones en las cuales, las leyes de mercado no son las que definen el continuo mejoramiento de un servicio o el mejoramiento de los precios, generando sobrecostos que no benefician los servicios prestados a la industria.

²⁵ Empleos y contratos en 28 zonas petroleras, nuevo “botín” de bandas. *El Tiempo*, 28 de septiembre de 2014.

5. LA COMPENSACIÓN Y LOS SISTEMAS COMPENSATORIOS PROPIOS Y ROBUSTOS EN CONTRATISTAS

El estudio de los esquemas de compensación adecuados para los trabajadores de los contratistas es importante, especialmente, teniendo en cuenta que gran parte del empleo en el sector petrolero se genera en los contratistas independientes que ofrecen servicios especializados y de la calidad de estos servicios depende el éxito de los proyectos. Para ciertos contratistas en la industria del petróleo, el otorgar exactamente el mismo esquema de compensación que sus contratantes no resulta un sistema de compensación adecuado. La calidad del servicio especializado ofrecido por un contratista depende en una parte significativa del talento humano que logre atraer y retener, para lo cual el tener un esquema de compensación atractivo es definitivo.

Una interpretación literal del Decreto 284 de 1957 sugeriría que los salarios y las prestaciones que les deben pagar a sus trabajadores los contratistas independientes deberían ser exactamente los mismos que los establecidos por el contratante al cual le presta servicios, a menos que el contratista independiente no tuviere “los elementos adecuados para atender las referidas prestaciones” o que obtenga autorización del gobierno para compensar el dinero. Esta es una interpretación que genera inconvenientes porque sugiere que no sería el mercado el que fomenta el pago de mejores salarios por parte de los empleadores y la prestación de un mejor servicio por parte de los trabajadores, igualmente, que los salarios no se fijarían con base en las competencias individuales y en las necesidades de quien estaría dispuesto a remunerarlas.

Adicionalmente, la interpretación literal mencionada del Decreto 284 de 1957 sugiere que si un determinado contratista le presta servicios a diferentes contratantes, se vería en la seria dificultad de tener una infraestructura administrativa suficiente para poder administrar las prestaciones laborales, al tiempo, de todos sus contratantes.

En actividades propias y esenciales de la industria del petróleo, el pago de acreencias laborales diferentes a las del contratante por parte del contratista se debe analizar teniendo en cuenta la finalidad del decreto legislativo y la equidad. Pagar salarios y prestaciones diferentes implicaría que estos no puedan ser inferiores, porque contradice la finalidad norma. Pagar salarios y prestaciones diferentes, pero por lo menos equivalentes a los del contratante, en ciertas circunstancias tendría ventajas como, por ejemplo, la posibilidad de ofrecer esquemas de compensación que tengan en cuenta a los trabajadores trasladados

geográficamente, o de un beneficiario contratante a otro y eficientes desde el punto de vista administrativo.

En relación con la manera de cumplir con las obligaciones establecidas en el primer inciso del artículo 1° del Decreto 284 de 1957, el mismo decreto tiene una disposición especial en el tercer literal del mencionado artículo. Bajo el marco anterior es importante analizar el tercer inciso de artículo 1° del Decreto 284 de 1957, el cual establece lo siguiente:

Si los contratistas independientes no tuvieren los elementos adecuados para atender a las referidas prestaciones, podrán convenir con la empresa beneficiaria que esta las atienda por cuenta de aquellos. Si no fuere ello posible, los contratistas deberán compensar en dinero a sus trabajadores el valor de las prestaciones que no pudieren atender, previa autorización del gobierno.

Una interpretación literal del inciso mencionado sugiere un tipo especial de “compensación” en dinero, la cual no podría darse sino en el caso en el cual el contratista no pueda satisfacer directamente las acreencias laborales ni tampoco pactar que el contratante lo haga por él. Este tipo de compensación es diferente de la señalada como uno de los modos de extinción de las obligaciones establecidos en el Código Civil y de la regla general de la compensación laboral señalada en el numeral 1 del artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo, según la cual, los empleadores tienen prohibida la compensación de salarios y prestaciones sin autorización previa y escrita del trabajador o sin mandamiento judicial. Este sería un tipo especial de compensación que no requeriría una autorización previa y expresa del trabajador, sino de una autorización del gobierno que se otorga bajo ciertas circunstancias.

No obstante, si bien existe la disposición mencionada en el tercer inciso del artículo 1° del Decreto 284 de 1957, para la aplicación de la regla general de la compensación laboral señalada en el numeral 1 del artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo no se establece alguna limitación particular. En esta medida, es posible cumplir con la finalidad del decreto mencionado, pagando salarios y prestaciones por lo menos equivalentes mediante un pacto adecuado de compensación, escrito y previo entre el empleador y el trabajador, teniendo como base el salario y las prestaciones que efectivamente recibirá el trabajador que presta servicios propios y esenciales a la industria del petróleo y los salarios y prestaciones del beneficiario del servicio. En esta medida, los contratistas que prefieran tener un sistema de compensación

(salario y prestaciones) que sea propio, construido a partir de las necesidades particulares de la población del contratista, que implique menos desgaste administrativo para las personas que lo administran, podrían llegar a un acuerdo mediante el trabajador autorice compensar de manera anticipada las acreencias a las que tenga derecho por el Decreto 284 de 1957.

6. CONCLUSIONES

El decreto tiene la finalidad y regula la manera de equiparar las condiciones de los trabajadores que prestan sus servicios a las empresas petroleras, con los trabajadores vinculados por los contratistas independientes en las labores esenciales y propias, frente a aquellos que trabajan a su lado en la misma zona de trabajo, circunscrito a lo establecido en las leyes, pactos, convenciones colectivas de trabajo y laudos arbitrales.

Para analizar si se aplica o no el Decreto Legislativo 284 de 1957 es fundamental analizar la tarea específica llevada a cabo por el trabajador, más y si la misma está contenida en uno de los numerales de la regulación que define si se trata de una labor propia, definida en el Decreto Legislativo 284 de 1957 o de una labor esencial, establecida en el Decreto 3164 de 2003.

Para lograr que se ordene judicialmente el cumplimiento del Decreto Legislativo 284 de 1957, el trabajador tiene que ejecutar en el proceso ordinario una labor probatoria muy exigente. En particular, debe probar los servicios prestados por personas que realicen el mismo trabajo, en la misma zona de trabajo, durante el mismo periodo en el cual el llevó a cabo el trabajo y si no existe el cargo, procurar realizar una homologación. También, teniendo en cuenta que los cargos en la industria pueden tener diferentes denominaciones, tendría que evidenciar que la labor que él ejecutó bajo un cargo de contratista, realmente corresponde a otro cargo en el beneficiario del servicio y, por supuesto, los salarios y las prestaciones que le corresponden a este cargo.

Algunos contratistas independientes se ven en la necesidad de crear sus propios planes de compensación y no sencillamente replicar los de los contratantes. Para este efecto, es importante cumplir con la finalidad del decreto legislativo y que el contratista otorgue salarios y prestaciones por los menos equivalentes, y que el trabajador y que el empleador lleguen a un acuerdo de compensación, previo y escrito, sobre este punto.

CAPÍTULO III

EL TRABAJO COMO CASTIGO, EL TRABAJO COMO DERECHO DEL CONDENADO*

LIBARDO JOSÉ ARIZA HIGUERA**

Con el sudor de tu rostro comerás el pan, hasta que vuelvas al suelo, pues de él fuiste tomado. Porque eres polvo y al polvo tornarás.

Génesis 3: 19

Primero el trabajo, luego y con él la palabra articulada, fueron los estímulos principales bajo cuya influencia el cerebro del mono se fue transformando gradualmente en cerebro humano, que, a pesar de toda su similitud, lo supera considerablemente en tamaño y perfección.

F. ENGELS, *El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre.*

1. INTRODUCCIÓN

La problemática relación entre la penalidad y el trabajo se expresa en la voluntad divina de expulsar del paraíso a los primeros seres humanos como castigo por su transgresión de la prohibición primigenia. El abandono punitivo del Jardín del Edén y la llegada al mundo del trabajo son la consecuencia de la ruptura del orden divino. Ganarse el pan con el sudor de la propia frente y transformar la naturaleza para que brinde los frutos que antes ofrecía en abundancia, son los verbos rectores del nuevo orden mundano. Morder el fruto prohibido hace del trabajo un eterno castigo.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.26>

** Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

Pero además de aparecer como la forma original de castigo dentro de la tradición judeocristiana, el trabajo se expresa también como marco de interpretación de la historia para la dialéctica materialista¹. Dos *metarrelatos* sobre la historia aparentemente distantes coinciden en el trabajo como atributo fundamental de la condición humana. El insuperable temor a la hambruna, a la pobreza y la inanición marcan la historia como lucha permanente entre clases por el dominio de los frutos del trabajo humano². La acumulación/expropiación originaria se erige como la génesis de la contradicción fundamental entre capital y trabajo³ La esclavitud⁴, pasando por la encomienda colonial⁵ y el

¹ KARL MARX, “Tesis sobre Feuerbach”, en *Obras escogidas*, t. I, Moscú, Progreso, 1985a, págs. 7-11; ÍD. “Trabajo asalariado y capital”, en *Obras escogidas*, t. I, Moscú, Progreso, 1985b, págs. 145-179 y ÍD. “Salario, precio y ganancia”, en *Obras escogidas*, t. II, Moscú, Progreso, 1985c, págs. 28-77.

² KARL MARX y FEDERICO ENGELS, “Manifiesto del Partido Comunista”, en Karl Marx, *Obras escogidas*, t. I, Moscú, Progreso, 1985, págs. 99-141.

³ Véase sobre la acumulación originaria de capital: KARL MARX, “La acumulación originaria de capital”, en *Obras escogidas*, t. II, Moscú, Progreso, 1985d, págs. 101-152.

⁴ La esclavitud africana “fue justificada con el argumento de que el suministro de fuerza laboral ofrecía a los africanos una oportunidad para escapar de su condición de salvajismo. El ingreso en las relaciones esclavistas de producción le permitía por lo tanto a los africanos dar un paso a lo largo del camino del ‘progreso’ hacia la ‘civilización’, ubicándolos en primer lugar en una posición económica similar a la del europeo pobre”. ROBERT MILES, *Racism*, Londres, Routledge, 1989, pág. 30.

Esta misma perspectiva, WALLERSTEIN sostiene que el racismo es una ideología que permite excluir a ciertos grupos humanos del cuerpo social a la vez que los incluye en el sistema productivo como fuerza laboral barata. De esta forma, asegura, se minimizan los costos de producción al reducir a lo indispensable el valor de la fuerza laboral y, al mismo tiempo, se minimizan los costos de perturbación política que supondría una expulsión total de este segmento poblacional del cuerpo político y social. IMMANUEL WALLERSTEIN, “The construction of peoplehood: Racism, Nationalism, Ethnicity”, en Etienne Balibar e Immanuel Wallerstein (eds.), *Race, Nation, Class: Ambiguous Identities*, Londres, Verso, 1991, pág. 34.

⁵ La adaptación de la encomienda a las cambiantes necesidades de la colonia buscaba construir a los indígenas como sujetos de los que se pudiere extraer fuerza de trabajo, pues en ese momento “la riqueza no consistía en ser dueños de campos o minas sino en el número de indígenas que se disponía para hacerles trabajar y explotarlos”. Osuna, Antonio, “Ética y política en las leyes de Indias del siglo XVI”, *Anuario de filosofía del derecho*, 1991, VIII, pág. 88. La disminución de la población indígena solo constituyó una preocupación para los encomenderos cuando se “hizo evidente que los pocos que quedaban no podían proporcionar toda la fuerza de trabajo que se necesitaba”. SHERBURNE COOK y WOODROW BORAH, *Ensayos sobre historia de la población, México y el Caribe*, México, siglo XXI, 1977, pág. 387. Igualmente, véase JUAN FRIEDE, “De la encomienda

vasallaje medieval, se presentan como sistemas de extracción de fuerza productiva que preceden al trabajo asalariado como su forma ideal, convirtiéndolo en un asunto regulado por el orden jurídico estatal. El trabajo asume el estatus de derecho⁶.

El trabajo —como castigo y como derecho— parece desdoblarse en dos facetas aparentemente opuestas. Un atributo fundamental de la condición humana es a la vez derecho y forma de castigo. Cuando el trabajo deja de ser la forma de castigo dominante y este asume la forma de la suspensión del derecho a la libertad, el trabajo se convierte en un derecho del condenado y en su medio de redención. La tensión, entonces, parece resolverse en el espacio inescrutable del taller penitenciario.

En este texto quisiera describir la manera como la literatura jurídica y social ha entendido la relación entre el castigo y el trabajo. Para ello, en primer lugar, reseño aquellos trabajos que, al trazar la ruta histórica de formación y consolidación del castigo penitenciario, lo vinculan inexorablemente al proceso paralelo de consolidación del trabajo asalariado y formación de una fuerza laboral disciplinada. En segundo lugar, muestro cómo la crítica que se hace a la emergencia simultánea del castigo penitenciario y la formación de la clase trabajadora, parece disolverse en el discurso jurídico liberal que convierte al trabajo penitenciario en un derecho del condenado, en su forma de redención y promesa de reintegración social futura. De la crítica al trabajo, como forma de castigo y rehabilitación, se pasa a su reivindicación y reclamo por parte del condenado bajo el lenguaje de los derechos.

2. EL TRABAJO Y EL CASTIGO

La emergencia del sistema penitenciario occidental se vincula con la formación paralela de nuevas formas de control y utilización de la fuerza laboral. Esta perspectiva se desprende de estudios más generales sobre los orígenes históricos del sistema penitenciario en Europa y su relación con el abandono del feudalismo y la transición al sistema capitalista. En estas interpretaciones, los distintos sistemas punitivos son considerados como un factor, entre otros, que depende de las relaciones económicas y que contribuye a la formación de una clase tra-

indiana a la propiedad territorial y su influencia sobre el mestizaje”, *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 1969, 4, págs. 35-61.

⁶ Para una crítica al discurso liberal de los derechos como forma de emancipación, véase KARL MARX, *La cuestión judía y otros escritos*, C. S., Buenos Aires, 1999.

bajadora indispensable para el florecimiento del moderno capitalismo europeo. Las raíces del sistema penitenciario moderno se hunden en el mercantilismo, mientras que su promoción y definición ideológica serían tareas de la ilustración⁷.

La emergencia paralela del trabajo organizado en el modelo fabril y del castigo organizado bajo la forma penitenciaria ha sido rastreada en varios trabajos. Así, SPIERENBURG⁸ considera que la primera prisión europea es la *raphouse* de Ámsterdam que fue creada en 1597 en un viejo convento con no más de doce prisioneros. En su opinión el modelo de la *House of Correction*, que se encargaba de la corrección y contención de los vagabundos y campesinos pobres desposeídos, se convirtió en uno de los principales pilares para la construcción de los nacientes Estados nacionales europeos. En efecto, durante dicho periodo histórico otras ciudades europeas tenían necesidades similares de control social relacionadas con los cambios vertiginosos en el sistema productivo que, a su vez, se reflejaban en ataques a la propiedad por vagabundos y campesinos sin tierra. Estas circunstancias facilitaron la rápida expansión del modelo.

Para SLICE⁹ las *Houses of Correction* fueron de hecho una invención inglesa, la primera creada en Bristol en 1571, aunque coincide en señalar que estas instituciones tenían como objetivo el control y confinamiento de las clases más pobres de la sociedad, vagabundos, ladrones y vasallos alejados de la tierra¹⁰. A pesar de las diferencias entre los distintos autores sobre el momento y lugar donde emergió la primera prisión y su relación con el control del trabajo —FOUCAULT sostiene que no fue sino hasta 1840 en Mettray¹¹—, los relatos dominantes coinciden en señalar que la prisión es un mecanismo que hunde sus raíces en la transformación de las relaciones sociales y económicas que dieron paso al sistema capitalista y no en la evolución de las ideas

⁷ ROGER MATTHEWS, *Doing Time: An Introduction to the Sociology of Imprisonment*, Londres, Macmillan Press, 1999, pág. 5.

⁸ PIETER SPIERENBURG, "From Amsterdam to Auburn: An Explanation of the Rise of the Prison in Seventeenth-Century Holland and Nineteenth Century America", *Journal of Social History*, 1987, 20, 3, págs. 439-461.

⁹ AUSTIN VAN DER SLICE, "Elizabethan Houses of Correction", en *Imprisonment: European Perspectives*, editado por John Muncie y Richard Sparks, Harvester Wheatsheaf, Nueva York, 1991, págs. 30-45.

¹⁰ *Ibidem*, 38.

¹¹ MICHEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, Bogotá, Siglo XXI, 1989, pág. 293.

y valores morales¹². Como lo indica FOUCAULT, la prisión como castigo no es hija del derecho: “Que la prisión no es la hija de las leyes, ni de los códigos, ni del aparato judicial; que no está subordinada al tribunal como el instrumento dócil o torpe de las sentencias que da y de los esfuerzos que quisiera obtener; que es él, el tribunal, el que es, por relación a ella, exterior y subordinado”¹³.

A) Miseria y crimen

Ha de haber algo putrefacto en la médula misma de un sistema social que aumenta su opulencia sin reducir su miseria, y aumenta en crímenes más aun rápidamente que en números.

KARL MARX, *Crimen y pauperismo*.

La introducción de la perspectiva político-económica en el análisis de los sistemas punitivos europeos se presenta, principalmente, con los trabajos de RUSCHE¹⁴ y RUSCHE y KIRCHHEIMER¹⁵ en sus estudios clásicos sobre la relación entre el mercado de trabajo y los sistemas punitivos. Para estos autores, el castigo como tal no existe, solo existen sistemas concretos de castigo y prácticas específicas de criminalidad

¹² Para DURKHEIM el castigo se relaciona fundamentalmente como los sentimientos y el fortalecimiento de los valores socialmente compartidos. En cada comunidad humana existe un conjunto de creencias y valores que son compartidos de manera general. Dichos sentimientos que denomina conciencia colectiva, son independientes de los individuos y tienen su propia existencia. La naturaleza del castigo yace entonces en la protección de la conciencia colectiva frente a las desviaciones individuales. El castigo sería entonces una respuesta emotiva organizada. DAVID GARLAND, *Punishment and Modern Society*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pág. 32. De acuerdo con esta visión evolutiva tanto de las formas sociales como de los sistemas punitivos, en aquellas sociedades que presentan una división del trabajo social altamente estructurada, la principal forma de regulación es el derecho civil y laboral. En este sentido, la intensidad del castigo y la presencia del derecho penal variarán de acuerdo con el tipo de desarrollo de la división del trabajo social: “The severity of punishment is greater where societies are of a less advanced type and where the central power is more absolute in character”. Durkheim, Emile, “Two Laws of Penal Evolution”, en *The Sociology of Punishment*, editado por Dario Melossi y Darmouth, Aldershot, 1998, págs. 3-31.

¹³ MICHEL FOUCAULT, 1989, *ibidem*, pág. 293.

¹⁴ GEORGE RUSCHE, “Labor Market and Penal Sanction: Thoughts on the Sociology of Criminal Justice”, en *Imprisonment*, editado por George Matthews y Darmouth Ashgate, 1999, págs. 2-8.

¹⁵ GEORG RUSCHE y OTTO KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis, 1984.

que dependen de las condiciones materiales de existencia de cada momento histórico. De acuerdo con esta perspectiva, “Para el propósito de ofrecer un enfoque más fructífero de la sociología de los sistemas punitivos, resulta necesario despojar a las instituciones sociales dedicadas a la ejecución de las penas, de sus velos ideológicos y apariencias jurídicas y describirlas en sus relaciones reales [...] La pena no es ni una simple consecuencia del delito, ni su cara opuesta, ni un simple medio determinado para los fines que han de llevarse a cabo; por el contrario, debe ser entendida como un fenómeno social independiente de los conceptos jurídicos y los fines”¹⁶. De esta manera, tanto el carácter como la utilización del castigo se relacionan estrechamente con las formas de manejo y control de la fuerza laboral. Así, por ejemplo, el destierro de prisioneros a las colonias, un castigo común en este momento histórico, tenía poco que ver con la ideología penal (cómo se justifica el destierro), sino con la necesidad creciente de mano de obra dentro del dominio colonial¹⁷. Tan pronto como las necesidades productivas fueron satisfechas, el uso del destierro disminuyó hasta convertirse en una forma casi arcaica de castigo. De este modo, las formas concretas de castigo se vinculan con la escasez o exceso de fuerza laboral y se moldean en función de los requerimientos de fuerza laboral en el modo de producción en un periodo histórico particular. La forma que adopta el castigo, por lo tanto, se relaciona fundamentalmente con las fluctuaciones en el mercado de trabajo, con la escasez o abundancia de cuerpos y mano de obra:

there is in all societies in which workers are scarce a tendency away from corporal punishment and the extermination of the criminal. Where the criminal's labor is valuable, exploitation is preferred to capital punishment, and forced labor is the corresponding mode of punishment¹⁸.

En el capitalismo, las condiciones específicas de reclusión desempeñan un papel clave en el control del ejército industrial de reserva. En la medida en que no existe una diferencia significativa entre el valor de una mercancía ordinaria y el valor del trabajo del proletariado ex-

¹⁶ *Ibidem*, pág. 3.

¹⁷ En el mundo colonial americano, por ejemplo, la diferencia en el tratamiento penal de las conductas cometidas por afrodescendientes e indígenas se desprendía de una política de conservación demográfica más amplia, que tenía como fin principal lograr la protección y reproducción de la población indígena tras el declive demográfico que tuvo lugar durante las primeras fases de la conquista.

¹⁸ GEORG RUSCHE, 1999, *ibidem*, pág. 33.

presado en la forma salario, el valor del trabajo buscaría únicamente la producción y reproducción del proletariado en cuanto tal. El trabajo es una mercancía y su valor es expresado en los mismos términos. Por esto, sostienen RUSCHE y KIRCHHEIMER, si las condiciones de vida ofrecidas por la prisión fuesen mejores, o al menos iguales, que las del mundo exterior, el obrero precarizado no encontraría obstáculo alguno para saciar sus necesidades básicas a través del crimen: “One can also formulate this propositions as follows: all efforts to reform the punishment of criminals are inevitability limited by the situation of the lowest socially significant proletarian class which society wants to deter from criminal acts”¹⁹.

Este principio, que en su opinión gobierna las condiciones materiales del castigo realmente existente, es denominado como *principio de menor elegibilidad*, es decir, por el hecho de que las condiciones de vida en la prisión nunca deben ser mejores a las del sector más pobre y desposeído de la sociedad: “According to our heuristic maxim, we should assume that in the interest of deterring these classes, punishment must mean a hell which they would not voluntarily exchange for their living conditions”²⁰. Desde esta perspectiva las peticiones en torno a la normalización de la vida penitenciaria serían utopías irrealizables en la medida en que la prisión debe establecer una diferencia significativa para el proletariado entre las condiciones de vida del encierro y las de la sociedad externa.

B) Cárcel y fábrica

La analogía entre prisioneros y trabajadores, entre castigo y trabajo, se observa con nitidez en el análisis de MELOSSI y PAVARINI sobre la emergencia simultánea del modelo de producción basado en la fábrica y del modelo de castigo basado en la penitenciaría. Según estos autores, uno de los principales objetivos del castigo penitenciario es la transformación de los criminales en futuros trabajadores respetuosos de la ley. Teniendo en cuenta la diferencia de clases, la lucha constante entre los dueños de los medios de producción y las clases desposeídas, la prisión funciona como un instrumento clave para el manejo del proletariado que ha caído en la desviación, bien sea a través del crimen, de la vagancia o la sumisión en el vicio. La prisión debe enseñarles las virtudes propias del buen trabajador y su función será la produc-

¹⁹ *Ibidem*, pág. 33.

²⁰ *Ibidem*, pág. 36.

ción de fuerza de trabajo: “The penitentiary, therefore, is like a factory producing proletarians, not commodities”²¹.

Gracias a la inmersión del prisionero en el marco ideológico burgués que naturaliza la posición del proletariado en el sistema económico, el castigo penitenciario no solo disuadiría del crimen, sino que reinseriría al futuro individuo libre en su lugar original como vendedor de fuerza laboral. Así, la prisión como forma de castigo, es el instrumento que hace posible la adopción del mundo burgués por parte de la clase trabajadora:

Prison as a coercive instrument thus has a precise objective: in reasserting bourgeois social order (the clear distinction between the world of property owners and the world of the propertyless) the criminal (propertyless) must be educated (or re-educated) into a *socially safe proletarian*, that is, the criminal must learn to accept being propertyless without threatening property²².

Las fábricas son entonces metáforas de la prisión y viceversa. La organización ideológica del mundo penitenciario se moldeó con base en el modelo productivo de la fábrica. Por medio de la educación de los prisioneros en las virtudes que hacen del ser humano un buen trabajador, no solo se fortalece la división de clases, sino que se produce un cuerpo de trabajadores bien entrenados y moralmente correctos. La burguesía alcanza dos objetivos diferentes usando el mismo dispositivo: protege su capital y posición, al tiempo que forma buenos trabajadores, respetuosos del reglamento interno: “The ideological meaning of this complex reality can be summarized by the attempt to rationalize and conceptualize a dual analogy: *prisoners must be workers, workers must be prisoners*”²³.

De esta manera, el castigo penitenciario reafirma el mundo burgués al convertir el trabajo en una forma de terapia y rehabilitación²⁴. Como

²¹ DARIO MELOSSI y MASSIMO PAVARINI, *The Prison and the Factory. Origins of the Penitentiary System*, Londres, The Macmillan Press, 1981, pág. 145.

²² *Ibidem*, págs. 148-149.

²³ *Ibidem*, pág. 188.

²⁴ En este sentido, vale la pena mencionar la criminalización del ocio y el uso del tiempo libre bajo la figura de la legislación contra vagos y maleantes. La desocupación, el hecho de no encontrar actividad alguna, eran circunstancias que permitían presumir la calidad de vago. Así lo establecía, en el caso colombiano, la Ley 48 de 1936, en los siguientes términos: “Artículo 1°. Se presume que son vagos: el que habitualmente y sin causa justificativa no ejerce ocupación u oficio lícito o tolerado, y cuyos en antecedentes den fundamento para considerarlo como elemento perjudicial a la sociedad. El que

lo señalan claramente MELOSSI y PAVARINI, el sentido último de la prisión es “to reproduce *bourgeoisie social order* even in the most restricted social spaces”²⁵. La experiencia penitenciaria convierte a los sujetos que escaparon del vínculo laboral en *sujetos de pura necesidad* y al mismo tiempo les enseña a aceptar su posición futura, a desealarla. La miseria penitenciaria hace añorar el trabajo asalariado. El discurso sobre el carácter terapéutico y rehabilitador del castigo penitenciario no se distancia de su origen capitalista: “This implies that the rehabilitational imagination has lived its life within a very traditional, *bourgeois*, frame of reference”²⁶.

C) *Disciplina, castigo y trabajo*

El trabajo por el cual el recluso subviene a sus propias necesidades convierte al ladrón en obrero dócil. Y aquí es donde interviene la utilidad de una retribución por el trabajo penal; impone al detenido la forma “moral” del salario como condición de su existencia.

MICHEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar*.

Los trabajos de FOUCAULT sobre las relaciones entre las formas jurídicas, el saber y el poder han abierto una nueva, y al mismo tiempo ya clásica perspectiva, acerca de las relaciones entre el castigo y la transformación de los seres humanos en fuerza laboral dócil y productiva. El castigo penitenciario, sostiene, se ha convertido en la forma más importante de penalidad debido a su papel central en la formación de la sociedad disciplinaria. Desde su perspectiva, el nacimiento de la prisión no encuentra su explicación en el progreso de las ideas humanitarias que intentan limitar el poder punitivo del Estado; mejor, “es una mutación técnica”²⁷, un cambio en las técnicas punitivas que puede localizarse “in the moment where it became understood that it was more efficient and profitable in terms of the economy of power to place people under surveillance than to subject them to some exemplary

habitualmente y sin causa justificativa se dedique a la mendicidad”. Para un análisis del contexto administrativo en que se enmarcaron estas políticas, véase MIGUEL MALAGÓN, *Vivir en policía*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

²⁵ MELOSSI y PAVARINI, *ibidem*, pág. 188.

²⁶ THOMAS MATHIESEN, *Prison on Trial*, Winchester, Waterside Press, 2000, pág. 41.

²⁷ MICHEL FOUCAULT, 1999, *ibidem*, pág. 257.

penalty”²⁸. Igualmente, MICHEL FOUCAULT explica dicha “mutación técnica” que da lugar a la prisión y a los demás dispositivos de saber y poder que constituyen la “sociedad disciplinaria” en virtud de un profundo cambio en las relaciones productivas durante la transición al capitalismo que puso la riqueza de la naciente burguesía en manos de los operarios desposeídos²⁹.

La sociedad disciplinaria no se basa primordialmente en la ley y en la producción jurídica. Aunque las formas jurídicas, los códigos, las leyes, las constituciones siguen siendo aparentemente los principales recursos e instituciones de regulación social, en realidad estaríamos frente a “una fase de regresión de lo jurídico”³⁰ en la que el derecho funcionaría principalmente como un mecanismo que hace “aceptable un poder esencialmente normalizador”³¹. Así, las disciplinas constituirían la capa más baja, oculta, “el subsuelo de las libertades formales y jurídicas”³² que no solo las cimentaría sino que poco las penetra para convertirlas en su propia base.

Debido a que la disciplina está constituida por una serie de métodos que permiten el control “minucioso de las operaciones del cuerpo, que garantizan la sujeción constante de sus fuerzas y les imponen una relación de docilidad-utilidad”³³, la prisión aparece como la forma perfecta de castigo. No solo es un ejercicio racional del poder punitivo del Estado, sino que asume un carácter humanitario y transformador de los miembros desviados del cuerpo social: “Este doble fundamento — jurídico-económico de una parte, técnico-disciplinario de otra— ha hecho aparecer la prisión como la forma más inmediata y más civilizada de todas las penas. Y es este doble funcionamiento el que le ha dado inmediatamente su solidez”³⁴. Los principios que orientan los reglamentos internos del mundo penitenciario no son cualitativamente distintos a aquellos que gobiernan otras instituciones sociales como las escuelas, los hospitales y la fábrica:

²⁸ MICHEL FOUCAULT, “Prison Talk”, en *Power and Knowledge. Selected Interviews and other Writings 1972-1977*, editado por Colin Gordon, New York, The Harvester Wheatsheaf, 1980, págs. 37-54.

²⁹ MICHEL FOUCAULT, 1989, *ibidem*.

³⁰ MICHEL FOUCAULT, *Historia de la sexualidad. I La voluntad de saber*, Bogotá, Siglo XXI, 1991, pág. 175

³¹ FOUCAULT, *ibidem*, 1991, pág. 175.

³² FOUCAULT, *ibidem*, 1989, pág. 225.

³³ FOUCAULT, *ibidem*, 1989, pág. 141.

³⁴ MICHEL FOUCAULT, 1989, *ibidem*, pág. 213.

¿Cómo no sería la prisión inmediatamente aceptada, ya que no hace al encerrar, al corregir, al volver dócil, sino reproducir, aunque tenga que acentuarlos un poco, todos los mecanismos que se encuentran en el cuerpo social? La prisión: un cuartel un tanto estricto, una escuela sin indulgencia, un taller sombrío; pero, en el límite, nada de cualitativamente distinto”³⁵.

Estos trabajos seminales sobre las relaciones entre el castigo y el trabajo se basan en la utilización del sistema punitivo bien como una herramienta de control, disciplina y constitución del proletariado o como un instrumento de gestión de las clases y grupos sociales menos favorecidos dentro del sistema capitalista. Las anteriores interpretaciones suministraron el marco general para una aproximación a los sistemas punitivos y de control social que hace énfasis en el comportamiento del sistema económico, las fluctuaciones en el mercado laboral y en los sistemas de control del proletariado. En este sentido, en relación con el mercado laboral el sistema punitivo cumpliría tres funciones principales. En primer lugar, compensaría las imperfecciones del mercado incrementando los incentivos para vincularse a un puesto laboral legítimo, incluso en condiciones precarias. En segundo lugar, fortalecería la división entre los miembros respetables y no respetables del proletariado señalando simbólicamente y materialmente el peligro que supone la no participación en el mercado laboral. Por último, asumiría el control de aquellos que por su marginalización económica o social no pueden competir en el mercado y que no son insertados en el sistema de bienestar³⁶. La actual situación de encarcelamiento masivo es descrita, por ejemplo, como una administración punitiva de la pobreza³⁷ o como una dictadura sobre los pobres³⁸. A pesar de sus diferencias de énfasis y perspectivas, las interpretaciones brevemente reseñadas estudian la incidencia de los sistemas punitivos en la creación de un tipo de subjetividad específica, esto es, la constitución de los individuos como un “proletariado socialmente seguro”³⁹ o en la transformación de la “vida de los hombres en fuerza productiva”⁴⁰.

³⁵ *Idem, ibidem*,

³⁶ MATTHEWS, *ibidem*, pág. 49.

³⁷ IÑAKI RIVERA, “State form, labour market and penal system. The new punitive rationality in context”, *Punishment and Society*, 2005, 7 (2), págs. 167-182.

³⁸ LOIC WACQUANT, *Las cárceles de la miseria*, Madrid, Alianza, 2002. Igualmente, LOIC WACQUANT, “Toward a Dictatorship of the Poor? Notes on the Penalization of Poverty in Brazil”, *Punishment & Society*, 2003, 5(2), págs. 197-205.

³⁹ MELOSSI y PAVARINI, *ibidem*, págs. 148-149.

⁴⁰ MICHEL FOUCAULT, 1989, *ibidem*, pág. 255.

D) *Transformaciones laborales globales y castigo*

Recientemente, algunos estudios analizan el funcionamiento del sistema punitivo en función de las mutaciones en el sistema económico y político generadas por la globalización económica y el posfordismo⁴¹. La sobrerrepresentación de extranjeros en los sistemas penitenciarios occidentales ha abierto nuevamente el debate sobre las relaciones entre el castigo y el trabajo. Desde esta perspectiva, se habla de la presencia de nuevas racionalidades punitivas que emergen como consecuencia directa de la crisis del Estado de bienestar y del modelo de trabajo fordista basado en un puesto laboral estable hasta el retiro, el crecimiento económico y la seguridad social. La deslocalización de la producción, la generalización del trabajo inestable y precario, la creciente pérdida de protagonismo de las políticas sociales afectarían igualmente el sentido del castigo y de los métodos de control social⁴². Las migraciones laborales globales Sur-Norte, encontrarán en la criminalización del inmigrante trabajador indocumentado su principal forma de gestión⁴³.

Para WACQUANT, el “ascenso del estado penal” en Estados Unidos, y su expansión como nueva forma de entender la relación entre pobreza, precariedad y criminalidad, muestra la puesta en marcha de “una política de criminalización de la miseria que es el complemento indispensable de la imposición del trabajo asalariado precario y mal pagado como obligación ciudadana”⁴⁴. Así, la reducción del Estado de bienestar pregonada por el neoliberalismo es compensada con un fortalecimiento del Estado penal que ahora asume la tarea de gestionar y controlar la pobreza causada, precisamente, por la menor presencia estatal en el ámbito económico y social; tal es la “paradoja de la penalidad neoliberal”⁴⁵. El hecho de que las personas negras —y de

⁴¹ ALESSANDRO DE GIORGI, “Immigration control, post-Fordism, and less eligibility: A materialist critique of the criminalization of immigration across Europe”, *Punishment & Society*, 2010, 12, págs. 147-167.

⁴² RIVERA, *ibidem*.

⁴³ DARIO MELOSSI, “In a peaceful life: Migration and the crime of modernity in Europe/Italy”, *Punishment & Society*, 2003, 5 (4), págs. 371-397; CATHERINE DAUVERGNE, *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; IKER BARBERO, *Las transformaciones del Estado y del derecho ante el control de la inmigración*, Bilbao, Ikuspegi, 2010.

⁴⁴ LOÏC WACQUANT, 2002, *ibidem*, pág. 96.

⁴⁵ LOÏC WACQUANT, “Toward a dictatorship of the poor? Notes on the penalization of poverty in Brazil”, *Punishment & Society*, 2003, 5 (2), pág. 198.

trabajadores extranjeros— se encuentren representadas de manera desproporcionada en las prisiones se debe a que en ellas, en opinión de WACQUANT, confluyen tres sistemas de fuerzas que determinan y alimentan la hiperinflación carcelaria. En primer lugar, la dualización del mercado laboral y la generalización del empleo precario; en segundo lugar, el desmantelamiento de los programas de asistencia pública para los miembros menos afortunados de la sociedad y, en tercer lugar, la crisis del gueto como instrumento de control⁴⁶.

Cuando se ocupa del caso de los extranjeros en las prisiones de Europa, WACQUANT parte de la hipótesis de que “si las mismas causas producen las mismas consecuencias”, teniendo en cuenta que Europa occidental ha decidido recorrer el sendero del “manejo punitivo de la pobreza y la desigualdad” apoyándose en el sistema penitenciario, asegura que los “extranjeros y cuasi extranjeros serían los negros de Europa”⁴⁷. Así, el extranjero se ve en el dilema de aceptar la precariedad laboral o la criminalidad. En el caso de los extranjeros el factor *nacional* los haría más vulnerables en ciertos aspectos como, por ejemplo, que ante una infracción igual se acuda “a la sentencia de prisión firme cuando el condenado no tiene la nacionalidad”⁴⁸. La nacionalidad, aunque incide en la situación, no tendría tanto como peso como la posición de la persona en el sistema productivo y el factor racial:

La prisión y la marca que deja participan así activamente en la fabricación de una categoría europea de “sub-blancos” cortada a medida para justificar un deslizamiento represivo en la gestión de la miseria que, por efecto de halo, tiende a aplicarse a la totalidad de los estratos populares minados por el desempleo masivo y el empleo flexible, cualquiera que sea la nacionalidad⁴⁹.

Aunque, en el caso del migrante el permiso de residencia y el visado de trabajo no pasan de ser el resultado de un simple trámite administrativo, su posesión o carencia surte efectos determinantes en lo que se

⁴⁶ LOÏC WACQUANT, “Suitable enemies: Foreigners and immigrants in the prisons of Europe”, *Punishment & Society*, 1999, 1 (2), págs. 215-216.

⁴⁷ WACQUANT, 1999, *ibidem*, pág. 216. Desde el punto de vista operativo el racismo ha supuesto una “etnización” de la fuerza laboral y que, por ello, “en todas las épocas ha existido una jerarquía de ocupaciones y remuneraciones que se relaciona con supuestos criterios sociales”. IMMANUEL WALLERSTEIN, “The Ideological Tensions of Capitalism: Universalism versus Racism and Sexism”, en *Race, Nation, Class: Ambiguous Identities*, editado por Etienne Balibar e Immanuel Wallerstein, Londres, Verso, 1991, pág. 33.

⁴⁸ LOÏC WACQUANT, 2002, *ibidem*, pág. 110.

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 114.

refiere a su protección frente a la criminalización y explotación laboral. La gestión de los visados de trabajo y los permisos de estancia permiten, en el caso del mercado laboral, contar una suerte de “ejército de reserva delincencial” y satisfacer con flexibilidad las necesidades del sistema productivo⁵⁰. La rigidez del mercado laboral nacional favorece la “contratación” de inmigrantes a pesar de las altas tasas de desempleo dentro de la mano de obra local. Esta relación entre la tolerancia mostrada por las bajas tasas de deportaciones y la criminalización, hace que la persona extranjera indocumentada se vea penalizada a través de su explotación laboral⁵¹. En este caso, la explotación laboral es el castigo a la irregularidad.

3. EL TRABAJO COMO DERECHO DEL CONDENADO

La importancia del castigo como instrumento para la formación del proletariado y la extracción de fuerza laboral de los condenados parece languidecer cuando se observa la poca incidencia del trabajo carcelario en el sistema productivo. En efecto, en la mayoría de los sistemas penitenciarios contemporáneos los internos ven cómo su vida se consume en el ocio y la inactividad. El aumento vertiginoso de las tasas de encarcelamiento a escala mundial se traduce en un hacinamiento exacerbado y en la imposibilidad de vincular a los condenados a los programas de redención de pena a través de su participación en actividades laborales. El carácter superfluo del trabajo carcelario, desde el punto de vista económico, contrasta con su centralidad en el discurso jurídico liberal, como derecho del condenado.

La transformación del castigo penitenciario en un complejo industrial, unido a los impulsos globales que buscan la privatización del sector para allanar el terreno a las megaprisiones de máxima seguridad⁵², así como las interpretaciones que sostienen que el encarcelamiento masivo se articula con el moldeamiento de un nuevo mercado de trabajo con efectos devastadores sobre las minorías raciales⁵³, son

⁵⁰ KITTY CALAVITA, “A ‘Reserve Army of Delinquents’. The Criminalization and Economic Punishment of Immigrants in Spain”, *Punishment & Society*, 2003, 5(4), págs. 399-413.

⁵¹ *Ibidem*, pág. 407.

⁵² JULIA SUDBURY, *Global Lockdown. Race, Gender, and the Prison Industrial Complex*, Nueva York, Routledge, 2005.

⁵³ DEVAH PAGER, *Marked. Race, Crime and Finding Work in an Era of Mass Incarceration*, Chicago, The University of Chicago Press, 2007.

algunas de las principales tendencias que intentan relacionar al trabajo con el castigo.

En todo caso, de manera paralela a la relativa pérdida de importancia del trabajo penitenciario, su marco de regulación crece y se hace cada vez más complejo. Contemporáneamente, la importancia del trabajo penitenciario parece yacer en el sostenimiento y legitimación de las funciones formales asignadas a él por el discurso jurídico penal, esto es, la enmienda y rehabilitación del condenado como fines de la penalidad estatal. El trabajo pasa a convertirse entonces en el derecho del condenado a su propia enmienda.

A) *El trabajo del condenado*

La historia del derecho del trabajo es uno de los episodios en la lucha del hombre por la libertad, la dignidad personal y social y por la conquista de un mínimo de bienestar, que a la vez que dignifique la vida de la persona humana, facilite y fomente el desarrollo de la razón y de la conciencia.

MARIO DE LA CUEVA, *Historia del derecho del trabajo.*

Y esta lucha por la libertad que menciona DE LA CUEVA parece haber alcanzado el interior de las prisiones. En efecto, la regulación del trabajo penitenciario, como forma de regular el poder punitivo del Estado y su capacidad para extraer de manera ilimitada la fuerza laboral cautiva, ha dado lugar a la juridificación del trabajo penitenciario. El lenguaje con el cual se hace inteligible el trabajo realizado por los prisioneros es el jurídico. Esta juridificación del trabajo penitenciario se observa en los principales instrumentos internacionales que proscriben toda forma de trabajo forzoso u obligatorio como el Convenio 29 de 1930 y 105 de 1957 de la Organización Internacional del Trabajo. Especialmente relevante para el análisis que se desarrolla en este texto, resultan las previsiones de estos convenios que no proscriben el trabajo penitenciario; de hecho, lo permiten siempre que se encuentre sometido a restricciones. Así, por ejemplo, el artículo 2º del Convenio 29 excluye de su ámbito de aplicación a “c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial”, siempre y cuando “este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares,

compañías o personas jurídicas de carácter privado”. Por su parte, el Convenio 105 parece reiterar la perspectiva anterior, proscribiendo el trabajo como forma de castigo por determinadas conductas como “manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido” (lit. A, art. 1º) o “como castigo por haber participado en huelgas”, según lo establecido en el *literal d* del mismo artículo. El trabajo penitenciario, pues, pasa a ser no un asunto de crítica como lo expone la teoría social reseñada, sino un asunto de regulación. Tal es, como lo señala la propia Organización Internacional del Trabajo, la complejidad del trabajo penitenciario:

The core questions of coercion, imposition of penalties and withdrawal of privileges assume an entirely different significance in situations in which people are deprived of their liberty by virtue of their imprisonment. Some of the most difficult policy and ethical issues deal with work performed by prisoners, since not all of it is prohibited forced labour⁵⁴.

Y esta intención de convertir al trabajo en forma de rehabilitación y derecho del condenado, al tiempo que intenta limitarse la explotación de la fuerza de trabajo del prisionero, se muestra con claridad en las reglas Nelsón Mandela

Regla 96 1. Los reclusos penados tendrán la oportunidad de trabajar y participar activamente en su reeducación, previo dictamen de aptitud física y mental emitido por un médico u otro profesional de la salud competente. 2. Se proporcionará a los reclusos un trabajo productivo que sea suficiente para que se mantengan ocupados durante una jornada laboral normal. Regla 97 1. El trabajo penitenciario no será de carácter afflictivo. 2. No se someterá a los reclusos a esclavitud o servidumbre. 3. No se obligará a ningún recluso a trabajar en beneficio personal o privado de ningún funcionario del establecimiento penitenciario [...]. Regla 99 1. La organización y los métodos de trabajo en el establecimiento penitenciario se asemejarán todo lo posible a los que se apliquen a un trabajo similar en el exterior, a fin de preparar a los reclusos para la vida laboral normal. 2. No obstante, no se supeditará el interés de los reclusos y de su formación profesional al objetivo de lograr beneficios pecuniarios de una industria penitenciaria⁵⁵.

⁵⁴ Organización Internacional del Trabajo, “Stopping Forced Labour. Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work”, International Labour Conference, 89th Session 2001, Report I (B).

⁵⁵ UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contras las Drogas y el Delito. “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson

B) *El derecho al trabajo del condenado*

En el ámbito nacional, en este caso el colombiano, la tensión que se mencionó parece resolverse acudiendo a una conversión del trabajo penitenciario en un derecho del condenado. De acuerdo con el discurso jurídico sobre la persona presa, una de las principales consecuencias del encierro es la necesaria pérdida conceptual y fáctica de ciertos bienes jurídicos propios de la vida en libertad⁵⁶. De hecho, el contenido mismo de la pena es la pérdida de un derecho, la libertad. El castigo, en este sentido, recae sobre la categoría del sujeto de derechos y, por ello, su objeto son los atributos legales de este⁵⁷. El quebrantamiento de la ley supone, en consecuencia, la disminución o debilitamiento del estatus jurídico de las personas presas por medio de la suspensión temporal de ciertos bienes jurídicos, aunque “la relación especial de sometimiento que mantienen con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos de derechos”⁵⁸. El recluso es un sujeto parcialmente activo de derechos. A pesar de mantener su calidad de sujeto de derechos en ámbitos especiales como el derecho a la vida, ve impotente cómo su “patrimonio jurídico” funciona como prenda de la deuda que tiene con la ley que ha roto. Algunos derechos fundamentales del prisionero constituyen la prenda general para la satisfacción de los créditos retribucionistas. En palabras de la Corte “según la doctrina constitucional, la relación de especial sujeción que tiene la persona reclusa con el

Mandela)”. Asamblea General, resolución 70/175, anexo, aprobado el 17 de diciembre de 2015.

⁵⁶ LIBARDO JOSÉ ARIZA, “La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia”, en *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Daniel Bonilla y Manuel Iturralde (eds.), Bogotá, Universidad de los Andes, 2005, págs. 283-328; LIBARDO JOSÉ ARIZA, “Reformando el infierno. Los tribunales y la transformación del campo penitenciario en América Latina”, en *Los muros de la infamia. Prisiones en Colombia y América Latina*, L. J. Ariza y M. Iturralde (autores), Bogotá, Universidad de los Andes, Colección Estudios Cijus, 2011, págs. 18-108; LIBARDO JOSÉ ARIZA, “Economic and Social Rights, Prisons, and the Colombian Constitutional Court”, en *Constitutionalism of the Global South*, editado por Daniel Bonilla, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

⁵⁷ Según FOUCAULT la representación de la pena como suspensión de la libertad cuantificada en tiempo, es una de las características discursivas que explica, en parte, el éxito inalterable de la prisión en los últimos siglos: “¿Cómo podría dejar de ser la prisión la pena por excelencia en una sociedad en que la libertad es un bien que pertenece todos de la misma manera y al cual está apegado cada uno por un sentimiento ‘universal y constante’?” (*ibidem*, 1989, pág. 234).

⁵⁸ Corte Const., sent. T-596 de 1992.

Estado, implica la suspensión absoluta de ciertos derechos pero, sin embargo, no apareja una restricción total de su patrimonio jurídico⁵⁹. De esta forma, el capital jurídico del recluso no se agota aunque su ciudadanía pierda intensidad. La disminución del patrimonio legal del convicto se hace en aspectos específicos, lo que le permite al sistema penitenciario seleccionar estratégicamente los bienes que deben ser administrados, así como la forma como lo anterior puede ser realizado, todo en función de la retórica de la rehabilitación y el mantenimiento de niveles mínimos de legitimidad del sistema. Así, el prisionero “a pesar de tener suspendido su derecho a la libertad física, aún es titular y ejerce sus otros derechos fundamentales, los cuales solo pueden ser restringidos en menor o mayor magnitud debido a su nexa con la reclusión, pero permanecen intactos en su núcleo esencial”⁶⁰. Los derechos que se suspenden, en consecuencia, son aquellos que constituyen el carácter mismo de la sanción penal, esto es, la pérdida del derecho a la libertad física y la reducción de la ciudadanía a través de la negación de los derechos políticos. Los demás quedan supeditados a la buena gerencia del sistema penitenciario.

Dentro del “patrimonio jurídico” del recluso, algunos bienes permanecen inmunes a los deseos crediticios del sistema legal. Dichos derechos son aquellos que se refieren a la protección de la existencia física de la persona presa y al mantenimiento del principio de legalidad, especialmente en la protección del debido proceso dentro del penal⁶¹. Así, se protegen los derechos que garantizan la conservación del cuerpo y el funcionamiento regular de ciertos procedimientos que aseguren la legitimidad del sistema legal por medio del respeto del principio de legalidad. De hecho, la jurisprudencia de la Corte Constitucional reconoce que los reclusos cuentan con la posibilidad, incluso, de exigir la efectiva implementación dentro del penal de aquellos derechos que mantienen una vigencia plena. En palabras de la Corte “del derecho pleno del interno a la vida, la integridad física y a la salud se derivan importantes consecuencias jurídicas para la administración penitenciaria que pueden ser descritas como deberes. Entre ellos se encuentra el deber de trato humano y digno, el deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene y lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber

⁵⁹ Corte Const., sent. T-966 de 2000.

⁶⁰ Corte Const., sent. T-065 de 1995.

⁶¹ Corte Const., sent. T-324 de 1995.

de asistencia médica y el derecho al descanso nocturno, entre otros”⁶². Los anteriores naturalmente son derechos que en el mundo libre no gozan de eficacia —porque esta se excluye allí discursivamente—, mientras que en el mundo del encierro siempre se mueven en el terreno del incumplimiento —porque la realidad del castigo excluye su vigencia—. Para la Corte, es una utopía pretender que los derechos fundamentales de las personas presas gocen de las prerrogativas de las que disfrutaban los ciudadanos libres: “La situación especial en que se halla el peticionario —una cárcel— hace que sea imposible que su derecho a la intimidad tenga el mismo alcance que en situaciones de plena normalidad”⁶³.

Lo anterior puede ser apreciado, igualmente, en casos donde se protege el derecho al trabajo de los reclusos. La Corte trata de mantener la coherencia de un sistema caótico en aquellos casos en que —siempre en calidad de *dictum*— reitera la relación entre el trabajo y la rehabilitación del prisionero, pues teniendo en cuenta

la especial relación del trabajo con el núcleo esencial del derecho a la libertad de los presos, la administración penitenciaria tiene a su cargo el deber de procurarles, en la medida de las posibilidades, una actividad laboral como fórmula de superación humana y medio para conservar la libertad⁶⁴.

En la “medida de las posibilidades” los reclusos tratan de no ser devorados por el ocio que consume la vida cotidiana del presidio, por la ausencia casi absoluta de puestos de trabajo o medios educativos. La vigencia de los derechos, una vez más, queda condicionada a las posibilidades materiales del presidio. La dinámica de la cárcel, al final, es la que decide la vigencia efectiva de los derechos. En todo caso, la Corte defiende al “trabajo efectiva y materialmente realizado”⁶⁵ como parámetro para conceder la redención de pena y al salario como medio de subsistencia dentro de una prisión que, paradójicamente, debería satisfacer las necesidades básicas del recluso⁶⁶.

4. CONCLUSIÓN

Las consideraciones anteriores, en mi opinión, permiten plantear tres aspectos a tener en cuenta cuando se interpreta la relación entre

⁶² Corte Const., sent. T-596 de 1992.

⁶³ Corte Const., sent. T-501 de 1994.

⁶⁴ Corte Const., sent. T-601 de 1992.

⁶⁵ Corte Const., sent. T-009 de 1993.

⁶⁶ Corte Const., sent. T-263 de 1997.

castigo y trabajo penitenciario. En primer lugar, un aspecto histórico que se refiere a la explicación sobre la formación y emergencia paralela del sistema penitenciario y del sistema de producción fabril. Desde esta perspectiva, tanto la prisión como la fábrica emergerían de manera simultánea, buscando fines similares como la formación, control y disciplinamiento de la fuerza laboral. Lo anterior hace que desde el análisis histórico el castigo penitenciario equivalga al trabajo. En segundo lugar, un aspecto funcional que no se concentra tanto en desentrañar las raíces históricas de la relación entre castigo y trabajo, sino en considerar las relaciones concretas, y efectos, de la tasas de encarcelamiento con el mercado de trabajo. Así, el énfasis se situaría, por una parte, en evaluar la manera en que las mutaciones en el sistema productivo y el mercado de trabajo se verían reflejadas en el sistema penitenciario y, por otra parte, la posible incidencia del trabajo intramural en el mercado del trabajo libre.

Por último, y no por ello menos importante, se encontraría un aspecto jurídico ideológico, en el cual, y con independencia de las dos perspectivas anteriores, el trabajo del condenado se explicaría a través del lenguaje jurídico como un derecho. Y este derecho del condenado al trabajo encontraría su razón de ser en la redención (como forma de descontar pena y acelerar el retorno a la vida libre), en su promesa de rehabilitación (como medio de enmienda y transformación de la personalidad del interno) y, por último, en su función simbólica de legitimación del sistema penitenciario bajo la siempre fallida promesa de la resocialización del delincuente. En este sentido, el giro analítico podría dirigirse a analizar cuál es el sentido del trabajo penitenciario para los propios internos⁶⁷ y qué efectos concretos produce la vinculación a actividades laborales en el orden interno de las prisiones⁶⁸. La erradicación del ocio y la vagancia sería un asunto de gobierno vinculado al mantenimiento del orden interno del presidio y, a la vez, un asunto de legitimación jurídica de un sistema siempre en crisis gracias a la promesa del cumplimiento de los derechos del condenado.

BIBLIOGRAFÍA

ALBRECHT, HANS: "Ethnic Minorities, Crime and Criminal Justice in Germany" en *Ethnicity, Crime and Immigration*, editado por Michael Tonry, Chicago, The University of Chicago Press, 1997.

⁶⁷ ANTONIO MARTÍN ARTILES; FRANCESC GILBERT FAUSTO MIGUÉLEZ y RAMÓN DE ALÓS-MONER, *Trabajar en prisión*, Barcelona, Icaria Editores, 2007.

⁶⁸ ARIZA, 2011, *ibidem*.

- ARIZA, LIBARDO JOSÉ: “La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia”, en *Hacia un nuevo derecho constitucional*, editado por Daniel Bonilla y Manuel Iturralde, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.
- “Reformando el infierno. Los tribunales y la transformación del campo penitenciario en América Latina”, en *Los muros de la infamia. Prisiones en Colombia y América Latina*, L. J. Ariza y M. Iturralde, autores, Bogotá, Universidad de los Andes, Colección Estudios Cijus, 2011.
- “Dados sin números: un acercamiento al orden social en la cárcel La Modelo”, *Revista de Derecho Público*, 2011, 26.
- “Economic and Social Rights, Prisons, and the Colombian Constitutional Court”, en *Constitutionalism of the Global South*, editado por Daniel Bonilla, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- ARTILES, ANTONIO MARTÍN; FAUSTO MIGUÉLEZ, FRANCESC GILBERT y DE ALÓS-MONER, RAMÓN: *Trabajar en prisión*, Barcelona, Icaria Editores, 2007.
- BARBERO, IKER: *Las transformaciones del Estado y del derecho ante el control de la inmigración*, Bilbao, Ikuspegi, 2010.
- CALAVITA, KITTY: “A ‘Reserve Army of Delinquents’. The Criminalization and Economic Punishment of Immigrants in Spain”, *Punishment & Society*, 2003, 5 (4).
- CID, JOSÉ: “The Penitentiary System in Spain. The Use of Imprisonment, Living Conditions and Rehabilitation”, *Punishment & Society*, 2005, 7 (2).
- COOK, SHERBURNE y WOODROW BORAH: *Ensayos sobre historia de la población. México y el Caribe*, México, Siglo XXI, 1977.
- DE GIORGI, ALESSANDRO: “Immigration control, post-Fordism, and less eligibility: A materialist critique of the criminalization of immigration across Europe”, *Punishment & Society*, 2010, 12.
- DAUVERGNE, CATHERINE: *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- DURKHEIM, EMILE: “Two Laws of Penal Evolution”, en *The Sociology of Punishment*, editado por Dario Melossi, Darmouth, Aldershot, 1998.
- FOUCAULT, MICHEL: *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, Bogotá, Siglo XXI, 1989.
- FOUCAULT, MICHEL: *La vida de los hombres infames*, Madrid, Las Ediciones de la Piqueta, 1990.
- *Historia de la sexualidad. I La voluntad de saber*, Bogotá, Siglo XXI, 1991.

- *Saber y verdad*, Madrid, Las Ediciones de la Piqueta, 1991b.
- *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*, Madrid, Las Ediciones de la Piqueta, 1992a.
- *Microfísica del poder*, Madrid, Las Ediciones de la Piqueta, 1992b.
- FRIEDE, JUAN: “De la encomienda indiana a la propiedad territorial y su influencia sobre el mestizaje”, *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 1969, 4.
- GARLAND, DAVID: *Punishment and Modern Society*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- MALAGÓN, MIGUEL: *Vivir en policía*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MATTHEWS, ROGER: *Doing Time: An Introduction to the Sociology of Imprisonment*, Londres, Macmillan Press, 1999.
- MATHIESEN, THOMAS: *Prison on Trial*, Winchester, Waterside Press, 2000.
- MARX, KARL: “Tesis sobre Feuerbach”, en *Obras escogidas*, t. I, Moscú, Progreso, 1985^a.
- “Trabajo asalariado y capital”, en *Obras escogidas*, t. I, Moscú, Progreso, 1985b.
- “Salario, precio y ganancia”, en *Obras escogidas*, t. II, Moscú, Progreso, 1985c.
- “La acumulación originaria de capital”, en *Obras escogidas*, t. II, Moscú, Progreso, 1985d.
- *La cuestión judía y otros escritos*, Buenos Aires, C. S., 1999.
- MARX, KARL y ENGELS, FEDERICO: “Manifiesto del Partido Comunista”, en Karl Marx, *Obras escogidas*, t. I, Moscú, Progreso, 1985.
- MELOSSI, DARIO y PAVARINI, MASSIMO: *The Prison and the Factory. Origins of the Penitentiary System*, Londres, The Macmillan Press, 1981.
- MELOSSI, DARIO: “In a Peaceful Life: Migration and the Crime of Modernity in Europe/Italy”, *Punishment & Society*, 2003, 5 (4).
- MILES, ROBERT: *Racism*, Londres, Routledge, 1989.
- OSUNA, ANTONIO: “Ética y política en las leyes de Indias del siglo XVI”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1991, VIII.
- PAGER, DEVAH: *Marked. Race, Crime and Finding Work in an Era of Mass Incarceration*, Chicago, The University of Chicago Press, 2007.
- RIVERA, IÑAKI: “State Form, Labour Market and Penal System. The New Punitive Rationality in Context”, *Punishment & Society*, 2005, 7 (2).
- RUSCHE, GEORG y KIRCHHEIMER, OTTO: *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis, 1984.

- RUSCHE, GEORGE: "Labor Market and Penal Sanction: Thoughts on the Sociology of Criminal Justice", en *Imprisonment*, editado por George Matthews, Dartmouth, Ashgate, 1999.
- SALVATORE, RICARDO y AGUIRRE, CARLOS: "Introduction", en *The Birth of the Penitentiary in Latin America: Essays on Criminology, Prison Reform and Social Control*, editado por Ricardo Salvatore y Carlos Aguirre, Austin, University of Texas Press, Institute of Latin American Studies, 1996a.
- SALVATORE, RICARDO y AGUIRRE, CARLOS: "The Birth of The Penitentiary in Latin America: Toward an Interpretive Social History of Prisons", en *The Birth of the Penitentiary in Latin America: Essays on Criminology, Prison Reform and Social Control*, editado por Ricardo Salvatore y Carlos Aguirre, Austin, University of Texas Press, Institute of Latin American Studies, 1996b.
- SALVATORE, RICARDO: "Penitentiaries, Visions of Class, and Export Economies: Brazil and Argentina compared", en *Crime and Punishment in Latin America*, editado por Carlos Aguirre, Ricardo Salvatore y Gilbert Joseph, Durham, Duke University Press, 2001.
- SLICE, AUSTIN VAN DER: "Elizabethan Houses of Correction", en *Imprisonment: European Perspectives*, editado por John Muncie y Richard Sparks, Nueva York, Harvester Wheatsheaf, 1991.
- SPIERENBURG, PIETER: "From Amsterdam to Auburn: An Explanation for the Rise of the Prison in Seventeenth-Century Holland and Nineteenth-Century America". *Journal of Social History*, 1987, 20 (3).
- SUDBURY, JULIA: *Global Lockdown. Race, Gender, and the Prison Industrial Complex*, Nueva York, Routledge, 2005.
- WACQUANT, LOÏC: "Suitable Enemies: Foreigners and Immigrants in the Prisons of Europe", *Punishment & Society*, 1999, 1 (2).
- "Deadly Symbiosis. When Ghetto and Prison Meet and Mesh", *Punishment & Society*, 2001, 3 (1).
- *Las cárceles de la miseria*, Madrid, Alianza, 2002.
- "Toward a Dictatorship of the Poor? Notes on the Penalization of Poverty in Brazil", *Punishment & Society*, 2003, 5 (2).
- WALLERSTEIN, IMMANUEL: "The Construction of Peoplehood: Racism, Nationalism, Ethnicity", en *Race, Nation, Class: Ambiguous Identities*, editado por Etienne Balibar e Immanuel Wallerstein, Londres, Verso, 1991.
- WEISS, ROBERT: "The Reappearance of the 'Ideal Factory': The Entrepreneur and Social Control in the Contemporary Prison", en *Transcarceration: Essays in the Sociology of Social Control*, editado por John Lowman, Cambridge Studies in Criminology LV, Gower, 1997.

CAPÍTULO IV

EL DISCURSO JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD: BARRERAS PARA LA INCLUSIÓN LABORAL*

LINA MARÍA FERNÁNDEZ VESGA**

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de las relaciones interpersonales ha sido fundamental para las sociedades, y se ha logrado a partir del derecho y de sus instrumentos normativos. El derecho ha sido el mecanismo con el que se ha luchado para garantizar los derechos de aquellos sectores que por diversos motivos han quedado desprotegidos de las intervenciones estatales. Las personas en condición de discapacidad, un grupo que históricamente ha sido rezagado por la sociedad, recientemente han considerado el derecho como un aliado para buscar su inclusión social a través de la igualdad formal y material; por lo tanto, han luchado por la protección y garantía de sus derechos a través de este. Colombia, consciente de sus compromisos constitucionales, ha desarrollado y aprobado diversos instrumentos normativos en aras de lograr la inclusión social de este grupo poblacional. En el ámbito laboral y de la seguridad social, los instrumentos existentes tienen el objetivo de lograr que las personas con discapacidad ingresen a trabajar y así exploten su potencial productivo. No obstante, el discurso jurídico que se encuentra detrás de dichos instrumentos ha generado efectos contrarios.

El desarrollo normativo y jurisprudencial en este aspecto se ha distanciado de los preceptos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (CDPCD), ratificada por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009. En esta se desarrolla el modelo social de comprensión de la discapacidad, el cual señala que se deben

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.27>

** Abogada del Área de Derecho Laboral en la firma de abogados Parra Rodríguez Sanín.

diseñar espacios para que la persona con discapacidad goce y disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad. La inclusión social debería ser el fin último de las políticas focalizadas para esta población.

Pese a lo anterior, gran parte de nuestro ordenamiento jurídico en materia laboral está basado en los modelos de comprensión de la discapacidad de prescindencia y médico-rehabilitador, los cuales mantienen visiones paternalistas, de exclusión y de “normalidad” de las personas con discapacidad. Esta situación normativa, que se ha separado y no se ha adaptado a los preceptos de la CDPCD, ha alejado al Estado colombiano de lograr una inclusión real y efectiva de los ámbitos sociales y laborales de esta comunidad.

No obstante, y más allá de los problemas normativos que se desatan al tener una concepción de discapacidad diferente a la del modelo social, las personas con discapacidad han hecho uso del poder normativo y del lenguaje para buscar protección y promoción de sus derechos. En el ámbito laboral y de la seguridad social, la normatividad y la jurisprudencia han generado una serie de instrumentos que intentan garantizar el acceso, la permanencia, la estabilidad y la protección poscontractual de las personas con discapacidad. Ese apego al derecho, aun sabiendo que este no es efectivo, según LEMAITRE¹ se conoce como fetichismo legal. La materialización del fetiche legal de las personas con discapacidad en cuanto a su protección como comunidad ha sido posible gracias al activismo judicial, que ha caracterizado las decisiones de la Corte Constitucional. Sin embargo, algunas de las decisiones de este organismo, a través del discurso jurídico, se alejan de lo consagrado en la CDPCD, lo que implica que los intereses de las personas con discapacidad no están siendo realmente protegidos. Así, la sobreprotección normativa en el ámbito laboral, que se ha desarrollado a través del discurso paternalista por parte de la Corte Constitucional, se ha convertido en una barrera para la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

Para desarrollar lo anterior se propone la siguiente estructura: primero se expondrán los tres modelos de comprensión de la discapacidad; después se analizará el papel del derecho en la creación de la identidad y protección de los derechos de las personas con discapacidad,

¹ JULIETA LEMAITRE, Fetichismo legal [*video file*], recuperado de <http://tedxtalks.ted.com/video/TEDxMedelln-Julietta-Lemaitre-Fe;search%3Atag%3A%22tedxmedellin%22>, 18 de julio de 2011.

mediante la teoría del fetichismo legal; posteriormente se hará referencia a la estabilidad laboral reforzada y el discurso jurídico detrás de esta, para demostrar cómo la sobrerregulación normativa y jurisprudencial afecta la inclusión laboral de personas con discapacidad. Si bien el objetivo de dichas decisiones es la protección y garantía de los derechos de esta comunidad, la exclusión mencionada se da debido al modelo de comprensión de la discapacidad en el que está basada la decisión. Dado lo anterior será posible concluir que la sobreprotección normativa, a pesar de tener intenciones benevolentes, no se ha planteado desde el marco de un modelo social y, por lo tanto, el objetivo de lograr la igualdad material en el ámbito laboral para la inclusión de personas con discapacidad se ha quedado en el papel.

2. MODELOS DE COMPRENSIÓN DE LA DISCAPACIDAD

Un modelo puede ser entendido como un punto de referencia y como un esquema teórico que busca explicar un sistema o una realidad compleja, cuya elaboración tiene la finalidad de facilitar su comprensión². Por su parte, el término *comprender*, según la Real Academia Española, implica tener la facultad, capacidad o perspicacia para entender, razonar y concebir las cosas. Así, los modelos de comprensión de la discapacidad buscan identificar determinadas corrientes teóricas, a partir de las cuales se pretende explicar qué se entiende por discapacidad. Se han propuesto tres modelos que buscan cumplir con dicho objetivo: (a) el modelo de prescindencia, (b) el modelo médico-rehabilitador y, (c) el modelo social.

La actuación institucional, ya sea del Estado o de la sociedad, dependerá de qué se entiende por discapacidad. Debido a que los modelos de comprensión, si bien demuestran una evolución en el concepto y forma de ver la discapacidad, no se han desarrollado de manera cronológica, es posible identificar las tensiones de cada uno en los diversos instrumentos estatales y respuestas sociales para población con discapacidad.

LÓPEZ GONZÁLEZ³ señala cómo estos modelos de comprensión de la discapacidad impactan las relaciones interpersonales, de manera específica pero no sucesiva:

² Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (22ª ed.), 2001, recuperado de <http://lema.rae.es/drae>.

³ M. L. GONZÁLEZ, Modelos teóricos e investigación en el ámbito de la discapacidad. Hacia la incorporación de la experiencia personal. *Docencia e Investigación*, 2006, xxxi,

Las ideologías y políticas dominantes en cada época histórica y en una determinada sociedad mantienen una relación dialéctica con las interpretaciones acerca de las diferencias humanas y las correspondientes prácticas o tratamientos dirigidos a los grupos sociales que conforman estas personas. [...] Partiendo de esta imbricación permanente entre ideología y ciencia, y a la luz de las aproximaciones sociológicas, se pueden identificar tres etapas diferenciadas en la investigación y actuación práctica en el campo de la discapacidad. Si bien conviene aclarar que, aunque se presentan de manera sucesiva en su momento de aparición y época de mayor esplendor, no han supuesto la sustitución o abandono de las anteriores.

A) *Modelo de prescindencia*

AGUSTINA PALACIOS⁴ indica que el modelo de prescindencia está basado en dos características esenciales:

1) Justifica a la discapacidad desde la religión. Entonces, la discapacidad es identificada como un castigo divino.

2) Se considera que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la comunidad. Bajo esta característica, se presume que la persona con discapacidad es un ser improductivo y por lo tanto es una carga que debe ser soportada por la sociedad.

Debido a lo anterior, la discapacidad es comprendida y vista como algo indeseable para el entorno familiar y social, por lo que se considera que es mejor prescindir de esta. Por consiguiente, la respuesta de la sociedad se demuestra a través de prácticas eugenésicas y de marginación. Las prácticas eugenésicas consideran que la vida de la persona con discapacidad no vale la pena y optan por alternativas que buscan terminar la vida de esta persona; la marginación, por su parte, busca excluir a las personas con discapacidad al subestimarlas, considerarlas como objeto de compasión y caridad. Por lo tanto, la exclusión a través

16, enero/diciembre, 2ª época (versión impresa), Escuela de Magisterio de la Universidad de Castilla-La Mancha, *Revista de la Escuela Universitaria de Magisterio de Toledo*, 2006, 31 (16), págs. 215-240.

⁴ AGUSTINA PALACIOS, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, Grupo Editorial Cinca, 2008, recuperado de [http://www.uis.edu.co/webUIS/es/catedraLowMaus/lowMauss11_2/sextaSesion/El modelo social de discapacidad.pdf](http://www.uis.edu.co/webUIS/es/catedraLowMaus/lowMauss11_2/sextaSesion/El%20modelo%20social%20de%20discapacidad.pdf).

del menosprecio es la respuesta social que encuentran las personas con discapacidad.

Bajo este esquema, el Estado toma una actitud sobreprotectora y las políticas de focalización de esta población se basan en subsidios, dádivas o regalos, los cuales son otorgados por el simple hecho de que la persona demuestre pertenecer a esta población.

B) *Modelo médico-rehabilitador*

El modelo médico-rehabilitador se caracteriza por:

- 1) Identificar a la discapacidad en términos de salud o enfermedad.
- 2) Afirmar que las personas con discapacidad solamente pueden llegar a ser útiles para la sociedad en la medida en que sea rehabilitadas. Es decir, busca que la persona con discapacidad se asimile a los demás (“válidos” y “capaces”).

Por lo tanto, la finalidad de este modelo es “normalizar” a las personas con discapacidad, lo que implica ocultar las diferencias funcionales de las personas con discapacidad. Los médicos se vuelven actores clave en este modelo, debido a que sus conceptos son los que definen qué puede hacer o no una persona con discapacidad. Lo anterior produce subestimación de las aptitudes de las personas con discapacidad, por lo que la respuesta de la sociedad es la asistencia social. El Estado pasa a ser el medio idóneo para la manutención de estas personas, debido a que ellas no pueden ser vistas como productivas para el mercado laboral.

Dentro de este modelo también son esenciales las prácticas de “educación especial segregada”, institucionalización y de limitación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. La primera se basa en un sistema que se ofrece exclusivamente a personas con discapacidad y es una forma de atención médico-pedagógica, la cual nace “como un tratamiento médico enfocado a la rehabilitación de la persona con discapacidad”⁵; la segunda consiste en centros o clínicas a los cuales acuden las personas con discapacidad, de manera voluntaria o forzada, para someterse a un tratamiento médico y de rehabilitación; la tercera se trata de las diversas figuras jurídicas que eliminan o limitan la capacidad de adquirir obligaciones por parte de las personas con discapacidad, como las medidas de interdicción.

⁵ Universidad de los Andes, Educación inclusiva garantía del derecho a la educación inclusiva en Bogotá D. C., s. f., recuperado de <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/StudyEducation/NGOs/ColombiaUniversidadDeLosAndes.Add1.pdf>.

C) *Modelo social*

El modelo social de comprensión de la discapacidad tiene su punto de origen en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas (CDPCD). Este modelo se caracteriza por:

1) Considerar que las causas que originan la discapacidad son sociales. Es decir, la discapacidad es generada debido a la manera como se encuentra diseñada la sociedad. En contraposición, los modelos de prescindencia y médico-rehabilitador consideran que las causas de la discapacidad son individuales, es decir, la “persona afectada” es la causa de la discapacidad.

2) Defender la idea de que las personas con discapacidad pueden y deben hacer aportes valiosos a la sociedad a través de la interacción con esta. Por lo tanto, se parte del supuesto de la dignidad de toda vida humana y para estos efectos se debe lograr la inclusión y la aceptación de la diversidad.

La discapacidad en este modelo es entendida como una construcción social que resulta de la interacción entre las diversidades funcionales de las personas y las barreras que la sociedad le impone en el ejercicio y goce de sus derechos.

La respuesta social en este modelo implica una acción colectiva, en la cual se busca incidir directamente en las prácticas de la comunidad. Así, todas las personas con discapacidad deben tener las mismas oportunidades que las personas sin discapacidad, para lo cual se acude al diseño universal y a los ajustes razonables. En el primero, se busca que todas las formas de participación en la sociedad sean accesibles, independientemente de la diversidad funcional de los individuos que la componen; en el segundo, se busca incluir aquellas modificaciones o adaptaciones necesarias y adecuadas para casos particulares, con la finalidad de garantizar la accesibilidad a las personas con discapacidad. Como afirma PALACIOS⁶: “el objetivo que se encuentra reflejado en este paradigma es rescatar las capacidades en vez de acentuar las discapacidades”. Por lo tanto, dentro de este modelo es esencial la educación inclusiva, adaptada a las necesidades de todas las personas y el modelo de toma de decisiones asistida, en el cual la persona con discapacidad conserva sus derechos de decisión y su voluntad es respetada. Adicionalmente, la subsistencia de las personas con discapacidad está basada en el trabajo ordinario y no la caridad o subsidio estatal.

⁶ PALACIOS, *ibidem*.

3. IDENTIDAD CULTURAL, ACTIVISMO JUDICIAL Y LENGUAJE

El derecho es una aparente necesidad social de encontrar en una fuente normativa los límites de nuestras actuaciones o las posibilidades de desarrollarnos en comunidad. En este ánimo de creer en el derecho como una solución ideal a los conflictos sociales, las comunidades que históricamente se han visto desamparadas y excluidas de la sociedad han utilizado diversas estrategias jurídicas para buscar la protección y garantía de sus derechos. Sin embargo, la benevolencia de los diversos instrumentos jurídicos se desdibuja cuando, en la práctica, el comportamiento social no logra ser impactado. La comunidad de las personas con discapacidad ha encontrado como respuestas por parte del Estado dos extremos normativos: no protección de sus derechos⁷, o existiendo regulación para la protección de estos, la ineficacia normativa. Pese a lo anterior, es innegable que el derecho ha sido ese mágico instrumento al que las personas con discapacidad han acudido para crear y forjar su identidad y para lograr la anhelada protección de sus derechos.

Ese clásico apego al derecho se conoce como “fetichismo legal”⁸. El *fetichismo* es la idolatría o veneración excesiva a un objeto al que se le atribuyen poderes sobrenaturales⁹ y cuando dicha sensación se busca en el derecho, este entra a ser un refugio que los ciudadanos buscan para

⁷ A manera expositiva es preciso señalar como ejemplos de desprotección normativa de los derechos de las personas con discapacidad la posibilidad de esterilización forzada de personas con discapacidad cognitiva o psicosocial.

La CDPC dispone en el art. 23, lit. b la necesidad de respetar el derecho de las personas con discapacidad para que decidan libremente respecto del número de hijos que quieren tener, el acceso a la información sobre educación sexual y métodos de reproducción y planificación. Sin embargo, mediante la sent. C-131 de 2014, la Corte Constitucional avaló los procedimientos de esterilización a personas con discapacidad, debido a que “[...] una persona que no está en capacidad de comprender en qué consiste y cuáles son las consecuencias de la esterilización, como en el caso de las discapacidades mentales, difícilmente estará en condiciones de comprender la responsabilidad que lleva consigo la maternidad o la paternidad y por ende, las implicaciones de poder o no procrear” Corte Const., sent. de 11 marzo 2014, M. P. Mauricio González Cuervo (sent. C-131 de 2014), recuperado de http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/c-131_1914.htm.

Así las cosas, se configuró una desprotección legal que implicó la violación de derechos consagrados en instrumentos internacionales y que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

⁸ LEMAITRE, *ibidem*.

⁹ Real Academia Española, *ibidem*.

encontrar allí las respuestas a sus anhelos. Como relata LEMAITRE¹⁰, el fetichismo legal nace como una crítica a la teoría jurídica y a quienes consideran el derecho como un medio para lograr transformaciones sociales, sin tener en cuenta sus limitaciones para tal fin. Ella reafirma en su estudio que los activistas y los movimientos sociales, aun sabiendo de las limitaciones que tiene el derecho como instrumento de transformación social, lo utilizan por lo que simboliza: es como si “estuviéramos enamorados de la norma”. El derecho, como fetiche, se desea porque simboliza el vacío de la dignidad humana.

Lo anterior es reflejo de la eficacia simbólica del derecho. A través de esta se hace uso del derecho más allá del aspecto instrumental de las normas, para comprenderlo mediante su función de comunicación de significados sociales; es decir, permite explicar por qué el derecho, incluso cuando es incumplido o poco eficaz, continúa recreando ideas, aspiraciones y percepciones para la sociedad¹¹. Frente a esto, GARCÍA VILLEGAS¹² (s. f.) señala que hay una tendencia generalizada para la creación de normas en donde el cumplimiento de estas, o su eficacia, se deja de lado y no es trascendental:

[...] es frecuente que el derecho en América Latina no sea creado para ser eficaz o por lo menos no lo sea de manera prioritaria. Existe una difundida práctica institucional que consiste en *crear normas para satisfacer necesidades institucionales de legitimidad más que para lograr propósitos instrumentales*. A veces las normas jurídicas son ineficaces en términos instrumentales, dado que ellas apuntan a cumplir propósitos distintos de aquellos que se desprenden de la lectura espontánea de sus textos (énfasis propio).

De esta manera se explica la lucha de diversas comunidades que recurren diariamente a las normas y a los jueces para mostrar sus anhelos, exponer sus problemas y encontrar respuestas. Este apego al derecho tiene una doble dimensión: (1) como fetiche, objeto de idolatría; y (2) como simbolismo, objeto de relación entre realidades y aspiraciones¹³. En este aspecto, ha sido la rama judicial la que ha permitido ampliar el ámbito de confianza de las comunidades mediante sus decisiones.

¹⁰ LEMAITRE, *ibidem*.

¹¹ RODRÍGUEZ, Prólogo, en *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, editado por Julieta Lemaitre, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009.

¹² M. GARCÍA VILLEGAS, Notas preliminares para la caracterización del derecho en América Latina, s. f., recuperado de http://www.oas.org/juridico/spanish/mauricio_garcia_villegas.htm.

¹³ LEMAITRE, *ibidem*.

Entonces, en su labor de resolver conflictos jurídicos, los jueces, con el discurso jurídico, han desarrollado y tomado funciones propias del ejecutivo y el legislativo. Situaciones que se enmarcan en el denominado activismo judicial.

La Constitución Política de 1991 es una constitución valorativa, en el sentido de que esta exige el planteamiento e implementación de políticas públicas e intervenciones estatales. Es decir, se requiere contar con instrumentos gubernamentales para avanzar en la protección y satisfacción de los derechos y las obligaciones consagradas constitucionalmente. Esta misma constitución consagró en el marco normativo nacional, entre otras, la integración de la diversidad sexual, religiosa, cultural y funcional. En el caso de las personas en condición de discapacidad, su protección inicial parte de la base de los artículos 13 y 47 de la Constitución Política, que hacen referencia a los grupos discriminados o marginados y a aquellas personas que por “su condición” “física o mental” se encontraran en circunstancias de “debilidad manifiesta”.

Esta protección normativa toma las descripciones propias del modelo de prescindencia y médico-rehabilitador. No obstante, es a partir de los postulados del Estado social de derecho, consagrados en el preámbulo de la Constitución y los principios y derechos fundamentales allí expuestos, que se empieza a ver el derecho como la herramienta que permitiría materializar la amplia gama de derechos y deberes consagrados a favor de las personas con discapacidad. Es desde este marco, adicionalmente, que se desarrolla el discurso jurídico en las altas cortes para la (sobre)protección de los derechos de las personas con discapacidad. Más allá de la promulgación de normatividad y de las propuestas de políticas públicas estatales, las personas requieren respuestas inmediatas que impacten, favorablemente, sus condiciones de vida.

Conscientes de dicha necesidad, la rama judicial, órgano que tradicionalmente se había encargado de la resolución de conflictos jurídicos bilaterales, a partir de este nuevo paradigma, ha tomado un papel activo en la decisión de tensiones que involucran derechos económicos, sociales y culturales. Esto ha sido caracterizado como la judicialización de las políticas públicas, que según BOSCÁN CARRASQUERO¹⁴ se presenta

¹⁴ G. BOSCÁN CARRASQUERO, Judicialización y politización en América Latina: una nueva estrategia para el estudio de la interacción entre los poderes públicos. *Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, 2010,

como consecuencia de la estructura estatal y de la percepción de confianza que llegarían a generar los órganos judiciales a los ciudadanos:

[...] la judicialización de la política surge, en primer lugar, porque los ciudadanos y políticos, en la concepción actual del Estado democrático, muchas veces no encuentran salidas o respuestas a sus conflictos sociales en virtud de que la fragmentación del poder de las ramas públicas limita sus capacidades para legislar y decidir. En este contexto, los tribunales han representado una respuesta en muchos casos. Y en segundo lugar, debido a que los tribunales aún siguen siendo vistos como los controles más eficaces respecto a los abusos del poder político [...] en ciertos países donde los derechos no son efectivamente garantizados por el poder ejecutivo o el poder legislativo, están siendo reafirmados por las cortes.

Así, la intervención de las altas cortes ha sido esencial para ayudar a crear y dar un nuevo significado a la vida colectiva de las personas. En este último aspecto, son los jueces los llamados a responder las peticiones de la comunidad, especialmente de quienes tienen una protección especial en virtud de la garantía del derecho a la igualdad. Entonces, las personas con discapacidad han acudido a los estrados judiciales para que se les reconozcan sus derechos y así lograr el objetivo de inclusión e igualdad. Con estas decisiones se exhorta por “[...] un discurso público de dignidad que produce una enorme satisfacción y movilización que no depende de la aplicación de la ley”¹⁵. Es decir, dichas decisiones son apreciadas debido a su significado simbólico, más allá de los efectos prácticos que estas generan.

Una de las herramientas esenciales para iniciar esa transición, entre la invisibilización de las personas con discapacidad a incluirlas en la sociedad, ha sido el lenguaje. En la sentencia C-066 de 2013, la Corte Constitucional señaló que el lenguaje normativo no solamente describe hechos y consecuencias jurídicas, sino que tiene tres funciones: (1) de índole meramente descriptiva; (2) de tipo valorativo (en esta función, las normas categorizan y definen situaciones específicas, que las promueven o rechazan); y, (3) tiene una función de validación. Esta última se refiere al papel del ordenamiento jurídico en la creación de realidades, así, según dicha sentencia, “[...] las normas jurídicas tienen la función de constituir estándares para la conducta, a través de la definición de aquellos comportamientos permitidos y otros prohibidos”.

IV (2), 51-83, recuperado de http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v4.n2/judicializacion_y_politizacion.pdf.

¹⁵ LEMAITRE, *ibidem*.

En el discurso de las personas con discapacidad, la Corte Constitucional, en la sentencia referenciada identificó tres características de expresiones normativas que vulneran sus derechos a la dignidad humana e igualdad:

(1) incorporan tratos discriminatorios o peyorativos, generalmente en razón de su anacronismo; (2) imponen prohibiciones genéricas e injustificadas para que las personas en situación de discapacidad ejerzan derechos o facultades jurídicas de diversa naturaleza; [...] (3) invisibilizan y/o exotizan a las personas con situación de discapacidad, contrastándolas con un pretendido parámetro de normalidad, en contra del mandato de inclusión y reconocimiento para esa población, que se derivan de las normas que, al declarar derechos humanos, hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Decisiones como esta, innovadoras por la comprensión y aplicación del modelo social en el ordenamiento jurídico colombiano, alientan a los activistas en derechos de las personas con discapacidad, y a ellas mismas, a seguir confiando en los instrumentos jurídicos, pues a partir de estos se les reconoce su situación y se protege. Con decisiones judiciales como la presentada, se impulsa un cambio en el lenguaje normativo. Lo que busca generar esto es un efecto simbólico en la sociedad y un lineamiento para el diseño e implementación de las políticas públicas para población con discapacidad.

No obstante lo anterior, el discurso jurídico detrás de la estructura normativa y de diversos pronunciamientos judiciales, en la vida cotidiana, generan efectos adversos para las personas con discapacidad debido a la posición que toma el Estado para su inclusión. En el caso de la protección laboral de personas con discapacidad, Agustina Palacios¹⁶ indica que la figura proteccionista (propia de los modelos de prescindencia y médico-rehabilitador) del Estado que se presenta en los sistemas de seguridad social es casi imprescindible:

En lo relativo a los modos de subsistencia, la apelación a la seguridad social y al empleo protegido son casi los medios obligados para las personas con discapacidad. De este modo, la asistencia social pasa a ser el principal medio de manutención, siendo ello en ciertos casos consecuencia de la imposibilidad de realizar ningún tipo de tarea, pero en otros muchos debido a que la subestimación de la que son objeto genera la exclusión del mercado laboral de muchas personas con discapacidad, plenamente capaces de trabajar.

¹⁶ PALACIOS, *ibidem*.

Dicha actitud se debe a que el ordenamiento jurídico no está en concordancia con el modelo social planteado en la CDPC. Es así como la protección legal que se logra mediante el activismo judicial materializa la idea del derecho como fetiche, pues este “[...] como todo fetiche [...] tiene no solo el poder negativo de engañar, sino también el poder creativo de dar sentido al mundo de los que creen en él”¹⁷. Aquellas decisiones judiciales logradas mediante la participación del juez en la proposición de análisis de las políticas públicas, las cuales basan sus argumentos en los modelos de prescindencia y médico rehabilitador, le dan sentido al mundo de las personas que creen en la decisión: les hace ver que el derecho las protege, y efectivamente lo hace, pero las sobreprotege y las engaña, ya que en la práctica, la sobreprotección legal genera una actitud paternalista que lejos de incluir, mantiene las estructuras de segregación y exclusión.

4. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 estableció la denominada estabilidad laboral reforzada para las personas con discapacidad o fuero de discapacidad. Este mecanismo parte de la política pública para la integración social de las personas con discapacidad y señala el derecho que tienen de permanecer en su puesto de trabajo y a que sus condiciones laborales no sean desmejoradas, si no existe el respectivo permiso del Ministerio del Trabajo.

Ha dicho la Corte Constitucional que el derecho a la estabilidad laboral reforzada, adicionalmente, implica el derecho a la reubicación en un puesto de trabajo en el cual la persona con discapacidad pueda continuar desarrollando sus actividades profesionales:

[...] el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores no puede ser entendido como la simple imposibilidad de retirar a un trabajador que ha sufrido una merma en su estado de salud, sino que comporta el derecho a la reubicación en un puesto de trabajo en el que el discapacitado pueda potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, no obstante la discapacidad que le sobrevino, de forma que se concilien los intereses del empleador de maximizar la productividad de sus funcionarios y los del trabajador en el sentido de conservar un trabajo en condiciones dignas (sent. T-019 de 2011).

¹⁷ RODRÍGUEZ, *ibidem*.

Este discurso judicial de protección de la discapacidad en el marco laboral hizo extensivo el permiso para la terminación del contrato laboral aun cuando este no tuviera como motivación la “limitación de una persona”. La Corte Constitucional, a través de la sentencia C- 531 de 2000, indicó que la autorización del Ministerio de Trabajo era un requisito necesario en todos los casos en donde el trabajador es una persona con discapacidad e incluso cuando la persona tiene afectaciones en su salud, pues el ministerio tendría que determinar si la terminación del contrato era por motivos o no de la “limitación” de la persona. En la mencionada sentencia se argumentó:

Debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C. P., arts. 2º y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C. P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato (sent. C-531 de 2000).

Esta interpretación obligó a que los empleadores siempre tuvieran que acudir al Ministerio de Trabajo a solicitar dicho permiso. Las sanciones legales para quienes no cumplan con el anterior requisito van desde el pago de 180 días de salario como indemnización, la cual es sancionatoria del empleador (no indemnizatoria del trabajador), hasta el reintegro sin solución de continuidad del trabajador que gozaba del fuero de estabilidad reforzada y fue despedido sin el respectivo permiso.

En principio, la interpretación literal del artículo señalado solamente establecía que la terminación de la relación laboral no se podría hacer “por motivos de la limitación”. Si esta tenía como motivación la “limitación de la persona”, se debía contar con una autorización previa del Ministerio del Trabajo. Sin embargo, una actitud proteccionista de la Corte Constitucional extendió dicha interpretación, entre otros, a: (1) cualquier persona con “graves afectaciones en salud” que estuviera en “situación de debilidad manifiesta” y (2) a contratos cuya terminación había sido pactada previamente por la autonomía de la voluntad de las partes involucradas en el vínculo laboral (p. ej. el contrato a término fijo o por obra o labor). El desarrollo jurisprudencial que generó las reglas indicadas desincentivó la contratación de personas con discapacidad, pues los requisitos para la terminación del contrato, incluso con justa causa, generaron una carga que los empleadores pocas veces están dispuestos a soportar.

La protección original del artículo 26 iba dirigida a un grupo poblacional específico: personas que ya estaban vinculadas laboralmente, con una pérdida de capacidad laboral y que su contrato se terminaba como consecuencia de esa nueva situación. No obstante, el discurso jurídico en el que se han basado las decisiones judiciales respecto de la estabilidad laboral reforzada han optado por las visiones de los modelos médico y de prescindencia, lo que ha generado que las instituciones estatales tomen actitudes paternalistas, las cuales finalmente se verán reflejadas en el comportamiento general de la sociedad.

El artículo 26 de la Ley 361 hace alusión a la integración social y laboral de las *personas con limitación*. Es decir, se basó en el modelo médico en donde supone que la discapacidad es igual a *limitación* de capacidades y se aleja de la idea de que las barreras sociales son las que crean obstáculos para que las personas con discapacidad (diversidad funcional) se integren en la sociedad. El discurso político y jurídico de prescindencia y paternalista en el que se basa esta sobreprotección normativa se hace evidente en la exposición de motivos de lo que terminó siendo dicha ley, en la cual se señaló:

El proyecto se preocupa de establecer mecanismos *obligatorios* que garanticen la integración social de las *personas limitadas*. [...] para el análisis de este proyecto hay que tener en cuenta que se pretende fundamentalmente inculcar en las políticas de salud pública la *adopción de medidas de prevención para disminuir y en lo posible eliminar las circunstancias causantes de la limitación* (énfasis propio).

Para desarrollar esta protección de las personas con discapacidad en el ámbito laboral la Corte Constitucional a través de la sentencia C-531 de 2000, indicó:

[...] los desarrollos legales que contemplen la situación de los trabajadores con *limitaciones físicas* al igual que la interpretación y aplicación de los derechos surgidos de la relación laboral, tienen un marco constitucional preciso que rige las relaciones del trabajo. Esto significa que si la organización jurídica y política colombiana está encauzada hacia la protección de *las personas que presenten una debilidad manifiesta* con efectividad de los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad, derecho al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, las relaciones laborales igualmente deben reflejar esos contenidos.

[...]

Ahora bien, recuérdese que la Constitución de manera clara propende por la *protección de los minusválidos* para el ejercicio de sus

derechos, el establecimiento de ventajas que *les aligere la carga que supone una limitación física, sensorial o psíquica*, así como por el ofrecimiento de mecanismos adecuados para garantizar tal protección (énfasis propio).

La exposición de motivos y la sentencia citada permiten evidenciar, en los apartes con énfasis, que el discurso jurídico detrás de la estabilidad laboral reforzada de las personas con discapacidad está basado en los modelos de prescindencia y médicos de la discapacidad. Así, la discapacidad se veía como una situación indeseable y como una carga que debe soportar una persona que está “en situación de debilidad manifiesta” y es el Estado el que debe tener la tarea de aligerar dicha carga. La respuesta estatal, entonces, es sobreproteger a dicho grupo poblacional.

Tal sobreprotección aumenta el clásico desequilibrio de las relaciones laborales. Así, dentro de la relación laboral, el trabajador siempre ha tenido una protección especial, pues se considera que es la parte débil. A este respecto, GÓMEZ¹⁸ señala:

[...] la protección del “débil jurídico” en el derecho del trabajo se ha desarrollado jurisprudencialmente bajo unos principios innovadores dentro de los cuales detalla, entre otros, el “principio protector”, la supremacía de la realidad, la racionalidad e irrenunciabilidad, que son enunciados de manera clara y eficaz, tanto en la legislación como en la jurisprudencia, buscando así que esta rama del derecho contribuya a una justicia social para equilibrar la desigualdad en la relación laboral.

Algunos autores argumentan que dicho desequilibrio, generado por la gran cantidad de regulación, es una causa para que los empleadores tengan desincentivos en la contratación laboral formal. Por tales motivos, buscan caminos alternos como la vinculación a través de contratos de prestación de servicios y la informalidad. En este sentido, GAMERO y CARRASCO¹⁹ indican:

[...] aparece con bastante énfasis el componente ilegal de la informalidad como resultado del cálculo racional de los sujetos que frente a los excesivos gravámenes de la regulación estatal optan por la ilegalidad.

Para DE SOTO el universo de la informalidad —paralelo y antagónico al mundo de la economía formal— incluía todas las actividades

¹⁸ GÓMEZ, 2013.

¹⁹ GAMERO y CARRASCO, s. f.

económicas desarrolladas al margen de las reglamentaciones existentes, siendo la densa “telaraña legal” del Estado la causa fundamental de su existencia.

Este desequilibrio que fomenta la informalidad del mercado laboral se agudiza cuando la regulación normativa recae sobre un grupo que históricamente ha sido discriminado y cuyas políticas de inclusión se han basado en la sobreprotección normativa. La situación se ve, por un lado, al facilitar la estabilidad y permanencia en el empleo de la persona con discapacidad y, por el otro, en dificultar la potestad de hacer uso del *ius variandi* de los empleadores. Esto último para que la terminación de los contratos laborales cuando el trabajador sea una persona con discapacidad sea una tarea más ardua para el empleador, por cuanto se presume que este siempre terminará el contrato laboral de una persona con discapacidad haciendo uso de criterios de discriminación y exclusión social.

El papel del Estado, en el modelo social de comprensión de la discapacidad, no debe presumir la mala fe de quienes generan plazas de empleo. Por el contrario, debe implementar mecanismos que efectivamente permitan que la sociedad tenga un diseño universal o que adopte los ajustes razonables necesarios, para que la persona con discapacidad pueda participar activa y autónomamente de las actividades cotidianas.

En la práctica, los discursos jurídicos señalados y la ampliación de la protección normativa en las vinculaciones laborales de todas las personas con discapacidad, ha generado la obligación para el empleador de requerir la autorización por parte del Ministerio de Trabajo para la terminación de un contrato de una persona que tenga derecho a la estabilidad laboral reforzada. Esto ha desestimulado la contratación de personas con discapacidad, debido a la omisión y demoras en el procedimiento que debe adelantar el ministerio, así como los excesivos requisitos exigidos al empleador para este procedimiento.

El Ministerio de Trabajo llegó a alegar que la función de analizar la terminación de una relación laboral cuando la motivación de esta era un aspecto diferente a la discapacidad del trabajador, se salía del ámbito de su competencia. Entonces, un trámite que administrativamente debería tomar no más de tres meses, según el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, se torna en un proceso judicial con los requisitos, trámites y procedimientos especiales que hacen que su duración sea muy superior a los tres meses indicados inicialmente.

Esta situación llevó a que los empleadores tuvieran y tengan que acudir en ocasiones a la acción de tutela solicitando que un juez le ordene al Ministerio de Trabajo a resolver de fondo la solicitud de despido de una persona con discapacidad. En la sentencia T- 313 de 2012, la Corte Constitucional le ordena al Ministerio de Trabajo para que en un término máximo de quince días, proceda a resolver la solicitud de autorización para despedir a un trabajador con discapacidad. En esta sentencia, la Corte indicó que el Ministerio de Trabajo no puede abstenerse de tomar una decisión como lo hecho en reiteradas ocasiones, respecto de la autorización de despido de una persona con discapacidad, pues la obligatoriedad de tomar una decisión en este procedimiento es una garantía para la persona con discapacidad:

[...] el Ministerio de Trabajo tiene que pronunciarse respecto de la solicitud de autorización que realiza el empleador acerca del despido de una persona en situación de discapacidad, esto debido a la especial protección constitucional de la que gozan los mencionados.

Además esta obligación no constituye una mera formalidad sin sentido, por lo cual no es dable que el Ministerio cumpla con este deber señalando que se abstiene de emitir pronunciamiento alguno, pues éste tiene la obligación de analizar el caso y emitir su concepto favorable o no respecto del tema cuestionado. De igual manera, en los casos en los cuales se alegue una justa causa por parte del empleador, el Ministerio del Trabajo debe verificar si existe o no la misma, esto [*sic*] en razón a la especial protección que tienen las personas que se encuentran en situación de discapacidad y, así mismo debe verificar si en realidad el despido se debe a esta situación o es en razón de su discapacidad.

Adicionalmente, debido a que se entiende que el empleador es la parte fuerte de la relación laboral, es él quien tiene la carga de aportar las pruebas necesarias para demostrar cuál es la verdadera razón para terminar el contrato laboral de una persona con discapacidad. El listado de documentos que se deben aportar puede llegar a ser excesivo:

- A) Concepto o certificación mediante el cual se indique que el tratamiento de rehabilitación culminó, no existe posibilidad de culminarse o no es procedente.
- B) Estudios de puesto de trabajo con el objeto de determinar si efectivamente en la empresa existe o no un cargo acorde a la salud del trabajador.
- C) La discriminación de cargos en la empresa.

D) Un documento que describa las competencias o funciones de cada cargo o puesto de trabajo relacionado en la nómina, versus el perfil, aptitudes físicas, psicológicas y técnicas con las que debe contar el trabajador que va a desempeñar el cargo.

E) Cualquier tipo de documento mediante el cual el empleador pruebe haber agotado todas las posibilidades de reincorporación o reubicación laboral y que en los puestos existentes en la empresa, empeorarían la condición de salud del trabajador o que definitivamente con base en las capacidades residuales del trabajador, no existe un puesto de trabajo para ofrecerle conforme a su estado de salud²⁰.

Tener que agotar dicho trámite administrativo siempre que se quiera terminar el contrato laboral de una persona con discapacidad es un desincentivo que ha ocasionado la sobreprotección normativa, basada en el modelo médico y rehabilitador de la discapacidad.

El desarrollo jurisprudencial que ha extendido la estabilidad laboral reforzada a cualquier persona con *graves afectaciones en salud* que estuvieran en *situación de debilidad manifiesta*, es otro ejemplo de cómo se ha interpretado la discapacidad en el ordenamiento jurídico colombiano, creando sobreprotección normativa y así desincentivos en la contratación de estos grupos poblacionales.

Un aspecto importante del discurso de la protección a la discapacidad es que esta es equiparada a una situación de salud que genera vulnerabilidad para esta población. El desarrollo de las políticas de inclusión de personas con discapacidad, se desarrollan a partir de este argumento. Mediante la sentencia C-606 de 2012, la Corte Constitucional indicó:

En reiterada jurisprudencia, esta Corte ha afirmado que las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional. Esta declaración se soporta en la existencia de un deber constitucional de protección fundado en las *condiciones singulares de vulnerabilidad y eventualmente de desprotección*, que hace que tal población requiera de atención especial por parte del Estado y de la sociedad en general (énfasis propio).

En este mismo sentido, la sentencia T-988 de 2012 señaló:

Desde el punto de vista del derecho a la igualdad, las personas en condición de debilidad manifiesta merecen un trato especial, de carácter favorable, por parte del resto de la sociedad. Esas consideraciones operan de manera armónica al principio de solidaridad, principio que impone a los empleadores y a la administración

²⁰ Ministerio de la Protección Social, concepto 0003440 de 1° junio 2011.

pública apoyar a *la persona en condición de debilidad por motivos de enfermedad* en lugar de privarlo de su fuente de ingresos y de sus perspectivas de realización personal, amenazando además el mínimo vital propio y de su familia.

Lo anterior se ha fundamentado en el artículo 13 de la Constitución Política que indica que hay un deber de especial protección por parte del Estado frente a las personas que por su condición física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Y, el artículo 47 de la Constitución que dispone que el Estado deberá adelantar una política focalizada para la rehabilitación e integración social de los “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”.

A partir de estas disposiciones, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado ampliamente los motivos por los cuales ha de entenderse que las personas con discapacidad se encuentran en una situación de debilidad manifiesta debido a su estado de salud. Así, en la sentencia T-232 de 2010 se resumen las normas constitucionales en las que se fundamenta la estabilidad laboral reforzada de las personas con discapacidad:

Las personas en situación de debilidad manifiesta tienen derecho a la “estabilidad laboral reforzada”. Este derecho fundamental es resultado de una interpretación conjunta de, al menos, cuatro normas constitucionales: en primer lugar, del artículo 53 de la Constitución, que consagra el derecho a “la estabilidad en el empleo”; en segundo lugar, del deber que tiene el Estado de adelantar una política de “integración social” a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (art. 47, C. P.); en tercer lugar, del derecho que tienen todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente”, con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (art. 13, C. P.); en último lugar, del deber de todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social”, ante eventos que supongan peligro para la salud física o mental de las personas (art. 95, C. P.).

De lo anterior se observa que el discurso médico siempre ha estado presente para explicar la procedencia de la protección especial de las personas con discapacidad. El desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional para la aplicación del fuero de estabilidad laboral establece que no se requiere tener un porcentaje determinado de pérdida de capacidad laboral. Así, si el trabajador presenta algún quebranto en su salud, tendrá derecho a que le sea aplicado el artículo 26 de la Ley 361 de 1997:

En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados (sent. T-198 de 2006).

Según esto, la discapacidad se da como consecuencia de una situación de salud de la persona, posición clara del modelo médico. Por lo tanto, la respuesta social es la de buscar la recuperación o rehabilitación de la persona, mas no la inclusión de acuerdo con sus capacidades, alejándose de los presupuestos del modelo social en donde se busca la inclusión de las personas, teniendo en cuenta las diversidades funcionales. Los efectos sociales de decisiones como las mencionadas y de preceptos normativos como los indicados se reflejan en que la sociedad sigue adoptando medidas proteccionistas o médicas respecto de las personas con discapacidad.

Como último ejemplo de jurisprudencia basada en los modelos de prescindencia y médico-rehabilitador en relación con el derecho laboral de las personas con discapacidad es hacer extensiva la estabilidad laboral reforzada a los contratos a término fijo o por obra o labor.

La Corte Constitucional hizo extensivo el requisito de la autorización para terminar el contrato laboral de una persona con discapacidad por parte del Ministerio de Trabajo, incluso a contratos a término fijo y por obra o labor. En este sentido, es relevante referenciar la sentencia T-281 de 2010:

El conjunto de garantías, ofrecidas a los trabajadores que padecen alguna forma de discapacidad, no se agota en el caso de los contratos de trabajo suscritos a término indefinido, ya que el ámbito de protección asegurado, se aplica con prescindencia de las formas contractuales en virtud de las cuales el empleado presta sus servicios.

Las garantías debidas a los trabajadores discapacitados son aplicables aún en los casos en los que el contrato de trabajo por el cual fue iniciado el vínculo laboral haya sido suscrito por un término definido o por obra específica, e incluso dentro del periodo de prueba.

En este mismo sentido, la sentencia T-1046 de 2008 indicó:

[...] el vencimiento del plazo pactado o la culminación de la obra, no es suficiente para legitimar la determinación de un empleador

de no renovar esa clase de contratos o darlo por terminado: (i) si subsiste la materia del trabajo, las causas que lo originaron o la necesidad del empleador; (ii) si el trabajador ha cumplido efectivamente sus obligaciones contractuales y (iii) se trate de una persona en una situación de debilidad. De ahí que, cuando una persona goza de estabilidad laboral reforzada, no puede ser desvinculada sin que exista una *razón objetiva* para terminar el vínculo laboral y medie la autorización de la oficina del trabajo, que avale dicha decisión (énfasis propio).

Como razones objetivas para la terminación de cualquier vínculo laboral, el Código Sustantivo del Trabajo señala las causas legales y justas causas. En este sentido, el artículo 61 establece como causas legales de terminación del contrato, entre otras, las siguientes: “c) Por expiración del plazo fijo pactado” y “d) Por terminación de la obra o labor contratada”. No obstante, las decisiones jurisprudenciales han desconocido el acuerdo de voluntades entre las partes en relación con la duración de su relación laboral para señalar que este no se debe observar cuando el trabajador sea una persona con discapacidad o sea una persona en situación de debilidad manifiesta.

En estos casos, se sigue aplicando la presunción de que la terminación de la relación laboral se da por causa de la discapacidad o de la situación de debilidad manifiesta, mas no por la causa legal de expiración del plazo que las partes voluntariamente pactaron inicialmente. En consecuencia, para aplicar una causa objetiva el empleador deberá acudir al Ministerio de Trabajo para solicitar el permiso de terminación de una relación laboral cuya fecha de finalización fue previamente acordada por las partes.

La desnaturalización de este tipo de voluntad contractual, que se ha desarrollado a través de la judicialización de la política pública de inclusión laboral (interpretación proteccionista), ha resultado en la exclusión del ámbito laboral de las personas con discapacidad. La percepción de “indespeditables” que se ha generado en la comunidad de personas con discapacidad debido a las decisiones sobreproteccionistas de la Corte Constitucional, no supera los beneficios económicos y tributarios que legislativamente se han estipulado para incentivar la contratación formal de personas con discapacidad en las empresas.

5. CONCLUSIONES

Los empleadores tienen un desconocimiento generalizado respecto de las personas con discapacidad y sus potencialidades para integrarse

al mercado de trabajo. Esto se genera principalmente por la percepción que se tiene de la discapacidad: como algo que debe ser superado y normalizado. Dicha percepción se causa, entre otros, por el discurso que ha utilizado el Estado en el desarrollo normativo y jurisprudencial. En este sentido, FIDEL NIETO indicó:

En los empresarios hay un desconocimiento sobre las potencialidades que tienen las personas con discapacidad, muchos de ellos creen que estas personas son enfermas y adicionalmente tienen un desconocimiento legal que genera miedo porque piensan que si contratan a una persona con discapacidad nunca podrán despedirla y si lo hacen esta acción podrá acarrearles sanciones o procesos administrativos que no están dispuestos a asumir²¹.

Para evitar que situaciones como las anteriores sean reiteradas, el desarrollo de políticas públicas en el ámbito de la inclusión de personas con discapacidad debe darse dentro del modelo social de comprensión de la discapacidad. Así, la intervención del Estado debe procurar entender las necesidades de las personas con discapacidad en relación con su inclusión laboral, para así establecer políticas en el marco del diseño universal o de ajustes razonables. Si los programas estatales, la normatividad y la jurisprudencia continúan comprendiendo la discapacidad desde los modelos de prescindencia y médico-rehabilitador, el efecto social terminará siendo la sobreprotección de dicha comunidad y, por ende, su exclusión.

Como puede observarse, la respuesta de sobreprotección basada en los modelos médicos y de prescindencia deja por fuera del mercado laboral a las personas con discapacidad, produciendo el efecto contrario al que inicialmente la normatividad planteó, o la finalidad con la cual los magistrados tomaron la decisión. Si las decisiones de las altas cortes se hubieran basado en el modelo de comprensión social de la discapacidad no se hubiera generado la percepción de que estas personas “indespeditas”. Por el contrario, se hubiera respetado: (1) la voluntad que inicialmente las partes pactaron y (2) la responsabilidad frente a actos que ejecuten las personas con discapacidad en el desarrollo de la relación laboral y que conlleven a la configuración de una justa causa para la terminación de su contrato laboral.

Lo que se debe buscar con el modelo social de comprensión de la discapacidad en las políticas de inclusión y estabilidad laboral de personas con discapacidad, no es su total desprotección, tampoco la

²¹ Fundación Saldarriaga Concha, 2013.

sobreprotección que no respete su voluntad o la responsabilidad de sus actos, pero sí su protección respecto de decisiones de empleadores que sean deliberadamente arbitrarias o discriminatorias por las diversidades funcionales de las personas con discapacidad.

Así, la usual percepción de que la protección jurídica puede generar inclusión social para las personas con discapacidad se desdibuja cuando esta se convierte en sobreprotección. Lo anterior, por cuanto en la práctica el efecto normativo ha sido el contrario debido a que ha generado desincentivos para quienes tienen la potestad de generar plazas de empleo y contratación laboral formal: los empleadores.

BIBLIOGRAFÍA

- BOSCÁN CARRASQUERO, G.: “Judicialización y politización en América Latina: una nueva estrategia para el estudio de la interacción entre los poderes públicos. Cuestiones Jurídicas”, en *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, 2010, IV (2), recuperado de http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v4.n2/judicializacion_y_politizacion.pdf.
- Corte Const., sent. de 1º agosto 2013, M P. Adriana María Guillén Arango (sent. C-606 de 2012), recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-606-12.htm>.
- Corte Const., sent. de 11 febrero 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva (sent. C-066 de 2013), recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-066-13.htm>.
- Corte Const., sent. de 11 d marzo 2014, M. P. Mauricio González Cuervo (sent. C-131 de 2014), recuperado de http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/c-131_1914.htm.
- GARCÍA VILLEGAS, M.: Notas preliminares para la caracterización del derecho en América Latina, s. f., recuperado de http://www.oas.org/juridico/spanish/mauricio_garcia_villegas.htm.
- GONZÁLEZ, M. L. y DE LA EDUCACIÓN, C.: Modelos teóricos e investigación en el ámbito de la discapacidad. Hacia la incorporación de la experiencia personal. *Docencia e Investigación*, xxxi, 16, enero/diciembre del 2006, 2ª época (versión impresa), Escuela de Magisterio de la Universidad de Castilla-La Mancha, *Revista de la Escuela Universitaria de Magisterio de Toledo*, 2006, 31 (16).
- LEMAITRE, JULIETA: fetichismo legal [video file], recuperado de <http://tedxtalks.ted.com/video/TEDxMedelln-Julieta-Lemaitre-Fe;search%3Atag%3A%22tedxmedellin%22>, 18 de julio del 2011.

- Ministerio de la Protección Social, concepto 0003440 de 1° de junio 2011.
- PALACIOS, AGUSTINA: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, Grupo Editorial Cinca, 2008, recuperado de [http://www.uis.edu.co/webUIS/es/catedraLowMaus/lowMauss11_2/sextaSesion/El modelo social de discapacidad.pdf](http://www.uis.edu.co/webUIS/es/catedraLowMaus/lowMauss11_2/sextaSesion/El%20modelo%20social%20de%20discapacidad.pdf).
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (22ª ed.), 2001, recuperado de <http://lema.rae.es/drae>.
- RODRÍGUEZ, C.: Prólogo, en *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, editado por Julieta Lemaitre, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009.
- Universidad de los Andes, Educación inclusiva garantía del derecho a la educación inclusiva en Bogotá D. C., s. f., recuperado de <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/StudyEducation/NGOs/ColombiaUniversidadDeLosAndesAdd1.pdf>.

CAPÍTULO V

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN LOS CASOS DE ACOSO LABORAL: PERSPECTIVA COMPARADA*

VLADIMIR TOBÓN PERILLA

MILENA CASTELLANOS AVENDAÑO**

1. INTRODUCCIÓN

Partiendo de la percepción generalizada de precariedad en el desarrollo de la institución jurídica del acoso laboral en Colombia, que se obtiene luego de revisados los pronunciamientos judiciales en casos particulares, o tras el diálogo con otros profesionales del derecho, es necesario resaltar el avance que significa la positivación de instrumentos que procuran la prevención del riesgo psicosocial, la creación de instituciones a tal efecto y la tipificación y sanción de las conductas¹, así como la correspondiente reparación a las víctimas.

Por una parte, el ambiente sano de trabajo se circunscribe a la organización gerencial que cada empresario o jefe de dependencia quiere para el logro de sus objetivos en un contexto de libre competencia y libertad de empresa², protegido en Colombia por la Constitución. De modo tal que la consagración legal, así como cualquier institución que se cree para la prevención y sanción de las conductas de acoso contribuirá de manera directa o indirecta a la mejora en la calidad del empleo a través de la disposición de ambientes poco propensos al riesgo psicosocial.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.28>

** Docentes de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Nacional de Colombia; adscritos al Centro de Investigación en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Comptrasec) en la Universidad de Bordeaux, Francia.

¹ LEONARDO GUIZA y ADRIANA CAMACHO, *Acoso laboral en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2013.

² JEAN PIERRE ANASTASSOPOULOS, *Pour une nouvelle politique d'entreprise: contingence et liberté*, Paris, Presses universitaires de France, 1985.

El derecho desempeña un papel de disuación que se compone de la expedición de instrumentos sustantivos, el señalamiento de procedimientos y la aplicación de unas consecuencias negativas que, con un grado aceptable de eficacia, previenen a trabajadores y empresarios de realizar y suscitar conductas constitutivas de acoso y, ya sea por el conocimiento de la ilicitud de las conductas o ya sea por evitar las consecuencias, se disminuye la probabilidad de su ocurrencia.

La consecuencia negativa en el derecho colombiano parte de la indemnización descrita en la Ley 1010 de 2006, en caso de llegar a probarse el comportamiento lesivo y de eventuales sanciones disciplinarias en el sector público. De modo tal que, teniendo en cuenta el impacto que una conducta de acoso puede llegar a causar en la integridad de la persona la indemnización mencionada, seguramente es indiferente al concepto de reparación integral correspondiente a las víctimas (*infra*).

Las consecuencias legales de las conductas constitutivas de acoso laboral tendrían una doble connotación, por un lado, desempeñarían un papel reparador que alentaría en la persona que ha sufrido los comportamientos lesivos, con la declaración misma, una eventual compensación material y la idea de justicia que podría extraerse. Por otra parte, envían un mensaje de advertencia no solamente a los potenciales victimarios sino a todos los agentes de las relaciones laborales, que de alguna manera les daría a conocer los efectos negativos de una conducta semejante en una suerte de prevención general.

Esto, a la larga, como todas las instituciones tiene vocación de crear un cambio social y cultural requerido por cuanto el grado de eficacia de la ley surge en la medida que los índices de acoso laboral tiendan a bajar así como todos los riesgos asociados al factor psicosocial. El cambio cultural por el que se aboga en el presente trabajo va hasta desestimular las conductas de acoso con la descalificación de actos que hasta la fecha son de buen recibo en múltiples escenarios hasta el punto de que personas que se dirigen a sus subalternos en términos injuriosos, tonos agresivos o gestos descalificadores son usualmente asimilados a una suerte de líderes que imponen autoridad y mejoran el ritmo de trabajo³.

Como razones preliminares de la viabilidad jurídica de la indemnización de perjuicios por conductas constitutivas de acoso se tiene: (1) Las normas del Código Sustantivo del Trabajo, como se verá adelante, no

³ MIKEL URRUTIKOETXEA BARRUTIA, *Acoso laboral y lesión de derechos fundamentales*, Madrid, Bomarzo, 2014.

son independientes de aquellas dispuestas sobre responsabilidad civil por daños, en este caso causados en la relación laboral. (2) Al juez laboral le corresponde la aplicación de la ley con miras a la realización de la justicia en las relaciones laborales, siempre propugnando por el equilibrio de las partes y como un realizador de la justicia social de que habla el preámbulo de la Constitución de la OIT, de la cual Colombia es parte, así como la observación y remisión al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos del Hombre⁴.

Se muestra, entonces, el desarrollo de la figura del acoso laboral en el derecho francés, procurando una descripción y un análisis de su alcance, no con el propósito de presentar un modelo que deba seguirse, sino como forma de indagar por aquellas consecuencias jurídicas que le son atribuidas a la conducta de acoso en la experiencia judicial francesa y que, de acuerdo con el derecho colombiano, serían susceptibles de ser extrapoladas teniendo en cuenta los contextos diversos pero la equivalencia de derechos.

La labor del juez requiere una mayor reflexión entendida en un manejo más amplio de las fuentes del derecho, pues con el advenimiento de nuevas formas de trabajo y de producción, la carga interpretativa y argumentativa es más exigente precisamente porque las relaciones jurídicas y sociales son complejas; el funcionario debe impulsar la interacción con otros en sus mismas condiciones para extraer el núcleo de su competencia en aras al respeto de la dignidad humana.

2. EL DAÑO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

Una forma de analizar las conductas constitutivas de acoso laboral es a partir de las consecuencias derivadas del ordenamiento jurídico, comoquiera que dichas consecuencias son asimilables al grado de reproche que en cada contexto se le atribuye a tales comportamientos.

Pero las consecuencias jurídicas se miden en términos de responsabilidad, la cual podría ser aquella predicable del daño antijurídico a

⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce la importancia del diálogo jurisprudencial —que califica como un elemento integrador de derechos en sí mismo—, que le permite además, a un Estado, cumplir con sus obligaciones internacionales, partiendo de la suposición de que muchos con los que se relaciona participan activamente en el Sistema Interamericano, como en el Sistema Universal de Derechos Humanos, y tienen, naturalmente, sus propios procedimientos constitucionales de protección de los derechos fundamentales. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, sent. de 30 enero 2014.

un bien penalmente protegido, por afectación del deber funcional de servidor público o privado, si es el caso, el detrimento patrimonial del tesoro público o la responsabilidad meramente civil que es a la que más énfasis dedica el presente artículo.

Visto el daño en su dimensión civil, corresponde hacer mención en las formas que reviste así como en la naturaleza de las obligaciones a que da origen entratándose de aquel producido en el escenario laboral por conductas comprobadas de acoso.

Por un lado, estará la conducta de acoso —*harcèlement*— en todas las manifestaciones que pueda percibirse, tan diversas como las relaciones humanas que, para que revista los efectos atribuibles debe ser efectuado en el ambiente de trabajo sin que sea determinante su carácter público o privado o la jerarquía vertical u horizontal de acosador y víctima.

El acoso laboral como conducta da lugar a un daño. Es quizá tan básica esta premisa como irrefutable, perfectamente asimilable al principio físico de acción y reacción. Sencillamente debe verse con independencia la existencia de la conducta que ya de por sí tiene unas consecuencias que se desprenden de la ley, de aquellas consecuencias que eventualmente se puedan identificar pero que se sabe que existen. Y tales consecuencias son la síntesis del daño que conciernen única y exclusivamente a la víctima y que pueden manifestarse en síntomas como trastornos de sueño, dolores, síntomas psicossomáticos del estrés, pérdida de memoria, crisis nerviosa, síndrome de fatiga crónica, depresión y afectación de las relaciones familiares o derivar en casos extremos de patologías mentales severas o el suicidio. Cualquiera de los anteriores, sumados a los gastos materiales que implique para la víctima o su entorno la ocurrencia de la conducta, hace parte de lo que comúnmente se clasifica como daño emergente de perfecto asiento, tanto en el derecho colombiano como en el francés. He aquí una primera obligación que, sin entrar en detalles, es susceptible de exigibilidad una vez comprobada la fuente.

Si la persona víctima del acoso trabaja bajo una modalidad de destajo, su remuneración incluye comisiones por ventas o logros o simplemente los resultados de su trabajo o gestión inciden en sus ingresos y, al mismo tiempo, se encuentra relación entre el daño producido por el acoso y una disminución en dichos ingresos habrá lugar, sin duda, a una indemnización por lucro cesante.

Vale la pena examinar también el daño colateral en la vida misma de la persona que pueda ser atribuido a la conducta del acoso, como la

imposibilidad de realizar actividades cotidianas o del rol social de la víctima que sin ser patrimoniales conlleven a reclamar un daño en la vida de relación⁵.

El daño producto de las conductas de acoso es por su naturaleza, y en su mayor dimensión, moral. No en vano la denominación de la conducta en el derecho francés es *harcèlement moral*. Es siempre un reto interdisciplinario el intento de cuantificar la intensidad del dolor psíquico o el sentimiento de aflicción relativo a la posición de la víctima, puede depender de la forma en que se lleva a cabo la conducta, podría tener nexos con la frecuencia en que se presenta o la resistencia que eventualmente pueda crear el sujeto, pero dicha modalidad de daño es inescindible a la conducta, está siempre presente comoquiera que el acoso laboral corresponde siempre a un ataque personal.

En resumen, no existe un concepto unívoco de reparación por conducta de acoso en el trabajo pues depende de las impredecibles consecuencias que puedan identificarse pero siempre deben distinguirse las consecuencias jurídicas de la conducta de aquellas relacionadas con el daño. Es imperiosa la determinación de factores objetivos en este tema, pues la doctrina señala que la estimación de la reparación del perjuicio sufrido es difícil de evaluar y que depende de las jurisdicciones y la sensibilidad misma de los jueces⁶.

3. REGLAS PROCESALES DE ACCESO A LA REPARACIÓN

Cabe hacer un énfasis en la gravedad que representa para la sociedad francesa la conducta de acoso laboral. Sin exceder los límites de lo jurídico, es suficiente con observar las posibilidades que dicho ordenamiento propone y el tamaño de las consecuencias que de orden legal se pueden extraer de la comisión del acoso.

No es para nada irrelevante que exista la tipificación penal de la conducta. De hecho, resulta extraño que se mencione el carácter punible, tanto en el Código Laboral como en el Penal con sanciones distintas. Pero con independencia de tal hecho al margen, la consagración

⁵ ÉDGAR CORTÉS, “El resarcimiento del daño a la persona en el derecho latinoamericano. Elementos para una discusión traídos de los modelos europeos”, en *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

⁶ MARIE-JOSÉ GAVA, *Harcèlement moral Comment s'en sortir?*, Bordeaux, Institut du Travail de l'Université de Bordeaux IV, 2012.

punitiva expresa del acoso (laboral y sexual) habla del tamaño de la censura adscrita a cualquier comportamiento de dicha naturaleza en el ambiente de trabajo.

En Colombia, los actos de acoso podrían encuadrarse en el tipo penal de constreñimiento ilegal (arts. 182 y 183, C. P. colombiano, 2014) y la circunstancia de existir subordinación laboral constituiría una causal de agravación punitiva (Corte Const. colombiana [CCC], C-960, 14 de noviembre de 2007). Quedan en el aire interrogantes como: ¿Habría lugar a la modalidad de tentativa?; cuando los móviles guardan relación con la calidad de sindicalista ¿podría hablarse de un concurso de conductas con aquella prevista en el artículo 200?; ¿existirían problemas de tipicidad por no haber plena claridad respecto de la norma de reenvío?; ¿qué grado de participación le corresponde al empleador—coautor, cómplice o determinante— y cuál sería su responsabilidad como persona moral?

Lo anterior para señalar que la acción penal es una de las vías con las cuales se puede atacar la conducta de acoso en Francia aunque no la única, pues judicialmente es posible demandar entre otras cosas: la imputabilidad de la ruptura, la nulidad de medidas patronales, el mantenimiento en el empleo, la protección de testigos y las acciones de protección a iniciativa del sindicato. Existen además las posibilidades administrativas, la sustitución de acciones por parte del sindicato y las facultades del comité de empresa y el comité de higiene y seguridad en el trabajo.

En Francia, los lazos existentes entre el derecho civil de las obligaciones y el derecho laboral es ampliamente reconocido más aún en el tema específico de reparación por daños ocasionados en la relación de trabajo⁷. En un ejemplo más concreto se resalta la sanción civil de daños y perjuicios para el trabajo clandestino o simulado de acuerdo con lo normado por el artículo L. 8223-1 del Código de Trabajo Francés, equivalente a seis meses de salario, la cual no excluye la acumulación de dicha indemnización con la compensación civil determinada por incumplimiento de la relación de trabajo o la jubilación por despido contemplada en la misma ley francesa (Corte de Casación Francesa Sala Social [CCFSS], 15 de mayo de 2013).

En esta lógica la nulidad del despido puede solicitarse en casos de acoso con dos consecuencias a elección del demandante. Por un lado,

⁷ STÉPHANE BRISSY, *L'avant-projet de réforme du droit des obligations: une source d'évolution pour le droit du travail*, en *Revista Droit Social*, 2007, págs. 8-22.

nulidad del despido con el correspondiente reintegro al puesto de trabajo. De esta eventualidad da cuenta un caso en el que un trabajador fue despedido invocándose una agresión que sus hijos habrían infligido sobre un superior en la empresa (Corte de Apelaciones de Dijon, 8 de febrero de 2005). Al parecer los hijos trataron de tomar justicia por sus propias manos y vengar una suerte de hostigamientos de que el trabajador venía siendo víctima. Durante el proceso no pudo comprobarse la instigación del empleado padre para que sus hijos incurriesen en tales hechos pero sí pudo comprobarse un conjunto de situaciones de orden laboral en las que el trabajador debía sufrir ataques verbales y gestuales del superior posteriormente agredido.

Por su parte, la declaratoria de nulidad del despido puede conducir a una indemnización de perjuicios que corresponde ser tasada por el juez. En los casos observados, ninguna indemnización es inferior al monto de seis meses de salario, sin importar al efecto de que el trabajador tenga una antigüedad en la empresa inferior a tal periodo. El argumento en estos eventos tiene que ver con el malestar que produciría en el ánimo del trabajador hacer frente de nuevo y verse otra vez inmerso en un ambiente hostil hacia su persona aunque dicho rechazo no se haga evidente (CCFSS, 30 de marzo de 2005).

Existe una salvaguarda legal contra todo acto discriminatorio. A título personal puede afirmarse que la legislación francesa en materia social verdaderamente reivindica la Francia republicana de la *égalité*. Es todo un conjunto de medidas que previenen todo acto discriminatorio en el trabajo que en lo que toca el presente escrito, consagra la nulidad de pleno derecho de todo acto del empleador que pueda equivaler a una medida represiva, sea por iniciar algún tipo de acción por acoso, sea por negarse a soportar un hecho o una orden claramente constitutiva de acoso o por participar en cualquier proceso en calidad de testigo. La nulidad entraña el retorno a las condiciones anteriores al hecho censurado y el resarcimiento de perjuicios.

Si se observa bien, la ley colombiana no es del todo indiferente a las situaciones que se pretenden corregir de la forma expuesta, pues la consagración de garantías en contra de represalias (art. 11, Ley 1010 de 2006) tiende a evitar los efectos nocivos de una reacción del agresor puesto en juicio. No obstante, carece de positivación la prevención de conductas de acoso por medio de la calificación legal de nulo de cualquier acto de discriminación o de cualquier represalia por desobediencia a órdenes. En un ejemplo hipotético, si a un empleado profesional de cualquier área se le da la orden de realizar cualquier tarea descalificante

o que signifique menosprecio, en el escenario francés el trabajador sencillamente puede omitir realizar tal tarea y las reacciones que tal negativa del trabajador puedan generar serían nulas, ya sean medidas disciplinarias, ya sean traslados o el despido. Cabe aclarar que en el contexto francés, esta última premisa da lugar a que no pueda tampoco invocarse válidamente la obediencia a órdenes como exonerante de responsabilidad de cualquier conducta antijurídica de un subalterno.

Otra posibilidad en el derecho francés es la intervención de *jude des référés* que consiste en un proceso rápido y simplificado adelantado frente al presidente del *conseil des prud-hommes* que previene o corrige hechos manifiestamente ilícitos. El procedimiento, abiertamente destinado a casos de urgencia o a situaciones concretas que en el derecho social deben ser resueltas de manera ágil, es también un medio procesal a través del cual se pueden obtener declaraciones de nulidad u órdenes concretas por hechos constatables de persecución en el trabajo (art. L6222-18, Código de Trabajo francés, 2014).

La resciliación del contrato, a su turno, equivale a una terminación por orden judicial cuando quiera que se advierte un hecho antijurídico en su ejecución. Y el hecho antijurídico puede depender de desconocimiento de normas que emanan del mismo contrato o violación de derechos de una de las partes. Los hechos de acoso, tanto moral como sexual, son vistos en el derecho social francés como atentados contra la dignidad de la persona misma, por una parte, y como una conducta reprochable del victimario, por otra, esto desde la consagración legal misma que habla de *agissements* que literalmente traduce *artimañas*⁸. Entonces, se reclama la resciliación del contrato como consecuencia de situaciones a las cuales el trabajador se ve forzado a soportar, como insultos, descalificaciones, ataques gestuales, obstaculización del trabajo, negativa de estímulos o beneficios, insinuaciones, etc.⁹. La resciliación necesariamente da lugar al pago de las indemnizaciones dispuestas en la legislación francesa por terminación sin motivos ciertos y serios.

Es posible, por su parte, que la persecución de que es víctima la persona doblegue su resistencia y se produzca la renuncia al trabajo presentándose sin motivo alguno aparente o adoptando la forma de un convenio amigable de terminación. En cualquiera de esos casos también es posible demandar la nulidad del acto equivalente a la renuncia del trabajador o el acto jurídico con el cual se acuerda bilateralmente

⁸ Word Reference, 2014.

⁹ PATRICE ADAM, *Le harcèlement moral*, París, Dalloz, 2008.

dar por terminado el contrato. La demanda de nulidad tiene dos vías. Una en la cual se ataca el acto jurídico con el cual se da por terminado el contrato por un vicio del consentimiento, en este caso una violencia que afecta la voluntad de una de las partes, forzándola a la formación de dicho acto.

La otra vía consiste en la demanda de recalificación del acto de terminación del contrato para que se tenga como una ruptura imputable al empleador y se le atribuyan las consecuencias de la terminación sin motivos ciertos y serios. En este caso la jurisprudencia francesa ha determinado que, ante la verificación de un conflicto al momento de la renuncia en el que se tenga como móviles hechos de acoso, procede la recalificación y la constatación de los hechos de acoso pasará a un segundo plano posterior con consecuencias independientes (CCFSS, 19 de diciembre de 2007).

El proceso judicial puede aparecer como una solicitud de invalidez del despido. Concretamente se cita el caso de una mujer vendedora de perfumes, a quien se le da por terminado su contrato en razón a unos insultos proferidos por ella en contra de su superior¹⁰. En el caso mencionado aparecen alegatos de la trabajadora despedida que señala la existencia de presiones morales por parte de la directora agredida que fueron la causa inmediata de la conducta posterior de la trabajadora despedida. El alegato de acoso obliga al juzgador a ceñirse a la lógica probatoria de inversión de la carga de la prueba, lógica que se expone en el capítulo quinto (*infra*) y, en el caso mencionado, da lugar sencillamente a declarar como infundados los hechos que inicialmente motivaron el despido, declarándose en consecuencia una terminación sin motivos reales y ciertos que, como se mencionó, dan lugar a indemnización. En los mismos términos la justicia francesa se pronuncia en aquellos eventos en que el despido ha tenido como motivación la inaptitud física del trabajador y se logra establecer un nexo entre dicha inaptitud o su declaración y hechos presumidos de acoso (CCFSS, 13 de diciembre de 2007).

En Colombia es posible demandar el “despido indirecto” sabiendo que, de acuerdo con la Ley 1010 es posible clasificar la conducta de acoso como una causal justa de terminación del contrato de trabajo imputable al empleador. El proceso en ese caso es un ordinario de primera o única instancia de acuerdo con el monto de las indemnizaciones solicitadas.

¹⁰ ADAM, *ibidem*.

Si el contrato está en ejecución y lo que se quiere por parte del trabajador es evitar la terminación y, al mismo tiempo, la sanción de los hostigamientos, debe emplearse el procedimiento especial de acoso laboral contemplado en los artículos 12 y siguientes de la mencionada ley. Es importante precisar los distintos escenarios en que puede hallarse tratamiento a las conductas de acoso. Por un lado, están los comités de convivencia dentro de cada organización (entidad pública o privada) de acuerdo con lo reglamentado por las resoluciones 652 y 1356 de 2012 del Ministerio del Trabajo de Colombia. Allí bien podrían solucionarse de manera amigable y sin mayores traumatismos los conflictos en torno a hostigamientos manifiestos, eso dependerá del grado de madurez organizativa dispuesto en el respectivo ambiente de trabajo.

Está la queja que de acuerdo con la ley puede ser tramitada por el Ministerio del Trabajo a través de sus direcciones territoriales e inspecciones, el trámite disciplinario preferente por el ministerio público, en aquellos casos en que la víctima es servidor público y está la vía judicial sobre la cual se hace énfasis.

4. RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR EN RELACIÓN CON LA SALUD DE LOS TRABAJADORES

En el campo legislativo es factible hablar de una cercanía entre el derecho francés y el colombiano acerca de las responsabilidades a cargo del empleador con relación al cuidado de la salud de los trabajadores. De manera general, se detallan acciones concretas que deben ser emprendidas con miras a tener unos ambientes de trabajo sanos. En Francia, la obligación general de seguridad de los empleados de conformidad con el artículo L. 4121-1 del Código de Trabajo, comprende la capacitación, implementación de tecnologías, combate de riesgos en la fuente, reemplazar elementos peligrosos o perjudiciales, con alusión expresa a los riesgos psicosociales y el deber de prevención del acoso moral y sexual.

En Colombia, desde las antiguas normas del Código del Trabajo, el aún vigente Decreto 614 de 1984, la Ley 100 (arts. 249 y ss.), el Decreto 1295 de 1994, la Ley 776 del 2002, la Ley 1562 y los decretos reglamentarios guardan la lógica de la prevención con imposición de obligaciones tanto a empleador como trabajadores con relación al cuidado de la salud. El conjunto de prestaciones de la seguridad social

así como las responsabilidades de orden administrativo son semejantes en los dos contextos.

La diferencia marcada tiene que ver con el alcance que se ha adscrito a la responsabilidad del empleador desde la jurisprudencia. De la lectura desprevénida de los textos legales en uno u otro ordenamiento aparece claro que si el empleador demuestra la realización de ejercicios de capacitación, la implementación de procedimientos, la dotación de los trabajadores con elementos de protección personal, en fin, el cumplimiento de las normas la afectación de la salud del trabajador no podrá serle imputada.

Pero, a partir de la jurisprudencia, basta con que ocurra un accidente o una afección en la salud del trabajador vinculada con el trabajo para que se pueda señalar directamente al empleador como responsable en la medida que, la obligación del empleador con respecto al cuidado de la salud de sus trabajadores no es de medio sino de resultado (CCFCS, 3 de febrero de 2010, núm. 08-44019). El alcance de esta lógica es bien amplio, incluso sujeto de críticas¹¹ pues da lugar a una forma de responsabilidad objetiva donde el empleador solo puede exonerarse demostrando que la causa del daño ha sido ajena al trabajo¹².

Pero así expuesto parecería que el alcance de dicha responsabilidad comprendería solamente los eventos en que existe una perturbación funcional o cualquier daño a la salud física o mental del trabajador, demostrable y asociada al trabajo. Pues la jurisprudencia francesa va mucho más allá y es plenamente aplicable a situaciones de acoso laboral donde el daño en la salud del trabajador puede no presentarse siquiera pero puede determinarse un daño a su nombre, integridad moral o su futuro profesional (CCFCS, 8 de febrero de 2005).

En la citada sentencia se menciona además la permisión de conductas de *harcèlement moral* en el trabajo por parte del empleador como una “actitud contraria a la obligación de buena fe que debe presidir las relaciones contractuales”, vincula la responsabilidad del empleador por los hechos del acosador teniendo en cuenta la existencia dentro del medio laboral de “personas que ejercen, de hecho o de derecho, una autoridad sobre los trabajadores” y recalca en la obligación de resultado que le corresponde en orden a prevenir las conductas de acoso.

¹¹ CHRISTOPHE RADÉ, *Harcèlement Moral et Responsabilité au Sein de l'Entreprise*, en *Revue de Droit du Travail*, 150, París, Dalloz, 2006.

¹² SID BENYAHIA NOURI, *L'évolution des concepts d'obligation de moyens et d'obligation de resultat* Thèse de doctorat en Droit privé Sous la direction de Henry Blaise Soutenu en 1990 à Rennes 1.

Por otro lado, si el acoso proviene de un tercero, por ejemplo, de un consultor, la víctima deberá dar aviso a su empleador, para que este, a su vez, se comunique con su homólogo y proceda a cumplir las obligaciones de resultado y preservar la seguridad en el sitio de trabajo¹³.

5. CARGA DE LA PRUEBA

De acuerdo con el derecho francés, cuando un trabajador invoque la existencia de un acoso, ya sea con el propósito de obtener la debida reparación, sea solicitar la resciliación del contrato con las respectivas consecuencias a cargo del empleador o para solicitar la nulidad de la terminación de un contrato, le basta con establecer los hechos de los cuales se podría presumir la conducta de acoso y será el empleador a quien le corresponda probar que los hechos tuvieron otros móviles, que la terminación tuvo una fuente distinta, que la situación de desigualdad estuvo objetivamente fundada o que sencillamente los actos presumidos de acoso son inexistentes o infundados¹⁴.

Si bien la carga de la prueba en la redacción del artículo 1152-1 del Código del Trabajo francés descrita anteriormente da lugar a pensar que en todo caso el trabajador está obligado a probar los hechos porque la ley ordena “establecer” los hechos de los cuales se presumiría la existencia del acoso, la interpretación de la norma ha impuesto la mayor carga de la prueba al empleador y para comprobarlo basta ver el pronunciamiento hito de la Corte de Casación en el cual señala textualmente después de traducción¹⁵

Considerando que el trabajador hace oposición a la decisión de desestimar su demanda por daños e intereses derivados del acoso laboral, según los mínimos legales, corresponde al demandante que pretende hacer valer un acoso de parte del empleador, establecer los hechos que permitan presumir la existencia de un acoso y al empleador, frente a esos elementos, probar que dichas ardidés no son constitutivos de tal conducta y que las correspondientes decisiones son justificadas por causas objetivas extrañas a cualquier acoso. La Corte de apelaciones, quien ha exigido aportar las pruebas del acoso alegado a invertido la carga de la prueba en violación de

¹³ ANNE-FRANCOISE CHAPERON y Autres, *Harcèlement moral au travail. Comprendre et se défendre*, París, Odile Jacob, 2014.

¹⁴ ADAM, *ibidem*.

¹⁵ Traducción bajo responsabilidad de los autores.

los artículos L.122-52 del Código del Trabajo y 1315 del Código Civil (CCFSS, 2 de julio de 2008).

Nótese cómo se hace alusión indistinta a normas del Código Civil y del Código del Trabajo como causal de censura en casación para resaltar lo expuesto en el capítulo tercero del presente escrito. Pero nótese, sobre todo, cómo la carga de la prueba queda prácticamente en hombros del empleador demandado por circunstancias de acoso. No obstante, cabe hacer énfasis también en otros pronunciamientos de la justicia social francesa se ha dejado claro que no bastan las meras afirmaciones de la persona afectada sino que en todo caso debe existir un respaldo probatorio mínimo a los hechos alegados (Corte de Apelaciones de París, 2005).

Aunque el derecho colombiano, en las normas sustantivas que definen el acoso laboral y su tratamiento, no se disponga de una carga de la prueba de las dimensiones antes descritas, el régimen procesal laboral sí se encuentra dotado del principio de “carga dinámica de la prueba” según el cual la obligación de probar ya no deviene única y exclusivamente del interés que se tenga en las consecuencias de un hecho o un conjunto de hechos determinantes en el proceso sino de la posición de las partes y, sobre todo, del acceso que se tenga al medio probatorio o a la circunstancia decisiva para controvertir, siendo el juez quien indique la parte sobre quien recae dicho peso (CCC, sent. T-174 de 2013, 1º de abril).

Las dificultades que podrían presentarse en la práctica para el juzgamiento de las conductas constitutivas de acoso encuentran, de acuerdo con lo dicho, un equilibrio con la integración normativa tanto de normas sustantivas como procesales y con el ejercicio de todas las atribuciones radicadas en cabeza del juez laboral: las correccionales, las presunciones legales y los poderes de los artículos 48, 54 y 61 del CPTSS. Las normas citadas son claras y dan cuenta de la viabilidad jurídica de aplicación de la presunción de acoso puesta de presente en perspectiva comparada. La comparación de contextos no es un mero ejercicio académico, busca realmente mostrar alternativas jurídicas que acerquen el ideal de justicia al ciudadano, que sin caer en la imparcialidad o en la defensa acérrima de todo demandante aun en los casos de abuso del derecho, señalen de manera abierta las atribuciones legales y el alcance de las competencias judiciales que en el contexto del acoso y en cualquier escenario de la administración de justicia, más que facultades, constituyen imperativos.

La investigación realizada como respaldo del presente escrito explora las decisiones de la Sala Laboral de la Corte Suprema en sede de casación y comprende consultas personales a algunos despachos judiciales entre los que se cuenta el Tribunal Superior de Bogotá. No fue posible encontrar una providencia condenatoria por la conducta de acoso laboral en sede ordinaria ni como cierre de un proceso especial. No significa esto que las condenas por la conducta no existan pues las pesquisas no implicaron un barrido general, pero lo que se puede advertir con total seguridad es que en todas las sentencias consultadas (absolutorias) el obstáculo para arribar a un fallo sancionatorio siempre se sitúa en el plano probatorio.

Sería susceptible de concluir que las conductas denunciadas sencillamente no existieron pero tal podría ser una solución demasiado superficial. Habría también razones para calificar la conducta, a la manera como se señala en la doctrina española¹⁶ como el “crimen perfecto” pues encuentra el escenario óptimo de ceguera y sordera por parte de quienes están en situación de percibir los actos que no son otros que los compañeros de trabajo, pero eso implicaría una investigación más profunda que desborda los límites de lo jurídico. En esas condiciones se puede sostener que la carga de la prueba es determinante para acceder a una verdad procesal más cercana a la verdad real y los criterios del derecho francés tienen, de acuerdo con las normas procesales colombianas, suficiente asidero.

6. REPARACIÓN POR CONDUCTAS DE ACOSO

La jurisdicción laboral en rancia tiene como primera instancia los *Conseil de prud'hommes*, delante de quienes se efectúa el trámite conciliatorio, quienes además tienen la facultad de dar trámite al procedimiento de *Référées (supra)* a través de la presidencia y quienes dirimen el conflicto laboral. Se encuentran las cortes de apelación por región y la Corte de Casación en su *Chambre Social*, como máximo tribunal y con facultades en casación muy similares a las dispuestas en el ordenamiento colombiano.

Cuando se da inicio a un proceso ante los *Conseil de prud'hommes*, teniéndose como causa la existencia de conductas de acoso puede existir la pretensión de constatar y calificar los motivos de terminación de un contrato o demandar la terminación de un contrato aún existente a

¹⁶ URRUTIKOETXEA, *ibidem*.

expensas del empleador (ver *supra*). El proceso, en ambos casos, tiene como una de sus pretensiones la orden de pago de perjuicios, pero dicha pretensión también puede ser formulada en un proceso independiente. En la mayoría de los casos la indemnización de perjuicios demandada corresponde al daño moral irrogado por la conducta de acoso pero la ley y la jurisprudencia dejan plenamente abierta la posibilidad de demanda de cualquier otro perjuicio a la salud o integridad de la víctima.

Se reitera, son independientes las indemnizaciones legales previstas en la ley francesa por despido sin justa causa que en suma son *l'indemnité pour licenciement* y el *préavis* o la indemnización compensatoria de este último (art. L1234-1 ss., Código Laboral francés, 2014), de las indemnizaciones por perjuicio que se demandan en los casos de acoso laboral y en ningún caso son excluyentes, es decir, son acumulativas. Incluso si el victimario no funge como el empleador, existe la posibilidad de que se inicien procesos separados.

El derecho común que regula lo concerniente a la responsabilidad civil tiene un papel definitorio y definitivo con miras a constatar la existencia del daño en la lógica del nexo causal y a establecer responsabilidad. En otras palabras, el derecho civil es la norma de reenvío a la cual se recurre para mostrarle al juez la existencia del daño y la relación con los actos del acosador y las omisiones del empleador, así como tal disciplina contiene también las reglas para la imputación de responsabilidad. Se puede clasificar el debate planteado en torno a los daños por acoso laboral en Francia en dos categorías. Una primera es aquella donde no se comprueba un daño directo a la salud física o mental de la persona víctima. En este caso se analiza y juzga solamente el grado de afectación que el hostigamiento o las conductas pudieron causar en su honor y dignidad o el significado que el ataque pudo tener en el futuro profesional del trabajador.

En esta categoría es el respectivo tribunal quien tasa el monto de la indemnización pecuniaria a cargo del empleador de acuerdo con la gravedad de los hechos y sus consecuencias. La segunda categoría tiene lugar cuando existen daños a la salud del afectado. Aquí se entra a establecer, de acuerdo con el Código de la Seguridad Social, cuál es la indemnización que corresponde por el daño a la salud directamente vinculado al trabajo por su asocio con una enfermedad profesional. Se puede hablar de una fracción de responsabilidad descargada por el patrono en el sistema de seguridad social, dando lugar al cubrimiento por parte del primero de aquellas indemnizaciones no contempladas en la ley.

Y es justo aquí donde puede hacerse un paralelo con la legislación colombiana teniendo como referente la denominada indemnización plena de perjuicios (art. 216, Código Sustantivo del Trabajo colombiano [C. S. del T.], 2014) que abre las puertas al pago de la totalidad de daños irrogados al trabajador o su familia no contemplados en el Sistema General de Riesgos Laborales.

En el caso colombiano se hace necesario demostrar la culpa del empleador en la ocurrencia del daño (Corte Suprema de Justicia Colombiana [Corte SJ-CL], Casación Laboral, radicación 27501, 4 de julio de 2006, reiterada el 5 de marzo de 2014, radicación SL2799-2014) la cual se establece también bajo los criterios del Código Civil y las normas que le establecen obligaciones sobre riesgos laborales. Para demostrar el daño, concretamente por conductas de acoso laboral, se presentaría una complicación adicional por la necesidad de adscribirlo bien a un accidente de trabajo o a una enfermedad profesional. A eso se añadiría el rigor probatorio que debería enfrentarse para la demostración de un origen profesional de la eventual enfermedad por vía del Manual Único de Calificación de Invalidez (Ministerio del Trabajo colombiano, Decreto 1507 de 2014). Se aclara, bajo la libertad de apreciación probatoria que tiene el juez laboral colombiano, que no es indispensable que se acredite el nexo entre la enfermedad y la conducta de acoso a través de un dictamen de calificación de invalidez, pero dichos procedimientos serían una ruta eficaz. En todo caso la legislación colombiana se queda corta y habría necesidad de que se presentara un accidente de trabajo o enfermedad profesional por causa o con ocasión del acoso laboral para que se abra la vía del artículo 216 mencionado.

En ese entendido, sería complicado el encuadramiento del daño que sufre la persona a su dignidad o su futuro profesional y en este punto exacto, la demanda de resarcimiento derivada de la indemnización plena de perjuicios se vería truncada.

Lo que se acaba de analizar no es óbice para que la indemnización de perjuicios por la conducta de acoso sea reclamada en Colombia. Si observamos bien la legislación sustantiva laboral existe la posibilidad de demanda de perjuicios por terminación del contrato de trabajo imputable a una de las partes, en este caso al empleador. El encabezado del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo (2014) contempla dicha posibilidad, solo que será necesario que la relación haya terminado efectivamente, que se demuestre el acoso imputable al empleador y no se hable de perjuicios morales. La redacción de la norma habla del lucro cesante y el daño emergente pero no parece ser que lo excluya

sino da a entender una inclusión de los mencionados en los daños que puedan demostrarse a modo enunciativo, no taxativo.

La norma también acepta la interpretación restrictiva que deduciría una intención deliberada del legislador de excluir cualquier tipo de perjuicios que no corresponda a daño emergente o lucro cesante. No obstante, la Corte Constitucional dispone que la indemnización es plena y se limita únicamente con lo probado en el proceso sobre perjuicios. Textualmente se señala:

Con las cuantías allí previstas se alcanza la reparación del daño sufrido por el trabajador a causa del despido, y en consecuencia la norma consagra en realidad una fórmula de protección al empleado, a menos que él haya probado o pueda probar un perjuicio más grave del tasado anticipadamente por el legislador, hipótesis en la cual la disposición es exequible solamente si se entiende que en ese evento el patrono está obligado a indemnizar plenamente al trabajador en la medida de lo judicialmente probado; ello resulta evidente a la luz de los artículos 25 y 53 de la Constitución (Corte Const., sent. C-1507 de 8 noviembre 2000).

Es válido señalar que, de manera expresa la Ley 1010 señala una indemnización por la comisión de la conducta de acoso, en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, no se excluye la posibilidad de demandar perjuicios. Dispone además de multas en contra del agresor y el empleador tolerante de la conducta y la obligación de pago del equivalente a la mitad de los tratamientos que haya asumido el Sistema General de Seguridad Social (Ley 1010 de 2006, art. 10, 2014) además de las sanciones de orden disciplinario y aquellas que operan en el derecho laboral público.

Se debe explorar la medida en que los criterios de reparación hasta ahora utilizados entratándose de víctimas de delitos, ligados al derecho internacional humanitario y los derechos humanos (Corte Const. colombiana, sent. SU-254 de 24 abril 2013) puedan ser aplicados para la reparación de víctimas del acoso laboral. No hay la menor duda de que si se utiliza la vía penal, luego de la sentencia condenatoria bien se podría acceder al resarcimiento en tales términos en el incidente de reparación integral. Sin embargo, es bien sabido que el derecho penal constituye una *extrema ratio* y la jurisdicción laboral, por especialidad, está llamada a hacer justicia para este tipo de situaciones.

Es así que a favor de la víctima del acoso, la reparación hace énfasis en el otorgamiento de justicia a personas individualmente consideradas, examinando caso por caso las violaciones. En

esta vía se encuentra articulada la investigación y sanción de los responsables, la verdad en cuanto al esclarecimiento del delito, y las medidas reparatorias de restitución, compensación y rehabilitación de la víctima. Propia de este tipo de reparación judicial, es la búsqueda de la reparación plena del daño antijurídico causado a la víctima (Corte Const., sent. SU-254 de 24 abril 2013).

Queda entonces el interrogante acerca de la posibilidad de aplicación de dichos criterios de reparación, sea en el escenario de un procedimiento especial por acoso laboral o en un trámite laboral ordinario por calificación del despido, teniendo en cuenta la falta de normativa expresa que encamine de esa forma el resultado del proceso. El interrogante se apacigua con el carácter vinculante del bloque de constitucionalidad (Const. Pol., arts. 53 y 93) teniendo en cuenta que comprobado el acoso laboral el trabajador afectado asume a plenitud el carácter de víctima y el victimario por su posición de superioridad económica, social y jerárquica tiene un grado de responsabilidad que no parece agotarse con el pago de una indemnización pecuniaria.

Las consecuencias de la sentencia por acoso aparecen más claras en sentencia de 2011 donde la Sala Social de la Corte de Casación francesa casa y anula la sentencia de la Corte de Apelaciones de Colmar en la parte que le niega al trabajador la declaración y efectos de una reclasificación abusiva (desmejora), en la negativa de restablecimiento del salario, en la negativa de perjuicios solicitados por el demandante y en lo que hace a indemnización por despido abusivo también negada por este Tribunal. Allí, la Corte analiza el caso de un inspector al servicio de la compañía URSSAF que ha sido objeto de una reclasificación por una supuesta ineptitud para ejercer su puesto de trabajo y, analizados los indicios la Corte concluye que dicha desmejora se enmarca en un contexto de constantes hostigamientos, donde se le da un trato despectivo y se le hacen exigencias exageradas en el trabajo (el análisis del expediente comprende pruebas de solicitudes de permiso para ir al sanitario).

Define en la misma sentencia que los hechos de acoso laboral ameritan el cobro de una reparación y que estos se constituyen

por las artimañas que tuvieron por objeto o por efecto una degradación de las condiciones de trabajo susceptibles de comportar un ataque al derecho a la dignidad del asalariado, de alterar su salud física o mental o comprometer su futuro profesional (CCFSS, 29 de noviembre de 2011).

En Colombia se predicen los derechos constitucionales de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación además de las garantías de no repetición. La Corte Constitucional, sin restringir la categoría de las víctimas al campo penal o algún grupo de delitos en específico ha mencionado que tales derechos encuentran fundamento en los siguientes preceptos de la Constitución:

1. El principio de dignidad humana (Const. Pol., art. 1°),
2. El deber de las autoridades de proteger los derechos de todos los residentes en Colombia (Const. Pol., art. 2°),
3. Las garantías del debido proceso judicial y administrativo (Const. Pol., art. 29),
4. La cláusula general de responsabilidad del Estado por los daños anti-jurídicos que causen los servidores con dolo o culpa grave (Const. Pol., art. 29),
5. La consagración de los derechos de las víctimas como derechos de rango constitucional (Const. Pol., art. 250 num. 6 y 7),
6. La integración del bloque de constitucionalidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Const. Pol., art. 93),
7. El derecho a acceder a la justicia (Const. Pol., art. 229),
8. El artículo transitorio 66, (art. 1° del acto legislativo 1 de 31 de julio de 2012), que contempla el deber de adoptar instrumentos de justicia transicional que garanticen en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y establece que en cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas (Corte Const., sent. C-180 de 27 marzo 2014).

Es así que parece poco explorado el campo de la reparación en materia de *mobbing* tanto en las normas dispuestas para su corrección como en la interpretación que se ha dado de ellas hasta el momento en sede judicial. La ley y la jurisprudencia parecen alejarse de los ideales planteados en sede constitucional a favor de las víctimas o simplemente la aplicación del derecho, hasta el momento, se ha sustraído de dicho alcance.

Ni hablar de la reparación por violación a derechos humanos como la integridad personal de la forma en que dictamina la Corte Interamericana de Derechos Humanos pero cabe aquí dejar abierta la pregunta: ¿hasta qué punto las conductas de acoso en el trabajo pueden tenerse como ajenas a aquellas que de manera expresa se han señalado como violadoras de derechos fundamentales? O en su defecto: hasta qué punto resulta vinculante la doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de reparación? En ese orden de ideas sería factible también indagar por la necesidad de desarrollo legislativo

de derechos como a la honra e integridad moral a efectos de lograr su eficacia.

7. CONCLUSIONES

Necio sería afirmar que existe una ventaja entre uno u otro contexto normativo, o sugerir que puede haber un avance superior en materia social al menos en el plano legislativo de un lado o del otro del Atlántico. Lo que sí es cierto es que existen regulaciones disímiles pero, así mismo hay unos principios generales que se comparten plenamente. Desde el principio democrático y la independencia judicial hasta la disposición de mecanismos para la materialización de la justicia en las relaciones sociales son eventos en los que se puede llegar a un consenso y equiparar los sistemas. Así mismo, existen conductas de acoso en Francia como en Colombia o cualquier latitud donde quiera que haya relaciones laborales y existe también, a escala global, trabajadores y empleadores que intentan evadir o abusar del derecho. El juez tiene la última palabra.

Como conclusiones del análisis del derecho francés sobre reparación por conductas de acoso, se puede resaltar que ha existido un reconocimiento de la indemnización de perjuicios, en las dos esferas individuales (física y psicológica) esta última en consideración a que el trabajo es el lugar en el que se tejen relaciones humanas y de grupo porque si bien el derecho al trabajo es fundamental, este debe ser un espacio de desarrollo personal en el que prime un ambiente saludable para la salud mental y el bienestar de los actores¹⁷.

A diferencia del derecho colombiano donde aún se establece la responsabilidad del empleador “por el hecho de sus criados” conforme a las reglas del Código Civil, la naturaleza jurídica de la responsabilidad en Francia depende, por un lado, de la integración normativa que existe entre el derecho de las obligaciones y el Código Laboral y, por otro, del conjunto de reglas expresas que determinan obligaciones a cargo del empleador con relación al ambiente de trabajo entre las que se incluye la prevención del acoso laboral y sexual.

Dichas obligaciones han sido entendidas por los organismos judiciales como obligaciones de resultado al punto que al empleador, a efectos de ser exonerado, le corresponde demostrar que los daños tanto en la salud del subordinado como en su integridad moral y dignidad corresponden a causas ajenas a la labor.

¹⁷ ADAMS, *ibidem*.

La otra distinción deviene del aspecto probatorio que prácticamente exige al trabajador de probar daños ligados a conductas constitutivas de acoso, detalles de la modalidad de la conducta o de la forma en que se haya producido ni nexo causal entre los hostigamientos y daños a la salud. Basta con poner de presente los hechos y establecer con uno solo de ellos la presunción de que se ha cometido para que al empleador le corresponda probar la no ocurrencia de estos o que los actos que se exponen corresponden a móviles distintos a la intención de acosar.

La inversión de la carga de la prueba pone en un plano de privilegio al denunciante de la conducta de acoso que, como se mencionó, es usualmente utilizado para obtener el beneficio procesal al seno de otras demandas.

En este mismo punto de la carga de la prueba vale anotar que el ejercicio de derecho comparado que se efectúa en el campo de la reparación por conductas de acoso, no sugiere cambio alguno en la legislación colombiana. Si bien, la cultura jurídica de nuestro país puede ser asimilada al derecho continental europeo con raíces en el *civil law*, la práctica judicial en Colombia se proyecta como un escenario abierto a una cantidad de criterios que sencillamente materialicen la justicia en las relaciones laborales.

El procedimiento laboral colombiano dota al juez de unas herramientas eficientes para la consecución de aquellos elementos que lo acerquen a la verdad. En el caso de acoso, a determinar la existencia de las conductas o, en el otro extremo, la temeridad de la demanda.

El procedimiento laboral, si bien es predominantemente oral y con inmediación, no es un proceso de partes a semejanza del penal, por el contrario, mantiene un rasgo inquisitivo y se complementa con presunciones como aquella por no contestación de la demanda, no asistencia a la audiencia obligatoria de conciliación o confesión ficta.

Ahora bien, la redacción de las normas que establecen mecanismos de prevención de riesgos en el trabajo deja claro cuál es el grado de responsabilidad que le corresponde al empleador en caso de ocurrencia de conductas de acoso. No se llega hasta el punto del derecho francés de disponerse de una obligación de resultado con relación al deber de evitar toda clase de ataques contra la integridad de los trabajadores pero sí hasta señalarlo como un causante indirecto al cual se le puede reclamar teniendo como título la vinculatoriedad de las reglas que le imponen el deber de prevención.

En el campo de la reparación, la jurisprudencia colombiana ha hecho un énfasis en aquella debida a las víctimas de conductas punibles

en ejercicio del incidente de reparación integral sin que ello restrinja el campo de aplicación de los criterios de reparación integral al campo penal.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la reparación está conformada por medidas de satisfacción, de rehabilitación y de restitución cuando es posible, además de aquellas medidas compensatorias que son susceptibles de tasarse en dinero¹⁸. Sin entrar en detalle acerca de la forma que adopta cada una de las reparaciones, se destaca el hecho de que no solamente las órdenes judiciales encausadas a ordenar el pago de una prestación económica pueden ser clasificadas como una forma de reparación del daño.

Como se vio, el daño más sensible por las conductas de acoso es aquel daño intrínseco que recibe la persona que se ve sometida a los acosos. Habrá situaciones en que la forma de un llamado de atención afecte su autoestima hasta hacerle pensar que verdaderamente es una persona incapaz o inferior a los retos que puede significar el trabajo. En otros, la agresión causa directamente una afrenta a su honra con impacto inmediato en su estado anímico. Aquellas conductas descritas como “persecución” añaden una carga intensa de responsabilidad que, sin hacer cuenta de los perjuicios para la salud, lleva a restar tiempo al trabajador afectado en otras actividades de su vida. Más concretamente, si el acoso se manifiesta con imposición de gran cantidad de trabajo, lo más seguro es que el afectado consagre todas sus fuerzas para cumplir con lo que cree su responsabilidad y deje a un lado su vida familiar y social¹⁹.

Son reiteradas las ocasiones en que la conducta de un jefe de rechazo y malos tratos hacia un trabajador contagie a todos los miembros del grupo quienes, ya sea por congraciarse con su superior o como una forma de eliminar a un competidor, participen en los hechos abusivos, se comporten de modo excluyente con la víctima o sean simplemente indiferentes o ajenos a las intrigas de que el trabajador es objeto. Un ejemplo es el caso de la jurisprudencia francesa contra URSSAF (*supra*).

En suma, la reparación pecuniaria no puede verse como suficiente ni única ante situaciones comprobadas de acoso²⁰. Parecería extraño

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, sent. de 20 noviembre 2013.

¹⁹ CHAPERON, *ibidem*.

²⁰ PHILIPPE RAVISY, *Le harcèlement moral au travail*, París, Dalloz, 2007.

al modelo habitual de la parte resolutive de las sentencias pero hechos concretos que compensen el daño moral podrían ser ordenados por el juez. Valga decir, excusas a través de canales de comunicación de la empresa como el correo interno o carteleras, estímulos, días de reposo remunerados, promociones antes negadas o capacitación a compañeros de trabajo son propuestos en la doctrina francesa como otras formas de reparación.

Aunque parezca extraño para el derecho colombiano y el contenido que deben tener las sentencias, hay que decir que no contraviene para nada el derecho sustantivo ni puede tomarse como un imposible procesal pues basta estudiar a fondo las facultades del artículo 50 del CPTSS para concluir que bien podrían ser parte de la decisión que haga justicia en el caso concreto y, de acuerdo con la gravedad del caso, reemplazar o complementar las indemnizaciones monetarias así como la orden de reintegro.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAM, PATRICE: *Le harcèlement moral*, París, Dalloz, 2008.
- ANASTASSOPOULOS, JEAN PIERRE: *Pour une nouvelle politique d'entreprise: contingence et liberté*, París, Presses universitaires de France, 1985.
- BILHERAN, A.: *Le harcèlement moral*, París, A. Colin, 2007.
- BRISSY, STÉPHANE: L'obligation de résultat dans le contrat de travail. Thèse de doctorat en droit privé, Lille, Université de Lille 2, 2004.
- BRISSY, STÉPHANE: L'avant-projet de réforme du droit des obligations: une source d'évolution pour le droit du travail, *Revista Droit Social*, 2007, 1.
- CASADO, BOLÍVAR: *Le Harcèlement moral en France et en Grande Bretagne*, Thèse de doctorat en droit privé. M
- CORTÉS, ÉDGAR: El resarcimiento del daño a la persona en el derecho latinoamericano. Elementos para una discusión traídos de los modelos europeos, en *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CHAPERON, ANNE-FRANCOISE y Autres: *Harcèlement moral au travail. Comprendre et se défendre*, París, Odile Jacob, 2014.
- FERNÁNDEZ GAGO, ROBERTO: *Administración de la responsabilidad social corporativa*, Madrid, Thomson, 2005.
- FUENTES ROCAÑIN, JOSÉ CARLOS: *Mobbing: acoso laboral. Psicoterrorismo en el trabajo. De los conceptos teóricos a la realidad práctica*, Madrid, Arán, 2004.

- GAVA, MARIE-JOSÉ: *Harcèlement moral Comment s'en sortir?*, Bordeaux, Institut du Travail de l' Université de Bordeaux IV, 2012.
- GONZÁLEZ, TOMÁS: *Mobbing, el acoso psicológico en el ámbito laboral*, Buenos Aires, B de F, 2010.
- GONZÁLEZ DEL REY, IGNACIO: *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo. Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, Granada, Comares, 2007.
- GREBOT, ÉLISABETH: *Stress et burn out ou travail*, París, Grupe Eyrolles, 2008.
- GUIZA, LEONARDO y CAMACHO, ADRIANA: *Acoso laboral en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2013.
- HIRIGOYEN, MARIE FRANCE: *El acoso moral, el maltrato psicologico en la vida cotidiana*, Barcelona, Paidós, 1999.
- KANT, IMMANUEL: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Barcelona, Ariel, 1999.
- LEROUGE, LOÏC: *Risques psychosociaux en droit social*, París, Dalloz, 2014.
- Le droit du travail français confronté aux nouveaux risques. Quelle prise en compte de la santé mentale en droit du travail? *Remest*, 5, 2, recuperado de www.remest.ca/documents/LerougeREMESTVol5no2.pdf.
- LEYMANN, HEINZ: Ph. D. *Mobbing y terror psicologico en los lugares de trabajo*, *Violence and Victims*, 1990, 5, 2. Universidad Estocolmo, Instituto Nacional de Salud Laboral Estocolmo.
- LEYMANN, HEINZ: *Mobbing: la persécution au travail*, París, Seuil, 1996.
- MARTÍNEZ ABASCAL, VICENTE ANTONIO: *El acoso moral en el trabajo: claves para su protección extrajudicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- MARTÍNEZ ALCÁNTARA, SUSANA: *El estudio de la integralidad mental en su relación con el proceso de trabajo*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, unidad Xochimilco, 2009.
- NOURI, SID BENYAHIA: *L'évolution des concepts d'obligation de moyens et d'obligation de resultat* Thèse de doctorat en Droit privé Sous la direction de Henry Blaise Soutenu en 1990 à Rennes 1.
- RADÉ, CHRISTOPHE: *Harcèlement Moral et Responsabilité au Seint de l'Entreprise*, *Revue de Droit du Travail*, 2006, 150, París, Dalloz.
- RAVISY, PHILIPPE: *Le harcèlement moral au travail*, París, Dalloz, 2007.
- RUBIO, ANA: *Dignidad e igualdad en derechos: el acoso en el trabajo*, Madrid, Dykinson, Junta de Andalucía, 2012.
- URRUTIKOETXEA, BARRUTIA MIKEL: *Acoso laboral y lesión de derechos fundamentales*, Madrid, Bomarzo, 2014.

A) Jurisprudencia colombiana

- Corte Const. colombiana, sent. C-180 de 2014, M. P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Suprema de Justicia. SL2799-2014. M. P. Rigoberto Echeverri Bueño. (5) de marzo de dos mil catorce (2014).
- Corte Suprema de Justicia. AL1469-2014. M. P. Luis Gabriel Miranda Buelvas. (19) de marzo de dos mil catorce (2014).
- Corte Suprema de Justicia. CL 44077 M. P. Carlos Ernesto Molina. (06) de agosto de dos mil trece (2013).
- Corte Suprema de Justicia. CL 413-2013. M. P. Elsy del Pilar Cuello Calderón. (29) de mayo de dos mil trece (2013).
- Corte Const. colombiana, sent. SU-254 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Const. colombiana, sent. T-174 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Suprema de Justicia, rad. 38923. M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez. (27) de julio de dos mil diez (2010).
- Corte Const. colombiana, sent. C-960 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Const. colombiana, sent. T-882 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Suprema de Justicia. CL 27501. M. P. Luis Javier Osorio López. (04) de julio de dos mil seis (2006).
- Corte Const. Colombiana, sent. C-1507 de 8 noviembre 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

B) Sistema Interamericano de Derechos Humanos

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, sentencia de 20 de noviembre del 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sentencia de 30 de enero del 2014.

C) Jurisprudencia francesa

- 11 octobre 1994, pourvoi n° 91-40.025, Bull. 1994, V, n° 269 (rejet).
- 28 octobre 1997, pourvois n° 95-40.272 et 95-40.509, Bull. 1997, V, n° 339 (cassation partielle).
- Cour de cassation Française – Chambre sociale – 08 février 2005, no 02-46.527.

Cour de cassation Française – Chambre sociale – 30 mars 2005, no 03-41.518.

Cour d'Apellation de Paris, 1er mars 2005, No 04/35759.

Cour d'Apellation de Dijon, 8 févr. 2005, No 04/00472.

Cour de Cassation Française – Chambre sociale 17 mai 2006, pourvoi n° 04-47.455, Bull. 2006, V, n° 176 (rejet).

Cour de Cassation Française – Chambre sociale – 19 de diciembre del 2007, no 06-42.550.

Cour de Cassation Française – Chambre sociale – 13 de diciembre del 2007, no 06-45.818.

Cour de Cassation Française – Chambre sociale – 2 juillet 2008 – n° 06-46.310.

Cour de Cassation Française – Chambre sociale – 3 de febrero 2010 - No. 08-44019.

Cour de Cassation Française – Chambre sociale – 29 novembre 2011 – n° 10-19.435.

Cour de Cassation Française – Chambre sociale – 15 mai 2013 – n° 11-22.396.

PARTE TERCERA

**TRABAJADORES Y EMPLEADORES,
RETOS DE LOS ENTORNOS
EMPRESARIALES Y SOCIALES**

CAPÍTULO I

LA UNIDAD DE EMPRESA EN LAS DINÁMICAS EMPRESARIALES ACTUALES*

SANTIAGO ANDRÉS MARTÍNEZ MÉNDEZ**

1. INTRODUCCIÓN

La unidad de empresa es una institución del derecho laboral (es un derecho preconstitucional, es decir, previo a la Constitución de 1991, pero armónico con esta) que se basa en dos principios a saber: (1) la primacía de la realidad sobre las formalidades y, (2) la igualdad de condiciones de los trabajadores que prestan sus servicios para un mismo empleador.

Si entendemos la unidad de empresa a partir de estos dos principios, podremos abarcar la complejidad de los detalles que la rodean, más aún en una economía y en un sistema empresarial cambiante que desafía permanentemente a un derecho laboral estático como derecho positivo, pero dinámico en lo jurisprudencial y casuístico.

En esa medida, siendo que algunas empresas han encontrado en la fragmentación de actividades eficiencias en los procesos productivos y mayor especialidad, la llegada de legislación para lograr facilidad de constitución de sociedades (particularmente, con la llegada de las sociedades por acciones simplificadas¹, Ley 1258 de 2008) y en ocasiones

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.29>

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana (mención de honor), especialista en Derecho Laboral de la misma universidad, miembro del Colegio de Abogados de Derecho del Trabajo, organización en la cual obtuvo en dos oportunidades premio al primer puesto en investigación del Concurso de Ensayo Jurídico, categoría pregrado y posgrado. Profesor titular en pregrado y de los diplomados de Derecho Laboral en las universidades de Los Andes y Javeriana. Conferencista habitual en eventos organizados por Godoy Córdoba Abogados, firma en la que trabaja como asociado sénior desde enero de 2009, y con otras entidades como Amcham, Littler, Cámara Colombo Chilena, entre otras. Catalogado como abogado recomendado por la publicación inglesa *Legal 500*.

¹ Ley 1258 de 2008.

la necesidad de tener unos costos laborales diferenciados por el tipo de actividad dentro de una misma cadena de producción, ha llevado a que la unidad de empresa sea una figura que recobre vigencia estando a la orden del día en diferentes industrias y en las principales empresas del país. Ello exige un análisis de los elementos que la configuran, el proceso y efectos de la declaratoria y el estudio de algunas de las situaciones controversiales.

2. DESARROLLO

A) Orígenes de la figura

Partiendo de los principios orientadores mencionados, entendemos que la unidad de empresa surge para solucionar las diferencias salariales y prestacionales entre trabajadores que, a pesar de ser (formalmente) de diferentes empresas, existe una empresa principal dueña de las subsidiarias haciendo actividades similares, conexas o complementarias.

De igual manera, es una de las expresiones de la primacía de la realidad sobre las formalidades, cuando, en palabras del Consejo de Estado, la unidad de empresa tiene como finalidad evitar la simulación de realidades económicas mediante la constitución de diferentes sociedades, lo anterior en perjuicio de los trabajadores².

Por su parte, la Corte Constitucional, encuentra sentido en la unidad de empresa cuando una empresa económicamente poderosa se fragmenta, haciendo que el capital de cada una de ella sea inferior, de manera que los derechos y garantías extralegales y los salarios que se acuerden, sean inferiores a los que realmente podrían lograr si no se hubiese fragmentado el capital³.

El entendimiento de la figura de unidad de empresa por parte de estas corporaciones pareciera estar fundado en un elemento subjetivo: la mala fe del empleador en querer desconocer los derechos de los trabajadores o generar pagos inferiores a los que realmente podría. Lo cual lo comparten historiadores como DAVID BUSHNELL cuando en su obra *Colombia, una nación a pesar de sí misma* menciona las maniobras

² C. de E., sent. de 8 marzo 1994, rad. 5933, C. P. Dolly Pedraza de Arenas.

³ Corte Const., sent. C-1185 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz.

de fragmentación empresarial de los terratenientes de la minería para disminuir sus costos laborales⁴.

No podría desconocerse que la fragmentación del capital en tiempos pasados implicaría disminución de costos laborales, si recordamos que gran parte de las prestaciones sociales reconocidas en el título VIII del Código Sustantivo del Trabajo sobre Prestaciones Patronales Comunes estaban atadas a la capacidad económica del empleador que se medía en el capital social.

Ahora, bajo un esquema laboral como el actual, en que los mínimos salariales y prestacionales son equivalentes en todas las empresas y que los reconocimientos extralegales podrán ser reconocidos en igualdad de condiciones, en virtud que incluso podrá ser el mismo sindicato de industria entre las distintas empresas aquel que abandere la lucha de mejores condiciones, resulta cuestionable ese elemento subjetivo que le ha sido incluido a la unidad de empresa.

Tan es así, que la propia Ley 550 de 1999 cuestionó la relevancia de la unidad de empresa llevando a que se derogara el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, al entender que resultaba anacrónica, irrelevante para la protección de los derechos laborales y que podría ser un freno para el desarrollo y la creación de nuevos empleos. Al poco tiempo, la Corte Constitucional la declara inexecutable por considerar que la unidad de empresa es un derecho preconstitucional, regresando a la redacción de la reforma de 1965 que tenemos actualmente⁵.

B) *Elementos de la figura*

a) *La unidad de explotación económica.* Si bien no existe una definición legal de la explotación económica, la entenderemos como empresa o parte de esta toda vez que el artículo 25 del Código de Comercio entiende por empresa “toda *actividad* económica organizada para [...]” por tanto, entendiendo la actividad económica como el género, la explotación podrá ser una de sus manifestaciones, lo que concuerda con lo expuesto en el artículo 20 del mismo código, al tener *explotación* como actividad mercantil que se desarrolla a través de la empresa.

Tan es así, que la Ley 336 de 1996, en su artículo 10, definía las empresas transportadoras como

⁴ DAVID BUSHNELL, *Colombia. Una nación a pesar de sí misma*. Bogotá, Planeta, 1996.

⁵ Corte Const., sent. C-1185 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz.

la persona natural o jurídica constituida como *unidad de explotación* económica permanente con los equipos, instalaciones y órganos de administración adecuados para efectuar el traslado de un lugar a otro de personas o cosas, o de unas y otras conjuntamente.

Así mismo, cuando el artículo 1207 del Código de Comercio regula la prenda sin tenencia del empleador de los bienes de la empresa señala: “Salvo las excepciones legales, podrá gravarse con prenda, conservando el deudor la tenencia de la cosa, toda clase de muebles *necesarios para una explotación económica* y destinados a ella o que sean resultado de la misma explotación”.

Por último, cabe resaltar que por integración empresarial, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha entendido (a partir de citas doctrinarias) que es: “toda la gama de alternativas jurídicas, económicas, administrativas y de cualquier índole que conducen a que dos o más *unidades de explotación económica* actúen sustancialmente en beneficio de un mismo interés, independientemente de que subsistan o no como individualidades” y la Superintendencia de Sociedades “entiéndase por empresa toda unidad de explotación económica”⁶ a lo cual, la Corte Suprema de Justicia, no ha sido ajena a “entiéndase por empresa toda unidad de explotación económica”⁷.

En ese orden de ideas, siendo la explotación una actividad con un interés de provecho económico (legislación comercial) armonizado con el numeral 1 del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, entenderemos por la unidad de explotación económica el conjunto de actividades de la empresa.

b) *La dependencia económica y el predominio económico.* Un segundo elemento necesario para la configuración de la unidad de empresa, adicional de la unidad de explotación económica explicado en el punto anterior, es la *dependencia económica y predominio económico*. Teniendo en cuenta que no hay una definición en la legislación laboral sobre este concepto, resulta necesario explorar la legislación comercial.

En primer lugar, es importante mencionar que este concepto fue incluido en el Decreto 2351 de 1965 que modificó el texto original del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo y, al hacerlo, pareciera que quiso entender la dependencia económica y el predominio

⁶ Circular Externa 100-000004 de 31 de mayo de 2013.

⁷ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, rad. 2747, C. P. Carlos Arturo Orjuela Góngora, 25 de julio de 1996.

económico son un solo concepto. Para la Real Academia Española, mientras que por *dependencia* entiende estar “subordinado a un poder mayor”, por *predominio* entiende “fuerza dominante”. Al margen de la discusión de una eventual diferencia entre la dependencia económica y el predominio económico, entendemos que el legislador las entiende como un único concepto al incluirlas dentro de los elementos que configuran la unidad de empresa, pues los expresa indistintamente en los numerales 1 y 2 del mismo artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo.

Superada dicha disyuntiva entenderemos predominio y dependencia como un mismo concepto. Ahora, entramos en el entendimiento de lo que son estas figuras:

1) Históricamente el Consejo de Estado⁸ ha entendido que el predominio económico está dado por analogía, con los artículos 260 y 261 del Código de Comercio. Según los cuales, existe subordinación o control de una matriz o controlante a la subordinada o subsidiaria cuando el poder de decisión se encuentra sometido a la voluntad de la controlante y se presume en los siguientes casos:

a) Según el capital: si la controlante tiene más del cincuenta por ciento (50%) del capital de la subordinada de manera directa o indirecta.

b) Según el criterio orgánico: cuando la controlante tiene mayoría mínima decisoria en la junta de socios o asamblea o si tiene el número de votos para elegir a la mayoría de los miembros de la junta directiva.

c) Por acto o negocio: si en razón de acto o negocio, la controlante ejerce influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la controlada.

2) Sin embargo, no existe homogeneidad en determinar si se requiere una sola de las presunciones, o exclusivamente la de capital por tratarse de la única a la que se refiere con contenido económico pues, por un lado, encontramos corrientes en las que se sostiene que el predominio económico podrá darse por la existencia de los supuestos del artículo 261 del Código de Comercio en términos genéricos, pero de igual manera, corrientes en las que se aterriza a que debe ser con exclusividad del numeral 1 de dicha norma, como se expone a continuación:

a) Tesis uno: el predominio económico debe ser entendido cuando se da el presupuesto del numeral 1 del artículo 260 del Código de

⁸ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, rad. 11001-03-25-000-2005-00233-00(9904-05), C. P. Alfonso Vargas Rincón, 28 de junio de 2012.

Comercio, para efectos de la declaratoria de la unidad de empresa, descartando de esta manera que el control o injerencia que prevén los numerales 2 y 3 del mismo artículo puedan configurarla.

Posición sostenida recientemente por el Consejo de Estado en casos de McCann Erikson Corporation S. A.⁹, que en el pasado se ha reiterado como en el caso Mina El Retorno Ltda.¹⁰, la Flota Mercante Grancolombiana¹¹, entre otros.

b) Tesis dos: el predominio económico debe ser entendido en un contexto amplio, es decir, a efectos de la declaratoria de unidad de empresa no debe limitarse a un criterio de capital, como ocurrió en el caso Industrias de Acero¹² donde hace un estudio sobre el control orgánico o político y no lo limita al de capital o en el caso de Fernando Laverde Gallego¹³.

3) En nuestro entendimiento resulta acertado remitirse a la legislación comercial para superar el vacío que existe en lo laboral sobre lo que es la dependencia y el predominio económico. Por lo que resulta apropiada la remisión a los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, que buscan regular la situación cuando la matriz subordina y ejerce fuerza dominante sobre la controlada, que es precisamente lo que debe entenderse por dependencia y predominio.

Ahora bien, no podemos perder de vista que el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo hace referencia a un tipo de subordinación y dominio en particular: el económico. En esa medida, equiparar el predominio económico con la subordinación sería darle un alcance más amplio que el que la norma citada previó, pues debemos entender la subordinación como el género el cual cuenta con tres supuestos (no taxativos) en el artículo 261 del Código de Comercio: (1) el económico o de capital; (2) el orgánico o de control de gobierno y (3) el de negocio.

4) Por otro lado, importa destacar que quien debe tener el predominio económico es la controlante como persona jurídica independiente de

⁹ C. de E., sent. de 28 junio 2012, Subsección A, rad. 9904-05, C. P. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁰ C. de E., sent. de 27 septiembre 1994, Sección Segunda, rad. 5136, C. P. Clara Forero de Castro.

¹¹ C. de E., sent. de 2 octubre 1992, Sección Segunda, rad. 3201, C. P. Reynaldo Arciniegas Baedecker.

¹² C. de E., sent. de 25 julio 1996, Sección Segunda, rad. 2747, C. P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

¹³ C. S. de J., sent. de 14 agosto 2003, Sala de Casación Laboral, rad. 20142, M. P. Fernando Vásquez Botero.

los socios. Precisión que resulta indispensable hacer, pues cuando se hace referencia a capital, automáticamente implica la separación de las personas naturales de las jurídicas, aun así las mismas personas naturales sean socias de las diferentes empresas.

Lo anterior implica que una persona natural inversionista que es dueño parcial o totalmente de diferentes negocios, no conlleva necesariamente a la unidad de empresa en la medida en que el predominio económico no esté concentrado en un negocio controlante¹⁴.

c) *Las partes que intervienen: la principal, las filiales y las subsidiarias.* La unidad de empresa supone la existencia de una empresa principal o matriz, seguida de una(s) filial(es) o subsidiaria(s). Lo que exige entender desde el punto de vista comercial, los conceptos enunciados.

- **Matriz:** corresponde a la sociedad que ejerce control administrativo, económico, financiero y de decisión a las matrices o subordinadas. Por el hecho de existir una matriz, no necesariamente habrá grupo empresarial, pues de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, este requiere unidad de propósito y dirección, lo cual no necesariamente ocurre con la matriz. Tampoco podría decirse que el grupo empresarial necesariamente conlleva a la unidad de empresa, pues además del predominio económico, se requeriría de actividades similares, conexas o complementarias.

- **Filiales o subsidiarias:** a diferencia de las sucursales y las agencias, las filiales y las subsidiarias tienen personería jurídica propia. Sin embargo, su poder de decisión se encuentra sometido a la voluntad de la matriz.

- Cuando la subordinación se ejerza de manera directa, se denomina filial.

- Cuando el control es ejercido por subordinadas de la matriz, se denomina subsidiaria.

Estas definiciones nos permiten entender que la unidad de empresa llegará no solo hasta la que tenga dentro de sí el predominio económico, sino que a su vez escalará hasta la matriz originaria. Situación que exige reflexiones, en particular, cuando la matriz está ubicada en Colombia, la filial o una sucursal en el extranjero y la subsidiaria en Colombia, ante la duda de si aplicaría o no la unidad de empresa entre la matriz y la subsidiaria, pues en principio la unidad de empresa no aplica de

¹⁴ *Ibidem.*

manera extraterritorial, lo cual será un tema que será profundizado en el punto 2.3.

d) *Las actividades similares, conexas o complementarias*

A. Interpretación gramatical

Para un adecuado entendimiento de los conceptos de similaridad, conexidad y complementariedad, resulta necesario remitirnos al diccionario de la Real Academia Española, como lo indica la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 16 de diciembre de 2009:

a) *Similar*: “ semejanza o parecido”;

b) *Conexas*: “actividades enlazadas o relacionadas entre sí, con una estrecha vinculación” y

c) *Complementarias*: “actividades las cuales unas deben completar o perfeccionar la de la otra, con condición de que sirva como eficaz complemento de las actividades comerciales”¹⁵.

Ahora bien, las definiciones enunciadas resultan necesarias para un mejor entendimiento de ese elemento objetivo dentro de la figura de la unidad de empresa, sin embargo, consideramos indispensable remitirnos al campo comercial para el análisis desde la perspectiva de las integraciones, bien sea vertical u horizontal pues es a través de esta que se acercará de una mejor manera a la teleología del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo.

B. Integraciones empresariales

- La integración vertical: corresponde a compañías que se integran, unidas jerárquicamente que tienen un mismo dueño, las cuales realizan diferentes actividades pero buscan satisfacer una necesidad común. Puede presentarse por diferentes vías: hacia atrás, cuando la subsidiaria produce algunos de los materiales utilizados en la fabricación de los productos finales; hacia adelante, cuando las subsidiarias distribuyen o venden los productos; compensadas, cuando las subsidiarias se encargan de suministrar los materiales y distribuir los productos.

- Por su parte, la integración horizontal corresponde cuando la propiedad de empresas se da una misma actividad económica, logrando de esta manera, mayor control dentro del mercado. De manera predominante, se puede ver el caso de cadenas de ropa donde a pesar de existir diferentes marcas, segmentadas por diferentes consumidores, son en últimas, de un solo dueño.

¹⁵ C. S. de J., Sala Laboral, sent. 32212 de 16 diciembre 2009, M. P. Dr. Gustavo Gnecco Mendoza.

De lo anterior, en materia mercantil también resulta indispensable la definición del tipo de actividad, si es similar, conexas o complementaria. Para lo cual REYES VILLAMIZAR nos aporta:

- Actividades similares: desde luego, no correspondería al tipo de actividades de la integración vertical, que dan su aporte en diferentes momentos de la cadena del suministro, sino de la integración horizontal. Al respecto se entiende que operaría la integración vertical cuando se trata de: “actividades económicas iguales o semejantes a las que este realiza”¹⁶.

- Actividades conexas o complementarias: en este supuesto entenderíamos que se trata de la integración vertical, pues las empresas no tienen por objeto actividades iguales o semejantes sino de complemento para el bien final. De manera que el análisis bajo esta premisa, debe estar orientado a conocer si las actividades de las empresas hacen parte de una misma cadena productiva dentro de la actividad económica realizada por la controlante.

e) *Zonas de condiciones económicas similares*. Se agrega un último elemento, según el cual se dará aplicación de la unidad de empresa cuando la filial o subsidiaria se encuentre ubicada en zonas de condiciones económicas similares a la principal, esto es, que a través de mediciones macroeconómicas como pueden ser: índice de precios de la canasta básica familiar, niveles de ingreso de los habitantes, costos de los servicios públicos, precio de la tierra, entre otros, se comparen las regiones geográficamente para entender si el lugar donde la matriz opera tiene condiciones económicas similares a las de la subsidiaria o filial.

Frente al particular, consideramos importante hacer las siguientes precisiones:

- La delimitación no es exclusivamente por país, puede ser a escala regional. De manera que dentro del territorio nacional se entiende que puede haber zonas de diferentes condiciones económicas.

- Lo importante no debe ser el domicilio de la filial o subsidiaria, sino el lugar donde se desarrollan las actividades, pues este elemento pretende aplicar un principio de igualdad, que implica un trato diferente ante supuestos distintos (valor del transporte, vivienda, canasta básica familiar, en general, el costo de vida).

¹⁶ FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, *Derecho societario*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 2016, pág. 528.

- La Convención Colectiva de Trabajo puede evitar que este aspecto quede sujeto a la interpretación del juez o inspector del trabajo, haciendo mención de las zonas en las que aplicaría y en las que no.

C) *Situaciones controversiales*

a) *La unidad de empresa transnacional.* La unidad de empresa transnacional abre el debate sobre la posibilidad de que esta se declare estando una de las intervinientes (principal, subsidiaria o filial) ubicada fuera del territorio nacional, de manera que dicha declaratoria genere efectos en Colombia (si la subsidiaria o filial está domiciliada en Colombia) o afecte derechos de trabajadores en el extranjero (si la subsidiaria o filial se encuentran domiciliadas fuera del territorio nacional).

En relación con este aspecto consideramos lo siguiente:

- El principio de territorialidad y de primacía de realidad deben operar en este supuesto. Para el primero, es importante tener presente que la aplicación de las normas laborales opera dentro del territorio nacional colombiano (C. S. del T., art. 2º). Esta posición la compartió el Consejo de Estado en 1974 al declarar la nulidad de las resoluciones 2449 y 1095 de 1972 y 1973, respectivamente, dado que en estas se declaraba la unidad de empresa con una filial ubicada en el extranjero, precisando lo siguiente: “Estos trabajadores, por lo demás, han de prestar sus servicios dentro del país porque de lo contrario mal podría lograrse el cumplimiento de las leyes sociales perseguido por el legislador, dado el carácter eminentemente territorial de nuestras leyes en materia laboral”¹⁷.

- Así mismo, en aplicación del elemento “condiciones económicas similares”, las condiciones de un país y otro no siempre son similares, lo que constituiría una segunda barrera para pensar en la posibilidad de esta declaratoria. La Corte Suprema de Justicia¹⁸ ha entendido que por zona puede ser geográficamente entre diferentes países, sino también regiones o ciudades.

b) *Declaratoria de unidad de empresa con una holding.* En ausencia de norma legal sobre las *holding* nos remitiremos al entendimiento que la Superintendencia de Sociedades le ha dado a esta figura: “Se entiende por *holding* una organización económica que controla una

¹⁷ C. de E., Sección Segunda, rad. 1202, C. P. Rafael Tafur Herrán, 2 de diciembre de 1974.

¹⁸ C. S. de J., sent. 12752 de 1º marzo 2000, M. P. Carlos Isaac Nader.

serie de compañías que le garantizan un control sobre los diferentes factores de un mercado”¹⁹.

De lo anterior entendemos que cumpliría con el requisito de predominio económico en la medida en que existe control por parte de la matriz hacia sus subordinadas y por lo general, se trataría de una integración vertical, en la cual interviene la cadena productiva.

Ahora bien, la pregunta de fondo que debemos plantearnos es si podría declararse la unidad de empresa con una *holding* que es utilizada como figura societaria, en la cual exclusivamente controla las subordinadas, pero no tiene trabajadores a cargo. Frente al particular, conviene precisar los siguientes escenarios:

- Declaración con la matriz: si la sociedad no tiene trabajadores, no habrá referente de salarios y prestaciones extralegales por aplicar a la filial o subsidiaria, por tanto, podría resultar ineficaz la declaratoria al no producir los efectos legales previstos en la norma. Ahora bien, como se verá más adelante, la Corte Suprema de Justicia le ha dado un alcance más amplio a los efectos de la declaratoria de unidad de empresa, por tanto, a efectos de responsabilizar a la matriz por incumplimientos del contrato de trabajo, en la medida en que se reúnan los requisitos legales expuestos, podría darse la situación a instancias judiciales.

- Declaración entre las filiales o subsidiarias: en la medida en que la matriz no tenga trabajadores, podría generarse la situación de que los trabajadores de una de las filiales o subsidiarias pretendiera la nivelación salarial o prestacional de otra de las filiales o subsidiarias. Frente a este punto, consideramos que no sería viable la declaratoria de unidad de empresa, toda vez que esta está prevista por el legislador entre matrices o controlantes y subsidiarias o filiales. Una decisión judicial que base su decisión de equiparación de salarios y prestaciones entre filiales sin que sea con referencia a los ingresos de la matriz, desbordaría la figura de unidad de empresa

D) *Proceso de declaratoria*

a) *Autoridades competentes*. Son dos las autoridades competentes para la declaratoria de la unidad de empresa pero cada una de ellas con un alcance diferente. De acuerdo con el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo (num. 4), será el Ministerio del Trabajo el

¹⁹ Superintendencia de Sociedades, concepto 115-085357, de 17 septiembre 2010.

competente para declararla, de oficio o a solicitud de parte y, de igual manera, lo será el juez laboral, desde luego cuando proviene del estudio de una acción judicial.

Cuando nos referimos a que el alcance de la declaratoria de unidad de empresa variará según la autoridad que la declare, hacemos referencia a lo siguiente: los efectos de la providencia judicial en la que se declara la existencia de la unidad de empresa solo generarán efectos entre las partes, mientras que el acto administrativo del inspector del trabajo afectará a todos los trabajadores de la empresa.

Uno de los grandes cuestionamientos es si la declaratoria puede o no generar efectos hacia el pasado por tratarse de un pronunciamiento declarativo (donde los efectos surgen a partir del momento en que se reunieron las condiciones de la declaratoria de la unidad de empresa) o si por el contrario, será un acto constitutivo en la medida en que creará derechos a partir de su declaratoria.

Frente al particular, consideramos que una decisión que provenga de la autoridad administrativa a través de un acto administrativo solo podrá producir efectos a partir de su expedición pero su decisión es declaratoria, lo que implicaría que la unidad de empresa existe desde que se reunieron los hechos constitutivos expuestos en este artículo, sin embargo, consideramos que las equiparaciones salariales y prestacionales podrán ser, a futuro, desde la declaratoria en consideración a:

- De acuerdo con el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011, las actuaciones y procedimientos administrativos deberán ser guiados por la interpretación y aplicación de la Constitución y las leyes especiales.

- Por su parte, el artículo 44 de la misma ley considera que la decisión de la autoridad deberá ser adecuada a los fines de la norma y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

- Así mismo, cabe recordar que de acuerdo con el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo los inspectores del trabajo no podrán declarar derechos individuales.

- El artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo hace claridad de que el juez o inspector del trabajo podrán ordenar la aplicación de los salarios y prestaciones solamente al momento de declararse la unidad de empresa.

- Por todo lo anterior, mal haría un inspector que definiera la obligatoriedad de liquidación de derechos salariales o prestacionales de trabajadores y, por tanto, corresponderá al empleador proceder con el

ajuste desde su declaratoria, pues de no hacerlo, el trabajador podrá iniciar acciones judiciales para materializar su cobro.

Por último, cabría mencionar que el estudio de unidad de empresa no genera cosa juzgada, en la medida en que los hechos que la motivan son cambiantes y el hecho de la compra de una mayor participación del componente accionario, de un momento a otro, podría configurar el elemento de predominio económico.

b) *Procedimiento que debe adelantarse.* En materia judicial no existe un procedimiento especial, por tanto, podrá adelantarse por vía del proceso ordinario de acuerdo con las reglas del Código Procesal del Trabajo. En cuanto al procedimiento cuando el competente es el inspector del trabajo es a través del procedimiento administrativo establecido en el Manual del inspector del trabajo, el que ponga fin a la investigación mediante un acto administrativo que admitirá los recursos de reposición y en subsidio de apelación en la vía gubernativa, seguidos de una eventual demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en el Contencioso Administrativo.

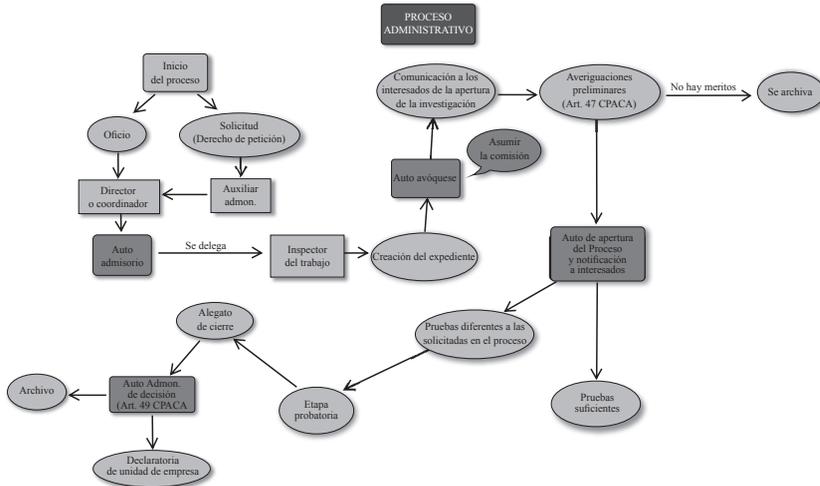
Cuando se da inicio a la investigación por instrucción del Memorando 88230 de 2013 se deberá suministrar la siguiente información:

- 1) Objeto social dentro del certificado de existencia y representación legal actualizado.
- 2) En campo, verificar cuál es el objeto social que se desarrolla actualmente.
- 3) Composición accionaria de las empresas.
- 4) Último balance general auditado de cada una de las empresas.
- 5) Descripción actualizada de la estructura organizacional con su respectiva asignación de cargos y funciones.
- 6) Descripción general de los procesos productivos, procedimientos u operaciones de todas las empresas relacionadas en la presunta unidad de empresa.
- 7) Relaciones comerciales entre las empresas.
- 8) Relaciones laborales entre las empresas.

Así mismo, cabe recordar que de acuerdo con la resolución 2143 de 28 de mayo de 2014, el competente para estudiar y declarar la unidad de empresa será el director territorial del domicilio principal de la empresa respecto de la cual se solicita la declaración (entendemos que sería el de la principal), en los términos del artículo 9°.

Con dicha información, el trámite que se seguiría sería el siguiente:

Esquema 1. Trámite de la declaratoria de unidad de empresa



Fuente: *Manual del inspector del trabajo*, 2014.

Sobre el particular, consideramos importante mencionar que no compartimos que la actuación se oriente por normas del capítulo de sanciones administrativas previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que la unidad de empresa no constituye un acto ilegal, sino una garantía a los trabajadores que prestan servicios en subsidiarias o filiales para que sus condiciones laborales no sean inferiores a las de la controlante.

E) Efectos de la declaratoria de unidad de empresa

a) *En principio los efectos solo serían respecto de los salarios y prestaciones extralegales.* Históricamente se ha entendido que los efectos de la unidad de empresa serán respecto de las prestaciones extralegales de los trabajadores, para que no exista discriminación entre los beneficios de los trabajadores de la principal, con los trabajadores de las filiales o subsidiarias, esto en consideración a:

- El artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo que regula la unidad de empresa se encuentra ubicado en el título VIII sobre prestaciones patronales.

- Recordemos que anteriormente las prestaciones sociales podrían variar según el capital del empleador, por tanto, tomar medidas para

evitar que el fraccionamiento de capital ocultara una única empresa resultaba imperativo.

- Tan es así, que la Corte Constitucional le reconoce ese efecto a la unidad de empresa cuando en dice:

La unidad de empresa es un instituto jurídico propio del derecho laboral que busca hacer realidad el principio de igualdad entre todos los trabajadores que laboran para un mismo patrón [*sic*], entendiéndose que lo hacen cuando prestan sus servicios en una o varias empresas dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, siempre que desarrollen actividades similares conexas o complementarias. La igualdad se hace realidad reconociendo a todos los trabajadores un mismo sistema especial salarial y prestacional, con fundamento en la capacidad económica de quien se considera un único patrón [*sic*]²⁰.

- El numeral 2 del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo dice que se extenderán los salarios y prestaciones de la principal cuando así lo defina el juez o inspector.

No obstante lo anterior, no podemos desconocer que la literalidad del numeral 1 del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo empieza por definir “se entiende como una sola empresa [...]”, lo que válidamente admitiría la posibilidad de que para todos los efectos laborales se trate de una sola empresa, como recientemente lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia y expondremos a continuación.

b) *Otros efectos.* Mal haríamos en desconocer que por intermedio de esta figura se puedan generar otro tipo de efectivos más allá del salarial y el prestacional, si la tendencia reciente de la Corte Suprema así lo ha establecido.

En un importante pronunciamiento, que a la publicación de esta obra ya habrá cumplido más de un quinquenio, la Corte Suprema de Justicia aclaró que el alcance de la declaratoria de la unidad de empresa era *para todos los efectos laborales*:

De lo expuesto en sede de casación se concluye, entonces, la existencia de unidad de empresa entre las demandadas, de tal suerte que, para todos los efectos laborales, debe concluirse que la prestación del servicio que se dio inicialmente con el BBVA Banco Ganadero S. A. y la Fiduciaria Ganadera S. A., entre el 30 de agosto de 1979 y el 9 de abril de 2001, cuando fue despedido el actor sin justa causa, devengando

²⁰ Corte Const., sent. C-1185 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

como último salario la suma mensual de \$ 4 273 000, debe considerarse efectuada a una sola empresa. Esos extremos temporales surgen de la valoración de las liquidaciones de prestaciones sociales vistas a folios 82 y 91 y de la documental [...]»²¹.

En ese orden de ideas, válidamente se puede entender que producirá efectos contractuales, indemnizatorios y sindicales, además de responsabilidad en determinados escenarios:

- Contractuales

En un conocido caso del Banco Anglo Colombiano y Fiduango, en el cual la demandante pretendía se entendiera como un solo contrato de trabajo el que tuvo con estas dos entidades en extremos temporales diferentes, por ser además, una sola empresa se consideró:

Precisamente lo que protege el legislador con la declaración de la unidad de empresa es que al trabajador no se le desconozcan derechos, so pretexto del cambio de empleador, cuando ello solamente es una apariencia, como en este caso, en el que según quedó dicho, la supuesta renuncia de la actora únicamente constituyó una formalidad, pues la realidad es que se le trasladó de empresa. No obstante existe la aludida unidad que conlleva la salvaguardia de esos derechos. Así, como quedó establecido, en este caso incluso el Banco Anglo Colombiano amparó algunos pagos a la accionante, a pesar del pretendido cambio hacia Fiduango, como la prima de antigüedad y la de vacaciones, circunstancia esta que, se reitera, no podía llevar a una conclusión diferente a la de que la misma empleadora era consciente de la preservación del vínculo, aun cuando ahora, en casación, se alegue una supuesta mejora de derechos a la luz del artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, porque una actitud en tal sentido proviene lógicamente de quien es empleador, y no de quien pretextó en su momento no serlo, según todas las circunstancias ya referenciadas²².

Nótese que en el caso bajo estudio además de analizar la existencia de la unidad de empresa, la Corte infiere que mediante la renuncia al contrato de trabajo estaría renunciando a derechos irrenunciables y la realidad indicaría que primaría el entendimiento de que se trata de un solo contrato al ser una sola empresa.

²¹ C. S. de J., Sala de Casación Laboral, rad. 32212, 16 de diciembre de 2009, M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

²² C. S. de J., Sala de Casación Laboral, rad. 20277, M. P. Luis Gonzalo Toro Correa, 26 de agosto de 2003.

Un efecto similar podría generarse, exista o no unidad de empresa, si el juez considera que la renuncia no fue libre y voluntaria sino constreñida a fin de lograr el movimiento del personal de una empresa a otra, caso en el cual podría el trabajador demandar el pago de la indemnización del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo al momento de la terminación a quien fuere su empleador.

En un caso semejante, pero en el que además existe unidad de empresa, a la terminación del “segundo” contrato de trabajo sin justa causa, habría de reconocerse como fecha de inicio la del “primer” contrato, como lo veremos en el siguiente punto.

- Indemnizatorios

Además del caso Banco Anglo Colombiano, está el citado al inicio de este capítulo del BBVA y Fiduciaria Ganadera, en el cual el trabajador prestó sus servicios en un periodo inicial de agosto de 1979 a junio de 1992 para el Banco Ganadero y un segundo contrato que inició el día siguiente de la terminación del primer contrato hasta abril de 2001.

En ese caso, la fiduciaria tomó como fecha de inicio del contrato junio de 1992, pues fue a partir de ese momento en que celebró el contrato de trabajo con dicha empresa. Sin embargo, para este caso, la Corte Suprema de Justicia²³ en virtud de la unidad de empresa entre las dos empresas, entendió que se trataba de un solo contrato de trabajo y, por consiguiente, la indemnización por despido sin justa causa habría de tomarse desde agosto de 1979, ordenando a las demandadas, el pago de la reliquidación de dicha indemnización.

- Sindicales

En materia sindical resultan aún varios interrogantes sin norma expresa que los reglamente, por tanto aprovechamos este espacio académico para, de manera respetuosa sugerir al legislador reglamentar vacíos como:

— ¿A efectos de la declaratoria de la huelga, para saber si se trata de un sindicato mayoritario deberá tomarse la totalidad de los trabajadores que tengan contrato de trabajo con las diversas empresas que formen esa unidad?

— ¿En caso de declararse la huelga, el cese de actividades también sería de las filiales o subsidiarias?

— ¿Podría conformarse un sindicato de empresa con trabajadores de la matriz, subsidiarias y filiales?

²³ C. S. de J., Sala de Casación Laboral, rad. 32212, 16 de diciembre de 2009, M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

— ¿En el evento en el que la filial o subsidiaria tenga un sindicato distinto al de la matriz, una vez declarada la unidad de empresa, tendría que darse aplicación al Decreto 904 de 1951 sobre unidad convencional?

— A efectos de determinar si habrá extensión a terceros de la Convención Colectiva de Trabajo, cuando el sindicato reúne a más de la tercera parte de los trabajadores, ¿habrá de tomarse la totalidad de los trabajadores de las distintas empresas?

— A efectos de determinar si se prohíbe la celebración de un pacto colectivo de trabajo por tener la organización sindical más de la tercera parte de los trabajadores: ¿habrá de tomarse la totalidad de los trabajadores de las distintas empresas?

— ¿Si existen distintas convencionales colectivas de trabajo entre la matriz y la filial o subsidiaria cuyo titular sea un mismo sindicato de industria o gremio, en aplicación del artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, habría de aplicarse lo que más le beneficie a cada trabajador en cada caso concreto o se aplicaría la convención que en su conjunto otorgue mayores beneficios?

— ¿En el evento de que existan varias organizaciones sindicales con diferentes convencionales colectivas, habría lugar a la unidad de negociación del Decreto 089 de 2014?

- Responsabilidad

Por último, sobre responsabilidad hemos mencionado antecedentes judiciales en los cuales la Corte Suprema de Justicia condena tanto a la matriz como a la filial o subsidiaria.

Sobre el particular nuestra posición es la siguiente:

— Al tratarse de diferentes empresas y solo, para efectos laborales una sola empresa (esto es, dentro del giro de la ejecución del contrato de trabajo que esté vigente), mal haría el juzgador en condenar de manera solidaria cuando no haya norma expresa que lo prevea pues estaría extralimitando la figura al imputar responsabilidades a una empresa sin que existan las bases jurídicas que así lo precisen.

— En el único evento en el cual consideramos que exista dicho fundamento es cuando el control es por capital, en la medida en que podría aplicar el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo cuando señala que “los codueños o comuneros de una misma empresa son solidariamente responsables”. Posición que no cuestionó la Corte Suprema de Justicia cuando el juzgado de segunda instancia condena en solidaridad

en el estudio de unidad de empresa de Caracol Televisión y Comtevé Mercadeo y Servicios²⁴.

— También podría existir responsabilidad solidaria en salarios, prestaciones o indemnizaciones si entre las empresas de la unidad se prestan servicios en actividades normales a la beneficiaria del servicio, en virtud del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, o, en el caso de que una de ellas se declarada simple intermediaria en los términos del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo.

— En los demás eventos, consideramos que no habría lugar a declarar la solidaridad, pues como expusimos, los efectos de la unidad de empresa se dan en el marco de la relación contractual entre las dos partes del contrato de trabajo y será el empleador el responsable de manera principal y directa.

3. CONCLUSIONES

Luego de atravesar por los diferentes componentes y retos que nos ha traído la figura de la unidad de empresa en Colombia, compartimos a continuación algunas reflexiones:

- La unidad de empresa, de la manera en que fue constituida inicialmente, no tendría razón de mantener su existencia pues el fraccionamiento de capital en nada incide en el reconocimiento de prestaciones legales o pensionales.

- A través de sindicatos de gremios o industria, según sea el caso, podrían los trabajadores pertenecer a un mismo sindicato y obtener prestaciones extralegales, ajustadas a la realidad de cada industria.

- Pretender que una sola empresa se dedique a los diferentes ramos de la cadena productiva en las integraciones verticales, genera ineficiencias y se aleja a la especialidad que cada industria requiere en tiempos modernos.

- Dentro del proceso de la cadena productiva resulta natural que haya muchas industrias involucradas hasta lograr el bien o servicio final, pretender que los salarios y beneficios extralegales de la matriz sean los que se extienden a las filiales o subsidiarias, podrá hacer que la empresa pierda competitividad en determinados procesos y se reconozcan salarios o beneficios fuera de la media del mercado.

²⁴ C. S. de J., Sala de Casación Laboral, rad. 32060, sent. de 31 agosto 2010, M. P. Gustavo Gnecco.

- Existen aún muchos vacíos en la reglamentación vigente sobre la unidad de empresa, que le generan incertidumbre e inseguridad jurídica al inversionista local y extranjera.

- Por todo lo anterior, pensar en una reglamentación a futuro podría enriquecerse con tres puntos:

- No debería estar orientada a regular aspectos íntimos de las dinámicas microeconómicas pues esto distorsiona diferentes mercados,

- Procurar regular supuestos de hechos que hoy generan controversia (como los expuestos a lo largo de este escrito) y,

- A efectos de que los trabajadores de las filiales y subsidiarias no queden desprotegidos en sus derechos laborales, regular el funcionamiento de garantías para que la matriz sea siempre responsable solidaria y de esta forma precaver fraccionamientos que busquen la evasión de responsabilidades de orden laboral.

Por último, considero importante agradecer a mis estudiantes de quinto semestre de la materia Relaciones Laborales de la Universidad de los Andes (grupo del primer semestre de 2014), en especial a María Atuesta, María José Quiroga, Aníbal Yamhure, Valeria Guzmán y Lina Carrillo, por sus contribuciones para esta investigación.

BIBLIOGRAFÍA

BUSHNELL, DAVID: *Colombia. Una nación a pesar de sí misma*, Bogotá, Planeta, 1996.

Corte Const., sent. C-1185 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Suprema de Justicia, sent. 12752 de 1º marzo 2000, M. P. Carlos Isaac Nader.

Corte Suprema de Justicia, sent. de 14 agosto 2003, Sala de Casación Laboral, rad. 2014, M. P. Fernando Vásquez Botero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, rad. 20277, M. P. Luis Gonzalo Toro Correa, 26 de agosto de 2003.

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sent. 32212 de 16 diciembre 2009, M. P. Gustavo Gnecco Mendoza.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, rad. 32060, sent. de 31 agosto 2010, M. P. Gustavo Gnecco Mendoza.

Consejo de Estado, Sección Segunda, rad. 1202 C. P. Rafael Tafur Herrán, 2 de diciembre de 1974.

Consejo de Estado, sent. de 2 octubre 1992, Sección Segunda, rad. 3201, C. P. Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Consejo de Estado, sent. de 8 marzo 1994, rad. 5933, C. P. Dolly Pedraza de Arenas.

Consejo de Estado, sent. de 27 septiembre 1994, Sección Segunda, rad. 5136, C. P. Clara Forero de Castro.

Consejo de Estado, sent. de 25 julio 1996, Sección Segunda, rad. 2747, C. P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Consejo de Estado, sent. de 28 junio 2012, Subsección A, rad. 9904-05, C. P. Alfonso Vargas Rincón.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, rad. 11001-03-25-000-2005-00233-00(9904-05), C. P. Alfonso Vargas Rincón, 28 de junio de 2012.

Circular Externa 100-000004, de 31 de mayo de 2013.

Superintendencia de Sociedades, concepto 115-085357, de 17 de septiembre de 2010.

REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO: *Derecho societario*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 2016.

CAPÍTULO II

LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL EN COLOMBIA*

LINA GATTÁS BULTAIF**

DANIELA CAICEDO***

Habría que añadir dos derechos a la lista de derechos del hombre: el derecho al desorden y el derecho a marcharse.

CHARLES BAUDELAIRE

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de asociación sindical ha cambiado radicalmente en los últimos años, transformación que se ha manifestado en la densidad sindical, en el número de convenciones colectivas suscritas, en las formas de lucha sindical, en las estrategias de las organizaciones y en la concepción misma del derecho de asociación. No obstante lo anterior, estos cambios no han logrado generar una cohesión dentro del movimiento sindical.

En este sentido, en este capítulo analizaremos la transformación que ha tenido el derecho de asociación sindical en Colombia, examinando los cambios institucionales y políticos que han contribuido a generar

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.30>

** Es abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, especializada en la Universidad Javeriana en Derecho Laboral. Tiene Maestría en Relaciones Laborales del London School of Economics. Tiene más de ocho años de experiencia en temas de derecho laboral individual y colectivo, y tiene experiencia en el exterior, ha trabajado en España, en Uría Menéndez.

*** Abogada de la Universidad de los Andes. Tiene especialización en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Asesora clientes nacionales e internacionales en temas de derecho laboral individual, colectivo y de seguridad social. Asociada actualmente al equipo de derecho laboral de Brigard & Urrutia Abogados S. A. S.

dicha transformación. Para ello haremos un recuento del derecho de asociación sindical en el siglo xx y estudiaremos las principales transformaciones institucionales del derecho colectivo en Colombia, a partir del siglo xxi. Por último, y a modo de conclusión, evaluaremos la forma en que las transformaciones institucionales han modificado la actividad sindical en el país.

2. SINDICALISMO EN COLOMBIA EN EL SIGLO XX

A) *Antecedentes*

Si bien el movimiento de trabajadores ha sido transversal en el desarrollo de nuestro país, con la industrialización de finales del siglo xix y principio del siglo xx, así como con las transformaciones sociales, económicas y culturales, nació el sindicalismo en Colombia como un mecanismo reivindicativo de las vicisitudes de la clase obrera.

El sindicalismo tiene su auge a comienzos del siglo xx. Con el proceso de industrialización incipiente de nuestro país y las prácticas heredadas del colonialismo, las condiciones de trabajo eran precarias e inseguras¹. No había una legislación laboral que protegiera al trabajo y las relaciones con el trabajador eran concebidas como relaciones civiles, bajo el título de arrendamiento de servicios domésticos. Todo esto generó la movilización laboral, donde los trabajadores comenzaron a organizarse. El primer sindicato del que se tiene registro en Colombia es la Sociedad de Artesanos de Bogotá, constituido en 1847.

A comienzos del siglo xx la fuerza laboral se movilizó principalmente en las compañías extranjeras². Estos movimientos laborales fueron haciéndose fuertes, abarcando más industrias. En 1918 tuvo lugar uno de los primeros episodios huelguísticos de la historia sindical, cuando los trabajadores de los puertos de Barranquilla, Santa Marta y Cartagena cesaron sus actividades, exigiendo condiciones de trabajo dignas. Asimismo, durante 1920 se registraron 32 huelgas en Colombia³.

Particularmente, en 1924, durante el gobierno de Ospina Pérez, los trabajadores de la empresa Tropical Oil Company cesaron totalmente

¹ MAURICIO ARCHILA, *Cultura e identidad obrera. Colombia 1910-1945*, Bogotá, Cinep, 1991, pág. 130.

² GUILLERMO GUERRERO FIGUEROA, *El derecho colectivo del trabajo*, Bogotá, Leyer, 2011, pág. 51.

³ ROBERTO GONZÁLEZ ARANA e IVONNE MOLINARES GUERRERO, *Historia caribe*, VIII, 22, enero-junio 2013, pág. 172.

la operación, reclamando condiciones laborales dignas. Igualmente, en uno de los episodios más reprochables en la historia sindical de nuestro país, el 6 de diciembre de 1928, cuando más de 2500 trabajadores de la empresa estadounidense United Fruit Company que se habían reunido para exigir el mejoramiento de salarios y condiciones de trabajo, fueron dispersados por la fuerza pública con el uso de las armas, evento inmortalizado por GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ en su novela *Cien años de soledad*.

Las protestas fueron reprimidas por el Estado, pues no existía una protección a la clase obrera. No existían leyes en Colombia que protegieran a los sindicatos y menos que los autorizaran. Las huelgas eran declaradas ilegales y los líderes sindicales eran despedidos.

No obstante, con la llegada del partido liberal al poder, comenzó el desarrollo formal y legislativo del sindicalismo en Colombia. Luego de la crisis económica de 1930, las movilizaciones laborales de la década de 1920 y el fin de la hegemonía conservadora, se modificó el panorama sindical en Colombia. Durante el gobierno de Alfonso López Pumarejo el sindicalismo recibió un respaldo desde la institución. Y así, en 1931, se expide la Ley 83 sobre organizaciones sindicales.

La Ley 83 de 1931 constituyó uno de los avances legislativos más importantes para el desarrollo sindical en nuestro país, pues se reconocen por primera vez el derecho a constituir sindicatos y el derecho de huelga. Además, a través de dicha ley se reglamentó la personería jurídica de los sindicatos.

De esta manera, entre 1930 y 1950 se expiden leyes y decretos que van formando el derecho de asociación sindical actual. Cabe mencionar la creación del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social en 1938, el Decreto 2350 de 1944, a través del cual se reglamenta la asociación sindical en empresas y se regula la garantía de fuero sindical, y la expedición del Código de Procedimiento Laboral. Luego, aparece el Código Sustantivo del Trabajo, como herramienta hito para la regulación y reglamentación de las relaciones laborales en Colombia⁴.

En 1935 se crea la Confederación Sindical de Colombia, hoy la CTC, con el apoyo de López Pumarejo. Posteriormente, para efectos de neutralizar a la CTC y con el apoyo de la Iglesia Católica, se crea la Unión de Trabajadores Católicos (UTC). Después, en 1960 se crea la Confederación Sindical de Trabajadores de Colombia (CSTC), con el apoyo

⁴ JOSÉ EDGAR OSPINA DUQUE, CARMEN H. GARCÉS NAVARRO, *Derecho colectivo del trabajo*. Bogotá, Mc Graw Hill, 2000.

del presidente López Michelsen. En 1986, algunos miembros de la CSTC, de la UTC, de la CTC y otros sindicatos no afiliados a ninguna confederación se organizan y constituyen la central más grande en Colombia actualmente, la central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT)⁵.

Todos estos cambios institucionales consolidaron el derecho colectivo en nuestro país. Sin embargo, no fue sino hasta la Constitución política de 1991 que el derecho de asociación sindical fue elevado a rango constitucional, atendiendo a las necesidades sociales y económicas del momento. Con dicha constitucionalización apareció la percepción de que solo en 1991 este derecho es debidamente protegido y respaldado por el Estado. Como consecuencia de ello, surge la necesidad de adecuar nuestro sistema jurídico a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que han sido firmados y ratificados por Colombia⁶.

Así, se consagró en el artículo 39 de la Carta Política lo siguiente:

Artículo 39: Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.

La cancelación o la suspensión de la personería jurídica solo proceden por vía judicial.

Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la fuerza pública.

En armonía con lo anterior, el artículo 2º del Convenio 87 de la OIT establece:

Artículo 2º: Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir

⁵ GUILLERMO GUERRERO FIGUEROA, *El derecho colectivo del trabajo*, Bogotá, Leyer, 2011, pág. 54.

⁶ Especialmente los convenios 87 y 98 sobre asociación sindical y negociación colectiva, ratificados por las leyes 26 y 27 de 1976.

las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas⁷.

La Corte Constitucional, interpretando el derecho de asociación sindical ha señalado que es un derecho esencial para el ejercicio de los valores democráticos. Asimismo, ha establecido que el derecho de asociación tiene tres dimensiones: la libertad de organizar sindicatos, la libertad de sindicalizarse o no sindicalizarse, y la autonomía de dichas organizaciones:

[...] Esta Corporación ha sostenido que la libertad de asociación sindical comprende tres enfoques, a saber: a) Libertad individual de organizar sindicatos, cuyo pluralismo sindical está consagrado en el artículo 2º del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo; b) Libertad de sindicalización (o sindicación), ya que nadie puede ser obligado a afiliarse o a desafiliarse a un sindicato; en palabras del artículo 358 del Código Sustantivo de Trabajo, inciso 1º: “Los sindicatos son asociaciones de libre ingreso y de retiro de los trabajadores” y c) Autonomía sindical que es la facultad que tiene la organización sindical para crear su propio derecho interno, para organizarse, tal como lo dispone el artículo 3º del Convenio 87 de la OIT⁸.

En virtud de lo anterior, se tiene que en Colombia el derecho de asociación ha sufrido una evolución durante el siglo xx que sentó las bases para su ejercicio dentro del ordenamiento jurídico. Al respecto, JOSÉ VIDA SORIA establece que

la modernización de la forma del Estado, e incipiente socialización del ordenamiento jurídico, conllevarán una paralela actitud protectora por parte de estos, Estado y Derecho, respecto del movimiento asociativo de los trabajadores, hasta culminar con el reconocimiento en el máximo plano normativo, la Constitución, del asociacionismo sindical⁹.

⁷ De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los convenios 87 y 98 de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad y complementan el art. 39 de la Constitución. Véanse, entre otras, la sent. C-401 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ Corte Const., sent. T-656 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁹ JOSÉ VIDA SORIA, *et. al.*, *Manual de derecho sindical*, Granada, Comares, 2004, pág. 30.

B) Régimen sindical en Colombia

La conformación y el funcionamiento de los sindicatos en Colombia están regulados principalmente por el Código Sustantivo del Trabajo (C. S. del T.)¹⁰.

El artículo 359 del Código Sustantivo del Trabajo estipula que los sindicatos de trabajadores requieren un mínimo de veinticinco afiliados para su conformación. Además, las organizaciones sindicales deben estar enmarcadas dentro de alguna de las cuatro categorías, según la clasificación del artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo que señala:

Artículo 356: Sindicatos de trabajadores. Clasificación. Los sindicatos de trabajadores se clasifican así:

- a) De empresa, si están formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios en una misma empresa, establecimiento o institución;
- b) De industria o por rama de actividad económica, si están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica;
- c) Gremiales, si están formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad, y
- d) De oficios varios, si están formados por trabajadores de diversas profesiones, disímiles o inconexas. Estos últimos solo pueden formar en los lugares donde no haya trabajadores de una misma actividad, profesión u oficio en número mínimo requerido para formar uno gremial, y solo mientras subsista esta circunstancia.

El artículo 361 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 41 de la Ley 50 de 1990, regula las condiciones para la inscripción ante el registro sindical del Ministerio de Trabajo. Así, establece que en la reunión inicial de constitución de cualquier sindicato se debe suscribir un “acta de fundación”, donde se identifiquen los miembros, la actividad que los vincule y el nombre y objeto de la asociación. Una vez se tenga el acta fundacional el sindicato adquirirá personería jurídica (C. S. del T., art. 364). No obstante, para efectos de control de legalidad y oponibilidad, dicha acta de fundación deberá

¹⁰ Es importante tener en cuenta que el Código Sustantivo de Trabajo en su segunda parte relacionada con el derecho colectivo aplica tanto para trabajadores públicos como para trabajadores privados, a diferencia de la primera parte, que regula las relaciones individuales, de manera restrictiva.

inscribirse ante el Ministerio de Trabajo, en el registro sindical y deberá ser notificada al empleador para efectos de oponibilidad (C. S. del T., art. 365). Particularmente, el registro sindical cumple la función de publicidad, seguridad y prueba¹¹.

Como mecanismos de protección, la Constitución otorgó garantías para salvaguardar el ejercicio de asociación. Hay distintas maneras de cumplir dicho propósito con la estabilidad laboral, obligando a los empleadores a mantener y proteger las condiciones del puesto de trabajo mediante la garantía de fuero sindical para los fundadores, directivos y miembros de la comisión de reclamos de las organizaciones sindicales. Asimismo, el fuero circunstancial en conflictos colectivos del trabajo, que va desde la presentación del pliego de peticiones, hasta que se resuelva el conflicto colectivo. Adicionalmente, el Código Sustantivo del Trabajo consagró lo obligatoriedad de garantizar permisos sindicales al empleador¹².

El artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo señala que el fuero sindical es una garantía “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”. Así, se requiere una calificación judicial para modificar, trasladar o despedir a un trabajador con fuero sindical.

¹¹ La Corte Constitucional, declaró la constitucionalidad de dicho requisito, al señalar que “el fin de la inscripción está en que el sindicato pueda válidamente actuar frente a terceros. Por este aspecto, la inscripción cumple los tres propósitos fundamentales que son la *publicidad*, la *seguridad* y la *prueba*. [...] al examinar en conjunto las normas de la Ley 50 de 1990, se observa que el artículo 44 establece de forma precisa cuándo adquiere personería jurídica la organización sindical: *por el solo hecho de su fundación, y a partir de la asamblea constitutiva*. Nótese que esta disposición cumple los dos primeros presupuestos del artículo 39, inciso 1°, de la Constitución, en cuanto al momento en que el sindicato adquiere personería jurídica, ya que éste se constituye por sí y ante sí, y únicamente por parte de los trabajadores, *sin intervención del Estado*, y con el solo hecho de su fundación, en la respectiva asamblea constitutiva, de la que naturalmente quedará el *acta de constitución*. En conclusión, no infringe el artículo 39 de la Constitución, ni las normas citadas del Convenio 87, el hecho de que en la ley se establezca que la organización sindical recién creada y que ya tiene personería jurídica, cumpla, con posterioridad, con unos requisitos legales para que sea inscrita ante la autoridad correspondiente, para los efectos mencionados de publicidad, seguridad y prueba, de su existencia (Corte Const., sent. C-567 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra).

¹² Véanse, entre otros, el art. 25 del decr. 2351 de 1965 sobre fuero circunstancial, el art. 405 del C. S. del T. sobre fuero sindical y el art. 57 del C. S. del T. sobre obligaciones de dar permisos sindicales.

A su vez, el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 establece que los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.

Dicha protección pretende garantizar el ejercicio de la negociación colectiva, limitando la posibilidad de terminar el contrato sin justa causa, por parte del empleador.

De igual manera, el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo establece como obligación del empleador conceder permisos a los trabajadores para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización. Al respecto, la Corte Constitucional señaló sobre la concesión de estos permisos, que “si su no concesión afecta o impida el normal funcionamiento de la organización sindical, la negativa puede constituirse en una clara limitación o vulneración del derecho de asociación sindical [...]”¹³.

3. TRANSFORMACIONES DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS

Con la constitucionalización del derecho de asociación sindical se produjo una reforma estructural sobre el alcance normativo contenido en el Código Sustantivo del Trabajo sobre derecho colectivo, así como la interpretación de las normas que regulan los temas sindicales en el país.

Esto conllevó a que el derecho colectivo se transformara de manera radical en nuestro país, a través de diferentes fuentes, tal y como será explicado a continuación.

A) *Jurisprudencia. Fallos de la Corte Constitucional*

La constitucionalización del derecho de asociación sindical y la interpretación que la Corte Constitucional hizo transformó radicalmente el movimiento sindical en Colombia. No obstante, la excesiva protección y garantías llevaron a que en ocasiones se abusara del derecho de asociación para obtener beneficios individuales con carruseles sindicales, permisos sindicales excesivos, entre otros.

¹³ Corte Const., sent. T-322 de 2 julio 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

A continuación, se analizarán los fallos más importantes de la Corte Constitucional que dieron lugar a dicha transformación del derecho de asociación sindical, eliminando algunos controles por parte del Ministerio de Trabajo y ampliando el campo de aplicación de su ejercicio.

a) *Coexistencia de sindicatos de base*. En la sentencia C-567 de 2000, con ponencia del magistrado Alfredo Beltrán Sierra, la Corte analizó si el numeral 1 del artículo 26 del Decreto Legislativo 2351 de 1965 constituía una limitación al derecho de asociación sindical, al prohibir que en una misma empresa pudiera coexistir más de un sindicato de base.

Para ello, el máximo tribunal constitucional hace referencia al artículo 39 de la Constitución Política de Colombia, el cual dispone que “los trabajadores y los empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociados, *sin intervención del Estado*” (resaltado por fuera texto). Asimismo, cita el artículo 2° del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, de acuerdo con el cual “los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes”.

Al analizar las normas citadas, la Corte compara su contenido con lo establecido en los preceptos demandados, y llega a la conclusión de que estas últimas “constituyen una limitación al derecho general de los trabajadores a establecer las organizaciones sindicales que consideren convenientes”. Bajo esta premisa y con el objetivo de analizar la constitucionalidad de las normas demandadas, la Corte evalúa si existe una justificación constitucional para limitar, por disposición legal, la constitución de sindicatos de base, cuando en la empresa ya existiere uno.

Para tal fin, el máximo tribunal analiza cada uno de los argumentos otorgados para justificar la exequibilidad de las normas objeto de estudio. Así, quienes defienden la constitucionalidad de los preceptos evaluados manifiestan que la prohibición establecida en los mismos constituye una medida que beneficia a los trabajadores, “pues impide que los empleadores enfrentados a un sindicato de base fuerte, propicien que se constituya otro sindicato de base paralelo, con el único objetivo de menoscabar la fortaleza del primero”, al mismo tiempo que fortalece la representatividad de los trabajadores. Si bien este pareciera ser un argumento fuerte, para la Corte se trata de un argumento de conveniencia que no tiene índole constitucional, pues la representación sindical no se obtiene a través de la legislación, sino en la misma lucha democrática. En este sentido, no es posible restringir el goce efectivo

de un derecho fundamental, como es el derecho de asociación sindical, con la excusa de proteger a los trabajadores.

En línea con lo anterior, y al comparar el artículo 39 de la Constitución Política y el artículo 2° del Convenio 87 de la OIT, la Corte concluye que “la prohibición legal de formar sindicatos de base en una misma empresa, cuando ya exista otro, resulta injustificada a la luz de la garantía expresa de la Constitución de 1991”. Asimismo, el máximo tribunal declara que dicha prohibición además de vulnerar el núcleo esencial del derecho de asociación consagrado en la Carta Política y en los convenios de la OIT 87 y 98, atenta contra los pilares del Estado de derecho, como la democracia y el pluralismo, pues los sindicatos tienen diferentes fundamentos e ideologías:

De esta suerte, la norma acusada resulta, además, contraria a la propia filosofía que informa la Constitución Política de 1991, en cuanto ella, en su artículo 1° autodefine al Estado colombiano como social de derecho, en el cual son principios esenciales una organización “democrática, participativa y pluralista, fundada en la dignidad humana”, principios estos conforme a los cuales ha de interpretarse, también, el artículo 39 de la Carta en cuanto garantiza a los trabajadores a constituir sindicatos, lo cual desde luego ha de entenderse en el sentido de que estos pueden obedecer a distintas orientaciones ideológicas, cuya existencia se garantiza por la propia Constitución¹⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte declara la inexecutable de los numerales 1 y 3 del artículo 26 del Decreto 2351 de 1965, avalando así la existencia de varios sindicatos de base en una misma empresa. En concordancia con ello, la Corporación declara inexecutable el numeral 4, literal c) del artículo 46 y el literal g) del artículo 45 de la Ley 50 de 1990, por ser estos restrictivos del derecho de asociación sindical.

b) *Multiafiliación sindical*. En la sentencia C-797 de 2000, con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell, la Corte analizó si las normas acusadas violaban la Constitución, al permitir la injerencia del legislador en asuntos internos de las organizaciones sindicales, que limitaban su autonomía para la obtención automática de su personería, la elaboración de reglamentos y el establecimiento de las calidades y requisitos de admisión de afiliados, entre otros.

A través de esta sentencia, la Corte Constitucional evalúa la exequibilidad de varias normas. No obstante, para efectos del presente docu-

¹⁴ Corte Const., sent. C-567 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

mento, solo es analizado el estudio realizado por el máximo tribunal constitucional en relación con el artículo 360 del Código Sustantivo de Trabajo.

El precepto demandado prohibía de manera expresa la multifiliación sindical, es decir, la posibilidad de ser miembro a la vez de varios sindicatos de la misma clase o actividad. En su estudio, la Corte encuentra que dicha prohibición no tiene ninguna justificación constitucional, razón por la cual decide declararla inexecutable.

Para la Corte, al ser posible que en una empresa coexista más de un sindicato de base (sent. C-567 de 2000), el trabajador en ejercicio de su derecho de asociación positivo, puede afiliarse a los sindicatos de base que en ella existan. De esta manera, el máximo tribunal argumenta que la restricción limita injustificadamente el derecho de asociación de los trabajadores y no tiene efectos jurídicos válidos, pues no existe ninguna sanción para el trabajador que decida desconocerla.

En adición a lo anterior, la Corte Constitucional considera que según el Convenio 87 de la OIT y lo establecido en el art. 39, una restricción de esta naturaleza viola el derecho de la libertad sindical, por la circunstancia de que no existe razón objetiva y seria, y legítima desde el punto de vista constitucional que justifique la referida disposición¹⁵.

De esta manera, el artículo 360 del Código Sustantivo de Trabajo es declarado inexecutable, permitiendo no solo la coexistencia de varios sindicatos de base en una misma empresa, sino además la posibilidad de afiliarse a más de una organización sindical a la vez, sin importar su naturaleza¹⁶.

c) *Representación sindical.* En la sentencia C-063 de 2008, con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández, la Corte analizó la constitucionalidad del numeral 2 del artículo 26 del Decreto Legislativo 2351 de 1965, el cual establece que

cuando en una misma empresa coexistiere un sindicato de base con uno gremial o de industria, la representación de los trabajadores, para todos los efectos de la contratación colectiva, corresponderá al sindicato que agrupe a la mayoría de los trabajadores de dicha empresa.

¹⁵ Corte Const., sent. C-797 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁶ Corte Const., sent. C-797 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Para tal fin, la Corte estudia el alcance del derecho de negociación colectiva y concluye que

si bien el derecho de sindicación y el de negociación colectiva son cuestiones diferenciadas, pudiendo admitir este último restricciones, de conformidad con lo previsto en la Constitución, art. 55 y el Convenio 98 de la OIT, el impedimento absoluto a los sindicatos minoritarios, de negociar colectivamente, no atiende a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y vulnera no solo el derecho de negociación colectiva, sino también el de libertad sindical, eje fundamental de los derechos de los trabajadores.

Con este fallo, la Corte Constitucional recuerda que el derecho de asociación sindical comprende la autonomía de la cual gozan los sindicatos, que debe ser garantizada en todo momento. Dicha autonomía se ve reflejada en el derecho que tienen los trabajadores de negociar de manera libre con sus empleadores las condiciones laborales, lo cual implica a su vez la independencia para presentar pliegos de peticiones y negociarlos con sus propios representantes.

En virtud de lo anterior, para la Corte,

al disponer el legislador que la representación de los trabajadores, para todos los efectos de la negociación colectiva, corresponderá al sindicato mayoritario, hace un reconocimiento al sindicato mayoritario para todos los efectos citados, con lo cual, su finalidad parecería ajustarse a los propósitos constitucionales [...]. Sin embargo, no atiende al principio de proporcionalidad, cuando dicho propósito se lleva a costa del sacrificio de la autonomía de los sindicatos minoritarios, vulnerándoles sus derechos constitucionales de negociación colectiva y libertad sindical.

En conclusión, la disposición demandada resulta ser, a la luz de los preceptos constitucionales, una limitación irrazonable y desproporcionada. De esta manera, la Corte declara la inexecutable de la norma demandada.

Ahora bien, resulta ser una gran sorpresa que en esta sentencia la Corte explica que no se trata de multiplicar las negociaciones y las convenciones en función del número de sindicatos, sino de asegurar una participación directa de estos en las negociaciones. Sin embargo, y más allá de garantizar la representatividad y la autonomía de las organizaciones sindicales a la hora de negociar, los tres fallos mencionados han conducido en la práctica a la desfragmentación de los sindicatos y a la creación de pequeñas negociaciones atomizadas, tal y como será explicado posteriormente.

d) *Control formal por parte del Ministerio de la Protección (actualmente Ministerio de Trabajo)*. En la sentencia C-465 de 2008¹⁷, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad del artículo 370 del Código Sustantivo de Trabajo, al estipular que ninguna modificación de los estatutos sindicales tendría validez ni comenzaría a regir hasta tanto no fuere efectuado su depósito ante el Ministerio de la Protección Social, y del artículo 371 del mencionado código, al establecer que todo cambio en la junta directiva de un sindicato debería ser comunicado, de acuerdo con lo dispuesto en el 363 del Código Sustantivo del Trabajo, so pena de que no surtiera ningún efecto hasta que dicho requisito fuera cumplido.

La Corte inicia su análisis reiterando el alcance de la autonomía sindical, la cual le otorga la libertad a los sindicatos para regularse y determinar sus propias condiciones¹⁸. Con base en ello, recuerda que a partir de la nueva reforma de la Ley 584 de 2000, el Ministerio de Trabajo no puede negar la inscripción en el registro de las modificaciones de los estatutos de las organizaciones sindicales que sean depositadas si esta

¹⁷ Confirmada posteriormente por la sent. C-674 de 2008 y la sent. C-672 de 2008.

¹⁸ En este sentido, la sent. C-797 de 2000 estipuló que “la libertad sindical comporta: i) el derecho de todos los trabajadores, sin discriminación ni distinción alguna, para agruparse a través de la constitución de organizaciones permanentes que los identifican como grupos con intereses comunes, y cuya defensa propugnan. Este derecho implica la libertad tanto para afiliarse como para retirarse de dichas organizaciones; ii) la facultad de constituir y organizar estructural y funcionalmente las referidas organizaciones y conformarlas automáticamente como personas jurídicas, sin la injerencia, intervención o restricción del Estado; iii) el poder de las organizaciones de trabajadores de determinar: el objeto de la organización, condiciones de admisión, permanencia, retiro o exclusión de sus miembros, régimen disciplinario interno, órganos de gobierno y representación, constitución y manejo del patrimonio, causales de disolución y liquidación, procedimiento liquidatorio, y otros aspectos que atañen con su estructura, organización y funcionamiento, que deben ser, en principio, libremente convenidos por los miembros de las asociaciones sindicales al darse sus propios estatutos o reformarlos, salvo las limitaciones que válidamente pueda imponer el legislador conforme al inc. 2° del art. 39; iv) La facultad de las asociaciones sindicales para formular las reglas relativas a la organización de su administración, así como las políticas, planes y programas de acción que mejor convengan a sus intereses, con la señalada limitación; v) la garantía de que las organizaciones de trabajadores no están sujetas a que la cancelación o la suspensión de la personería jurídica sea ordenada por la autoridad administrativa, sino por vía judicial; vi) el derecho de las organizaciones sindicales para constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones nacionales e internacionales; vii) la inhibición, para las autoridades públicas, incluyendo al legislador, de adoptar regulaciones, decisiones o adelantar acciones que tiendan a obstaculizar el disfrute del derecho a la libertad sindical”.

es acreditada de acuerdo con los requisitos exigidos para tal fin, pues no corresponde a este organismo el control legal ni constitucional sobre la realización de esta reforma y como resultado de ello no podrá negar su inscripción. No obstante, aclara la Corte que “si el Ministerio considera que las reformas introducidas son inconstitucionales o ilegales tendrá que acudir a la jurisdicción laboral para que así lo declare”. De esta manera, se determina la constitucionalidad del artículo 370 del Código Sustantivo del Trabajo, entendiéndose que el depósito solamente cumple una función de publicidad, “sin que ello autorice al Ministerio de la Protección Social para realizar un control previo sobre el contenido de la reforma estatutaria”.

Por otra parte, el artículo 371 del Código Sustantivo del Trabajo establece que los cambios realizados en las juntas directivas no entrarán en vigor hasta que no sean comunicados por escrito a los empleadores y al inspector del trabajo. Esta exigencia tiene como finalidad la publicidad de las decisiones de la organización, a fin de que sean oponibles a terceros, estableciendo así el momento exacto en que estas tienen efecto. Así las cosas, el ministerio tampoco puede negar la inscripción de los cambios adoptados por parte de la organización, en virtud de la autonomía sindical. Nuevamente, advierte la Corte que si el ministerio o el empleador consideran que una persona no puede ocupar el cargo, deberá acudir a la justicia ordinaria laboral y adelantar un proceso ordinario laboral.

Entonces, la Corte determina la exequibilidad de la norma y la condiciona al cumplimiento de dos requisitos

- (i) el Ministerio no puede negar la inscripción de los nuevos directivos sindicales, pues si él o el empleador consideran que hay motivos para denegar el registro deberán acudir a la justicia laboral para que así lo declare, y (ii) la garantía del fuero sindical para los nuevos directivos entra a operar inmediatamente después de que al Ministerio o al empleador le ha sido comunicada la designación.

B) *Normatividad*

Adicional a las reformas estructurales de la Corte Constitucional, el tratado de libre comercio celebrado con Estados Unidos obligó al gobierno a incorporar el tema laboral en la agenda política. Lo anterior se hizo aún más urgente con la presencia de la OIT (establecimiento de oficina permanente en Colombia), que, en materia sindical, había reportado hasta la fecha un alto índice de persecución sindical en el país.

Como consecuencia de ello se emitieron algunas disposiciones normativas que ayudaron a moldear el derecho de asociación sindical a la luz de la Constitución de 1991.

a) *Inspección y penalización*. La Ley 1309 de 2009, en su artículo 5° reformó el artículo 200 del Código Penal, estableciendo prisión de uno a dos años y multas de 100 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para aquellos empleadores que de alguna manera menoscaben el derecho de asociación sindical.

Además, se estableció la pena de prisión para el empleador que celebre pactos colectivos con beneficios que en conjunto sean mejores que los contenidos en convenciones colectivas. Las penas son agravadas si son cometidas viciando el consentimiento del trabajador. En ese sentido, en el evento en que un pacto colectivo sea negociado antes que la convención, por tener una vigencia distinta, dicha negociación con mejores condiciones podrá ser considerada como un delito.

Esto ha llevado a un debilitamiento de los pactos colectivos como una alternativa constitucionalmente válida para la garantía del derecho de asociación sindical negativa.

Asimismo, con la reforma del artículo 7° de la Ley 1610 de 2013, que modificó el numeral 2 del artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, se ampliaron las multas que puede imponer el Ministerio de Trabajo por el incumplimiento de las obligaciones laborales, de 1 a 5000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Además, el gobierno ha fortalecido al Ministerio del Trabajo en su labor de inspección y de vigilancia. En 2010 se contaba con aproximadamente 424 inspectores de trabajo. Al finalizar el 2014 se preveía contar con 904¹⁹. Todo ello demuestra la labor de fortalecimiento que el gobierno ha emprendido en las relaciones entre empleador y trabajador.

b) *Ley 1210 de 2008. Huelga*. Con la expedición de la Ley 1210 de 2008 se modificó el artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo, y se estableció en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la competencia a la jurisdicción ordinaria para conocer de la calificación de la huelga.

Esta función estaba a cargo del ministerio. En consecuencia, a partir de la expedición de dicha ley, las salas laborales de los tribunales superiores son las que conocen en primera instancia la calificación de la huelga y la Corte Suprema de Justicia la conocerá en segunda

¹⁹ Recuperado de <http://www.mintrabajo.gov.co/>, el 20 de agosto de 2014.

instancia. Esta calificación se surtirá a través de un procedimiento especial y expedito (art. 129 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social).

Además, dicha ley modificó el artículo 448 del Código Sustantivo del Trabajo, estableciendo que luego de los 60 días de huelga sin que se haya llegado a un arreglo, las partes del conflicto tienen tres días para acordar un mecanismo de resolución de conflicto. Si no se llega a ningún acuerdo, entonces una subcomisión de la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales intervendrá.

c) *Decreto 089 de 2014*. Con el objeto de fortalecer los principios de autonomía y de democracia sindical, y con el fin de facilitar los procesos de negociación colectiva, el Ministerio de Trabajo expidió el Decreto 089 de 20 de enero de 2014, mediante el cual se establece la unidad de negociación colectiva en las empresas que tienen más de un sindicato. El citado decreto establece que ante la presencia de varios sindicatos en una misma empresa, estos podrán decidir si comparecen a la negociación colectiva con un solo pliego de peticiones e integrar conjuntamente la comisión negociadora sindical.

De no existir acuerdo entre los sindicatos,

la comisión negociadora sindical se entenderá integrada en forma objetivamente proporcional al número de sus afiliados y los diversos pliegos se negociararán en una sola mesa de negociación para la solución del conflicto, estando todos los sindicatos representados en el procedimiento de negociación y en la suscripción de la convención colectiva.

De esta forma, se busca crear un escenario único de negociación en el que todos los sindicatos tengan participación.

d) *De la vía de hecho a la vía de derecho*. Las grandes transformaciones institucionales y las políticas del derecho de asociación han permitido el resurgimiento de un nuevo sindicalismo en Colombia, un sindicalismo que si bien sigue siendo adversarial, ha modificado sus formas de lucha. La historia sindical se ha ido institucionalizando y con ello ha cambiado su marco de acción de la vía de hecho a la vía de derecho.

De conformidad con las cifras establecidas por el gobierno, entre 2002 y 2009 se registró un aumento del 76 por ciento en el número de afiliados a los sindicatos, lo que representa un 8,2 por ciento del total de la población laboral del país²⁰.

²⁰ Recuperado de <http://www.portafolio.co/archivo/documento/CMS-7401027>.

No obstante lo anterior, dichas cifras no reflejan la realidad actual de las organizaciones sindicales. Si bien desde el año 2000, fecha en la cual la Corte Constitucional avaló la multifiliación y la coexistencia de sindicatos de empresa, el número de organizaciones sindicales en el país aumentó de manera exponencial, lo cierto es que en la práctica gran parte de estas organizaciones obedecen a sindicatos de papel, sin representación, líderes ni recursos.

La gran mayoría de estos sindicatos han sido creados con el único fin de garantizar una estabilidad laboral a sus afiliados a través de la garantía del fuero sindical. Esto contribuyó al nacimiento de los carruseles sindicales, los cuales fueron caracterizados por parte de la Corte Constitucional y la jurisdicción laboral, como un claro abuso del derecho.

Todos estos cambios institucionales llevaron a la desfragmentación de las organizaciones sindicales en Colombia. Los sindicatos no han logrado una cohesión que les permita representar de manera efectiva sus intereses. Un ejemplo de ello es el Hospital de Bogotá Simón Bolívar, el cual tiene catorce sindicatos y solo uno de ellos ha suscrito una convención colectiva. Este ejemplo se replica en múltiples empresas que tienen más de un sindicato en su operación.

Como resultado de la ruptura de las relaciones colectivas que surgió de las transformaciones del derecho colectivo, y en busca de un mayor poder de negociación y representatividad, las organizaciones sindicales han transformado sus mecanismos de reclamación y lucha. Así, a través de los mecanismos legales tales como querrelas administrativas, denuncias penales, quejas ante organizaciones internacionales como el Comité Sindical de la OIT, acciones de tutela y reclamaciones por la vía ordinaria, los sindicatos han intentado contrarrestar los efectos causados por estas transformaciones institucionales, como los fallos de la Corte Constitucional y la nueva reglamentación sobre derecho colectivo.

El gobierno, en su afán de mostrar resultados por compromisos políticos, ha incentivado el uso de estos mecanismos, los cuales han generado un desequilibrio en la balanza entre el empleador y las organizaciones sindicales. Asimismo, la Corte Constitucional ha desfigurado y desnaturalizado el derecho de asociación sindical, al evitar cualquier modalidad de control formal que permita la sujeción de este al orden legal y a los principios democráticos, tal y como lo expresa el artículo 39 de la Carta Política.

De esta manera, si bien para la constitución de las organizaciones sindicales no se requiere de la autorización del gobierno, sí es necesario que exista una función de inspección y vigilancia para garantizar el orden público y el debido funcionamiento de las organizaciones sindicales en los términos establecidos por el artículo 353 del Código Sustantivo del Trabajo²¹.

Como consecuencia de los fallos proferidos por la Corte Constitucional durante los últimos años, ahora es posible la constitución de varias organizaciones sindicales para lograr la estabilidad laboral, a través de fenómenos como los carruseles sindicales. Asimismo, cualquier organización puede modificar sus estatutos y cambiar su objeto social, de tal manera que trabajadores de la misma industria, o de industrias diferentes puedan afiliarse.

Todo ello constituye un abuso del derecho y desfigura el derecho de asociación sindical, el cual, en palabras de la Corte, solo debe buscar la “realización y reafirmación de un estado social y democrático de derecho”, a través de la protección de una relación laboral justa y equitativa.

Actualmente, los únicos controles están en manos de los jueces ordinarios laborales y la única posibilidad que tienen los interesados es la de argumentar teorías de abuso del derecho, en procesos que durarán algunos años y menoscabarán los intereses de los empleadores y los mismos trabajadores que se verán afectados al no tener una representación sindical efectiva.

Es necesario legislar positivamente en aras de reforzar el control de las organizaciones sindicales, sin limitar su autonomía, para garantizar el orden público y una estabilidad jurídica que permita un ejercicio idóneo del derecho de asociación. Es urgente una reforma legislativa que devuelva al Ministerio la función de inspección y vigilancia que compete al Estado, un régimen sancionatorio a las organizaciones

²¹ C. S. del T. “Art. 353. Subrogado. L. 50/90, art. 38. Derecho de asociación. Modificado. L. 584/2000, art. 1°. 1. De acuerdo con el art. 39 de la Constitución Política los empleadores y los trabajadores tienen el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos; éstos poseen el derecho de unirse o federarse entre sí. 2. Las asociaciones profesionales o sindicatos deben ajustarse en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus deberes, a las normas de este título y están sometidos a la inspección y vigilancia del gobierno, en cuanto concierne al orden público. Los trabajadores y empleadores, sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a éstas con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.

que incumplan los requisitos legales y un marco más amplio que les permita a los jueces prever las consecuencias de dicho abuso. Recordemos que el artículo 39 de la Carta establece: “La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos”.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCHILA, MAURICIO: *Cultura e identidad obrera. Colombia 1910-1945*, Bogotá, Cinep, 1991.
- GUERRERO FIGUEROA, GUILLERMO: *El derecho colectivo del trabajo*, Bogotá, Leyer, 2011.
- GONZÁLEZ ARANA, ROBERTO y MOLINARES GUERRERO, IVONNE: *Historia Caribe*, VIII, 22, enero-junio de 2013.
- OSPINA DUQUE, JOSÉ EDGAR y GARCÉS NAVARRO, CARMEN H.: *Derecho colectivo del trabajo*. Bogotá, McGraw Hill, 2000.
- VIDA SORIA, JOSÉ *et al.*: *Manual de derecho sindical*, Granada, Comares, 2004.
- Convenios 87 y 98 de la OIT sobre asociación sindical y negociación colectiva, ratificados por las leyes 26 y 27 de 1976.

A) *Jurisprudencia de la Corte Constitucional*

- Corte Const., sent. T-322 de 2 julio 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Const., sent. C-567 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Const., sent. C-797 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Const., sent. C-674 de 2008, Marco Gerardo Monroy Cabra.

CAPÍTULO III

HUELGA: ¿SON POSIBLES LAS HUELGAS PARCIALES EN COLOMBIA?*

JUAN PABLO LÓPEZ MORENO**

JULIO MAURICIO LONDOÑO HIDALGO***

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política en su artículo 56 restringe el derecho de huelga en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. Los parámetros constitucionales han sido ampliamente enriquecidos por la diversidad de pronunciamientos judiciales de la Corte Constitucional y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en torno al alcance del concepto de lo *público esencial*, en especial por los debates generados en torno a las declaratorias de ilegalidad de cese de actividades contemplados en la Ley 1210 de 2008.

Así pues y por vía de la doctrina judicial, se ha generado un referente jurídico muy significativo en torno a que el concepto de lo “público esencial” debe estar estrechamente vinculado al impacto social y económico que tiene la prestación de un servicio en la sociedad, para evitar con ello una discontinuidad en su efectividad que pueda menoscabar derechos y libertades fundamentales de las personas.

La particularización del concepto de lo *público esencial* ha generado unas aplicaciones prácticas y “dinámicas”, como los mismos tribunales judiciales lo han denominado, que explican la existencia de situacio-

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.31>

** Socio y abogado de la firma López & Asociados. Abogado egresado y graduado de la Pontificia Universidad Javeriana (1994), con especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social de la misma universidad.

*** Abogado de la firma López & Asociados. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana. Autor de libros sobre derecho constitucional e historia del derecho.

nes especiales en las cuales en la prestación de un servicio calificado legamente como “público esencial” podría generarse una excepción a dicha naturaleza legal, si no se logra acreditar o probar en el marco de un debate judicial que la suspensión en la prestación de tal servicio tiene un impacto o efecto social y económico para la sociedad. De igual manera, este concepto creado por vía jurisprudencial, podría implicar en su desarrollo que a futuro en la ejecución de una misma actividad productiva se pudiera considerar que solo una parte obedece a un servicio catalogado como “público esencial”, lo que amplía la posibilidad de que se presenten situaciones de ceses parciales de actividades en una empresa, generando de esta forma una huelga parcial.

2. ANTECEDENTES DE LAS HUELGAS PARCIALES EN COLOMBIA

El concepto de huelga parcial no ha sido desarrollado en Colombia de manera expresa por la ley, y solo la doctrina y la jurisprudencia se han referido a esta de manera tangencial. La doctrina, en todo caso, hace referencia a situaciones disímiles. Por ejemplo, GONZÁLEZ CHARRY ha considerado que la huelga parcial se refiere a que “no todo el movimiento sindical se comprometa con la huelga”, lo anterior por el fraccionamiento de los sectores sindicales¹. Otros autores consideran que la huelga parcial se refiere más bien a la sectorización del cese dependiendo de los diferentes sectores productivos².

En nuestro país, la jurisprudencia ha hecho también referencias muy cortas al concepto de huelga parcial. Así, en el salvamento de voto³ a la sentencia de 9 de diciembre de 1969⁴ proferida por la Corte

¹ GUILLERMO GONZÁLEZ CHARRY, *Derecho laboral colombiano*, 1997 “[...] Por su extensión a) Generales: Son una modalidad de la huelga política, también se pueden identificar con lo que se denomina paro general, esto quiere decir la Cesación de actividades de todos los trabajadores en un momento dado y que generalmente tienen por objeto finalidades políticas [...] b) Parciales: No toda la clase obrera del país, en momento dado, o no todo el movimiento sindical, se comprometen con la huelga, ya sea porque haya deserciones o porque se fraccionen y algunos sectores no se sientan obligados a participar en ella [...]”.

² FABIÁN VALLEJO CABRERA, *El derecho de huelga y conceptos afines*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 2009, págs. 85-96: “Huelga parcial: Se realiza en forma sectorizada, por grupos de trabajadores, adscritos a determinados sectores del proceso productivo pero en forma alternada, puede ser con abandono o no del sitio de trabajo”.

³ Salvamento de votos de los magistrados: Humberto Barrera Domínguez, José Manuel de la Vega, Simón Montero Torres, Gabino Pinzón M., conjuer Luis Sarmiento Buitrago, Eustorgio Sarria y Luis Carlos Zambrano.

⁴ M. P. Juan Benavides Patrón.

Suprema de Justicia se reconoció la existencia de la huelga parcial. Los magistrados disidentes reconocen que: “[...] Las formas de huelga se pueden clasificar así: [...] II- Por el número de participantes: huelga total; huelga parcial [...]”⁵. A pesar de las breves menciones, no pareciera que la jurisprudencia se haya ocupado del concepto en la parte motiva de las decisiones o mucho menos de fondo.

En el marco de las referencias anteriores, resulta visible que el concepto de la huelga parcial no ha sido desarrollado de manera amplia ni por la ley ni por la jurisprudencia, y por ello haremos una aproximación a este fenómeno aparentemente teórico, pero que ya ha tenido desarrollos e implicaciones reales en el nuevo entorno de las relaciones sindicatos-empresas.

3. CONTEXTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE HUELGA

Con el fin de precisar conceptualmente el alcance de los aspectos constitucionales más relevantes que inciden en el desarrollo del derecho de huelga, consideramos prudente hacer las siguientes precisiones en torno a los contextos constitucionales e internacionales afines a este.

A) *Antecedentes constitucionales y legales*

Los antecedentes del derecho de huelga se remontan constitucionalmente en Colombia al acto legislativo 1 de 1936, reformatorio de la Constitución Política de 1886. Posteriormente la Ley 6ª de 1945 y el Código Sustantivo del Trabajo regularon en forma relativamente íntegra el derecho a la huelga, el cual finalmente tuvo consagración en nuestra actual Constitución Política, artículo 56⁶.

B) *Rasgos de la huelga en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia*

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en reiteradas ocasiones sobre el derecho de huelga (Corte Const., sent. C-432 de 1996), ha determinado desde la problemática de los derechos fundamentales

⁵ Resaltado fuera del texto original.

⁶ En los siguientes términos: “Artículo 56. Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. La ley reglamentará este derecho [...]”.

en sus diversas categorías, cuál es su núcleo esencial, el contenido y alcance del derecho y la forma como se ejercita y protege.

Así, el derecho de huelga se entiende como:

[...] la facultad que tienen los trabajadores de presionar a los empleadores mediante la suspensión colectiva del trabajo, para lograr que se resuelva de manera favorable a sus intereses el conflicto colectivo del trabajo. Esta facultad, claro está, no es absoluta [...] ⁷.

Los rasgos que ha esbozado la Corte Constitucional sobre derecho de huelga se pueden sintetizar afirmando que “admite límites razonables” (Corte Const., sent. C-715 de 2008), “no es un derecho absoluto” ⁸, aunque no es un derecho fundamental “puede adquirir status de derecho fundamental” ⁹ y finalmente que se encuentra limitado “en los servicios públicos esenciales” ¹⁰.

⁷ La Corte ha considerado que es: “[...] la facultad que tienen los trabajadores de presionar a los empleadores mediante la suspensión colectiva del trabajo, para lograr que se resuelva de manera favorable a sus intereses el conflicto colectivo del trabajo. Esta facultad, claro está, no es absoluta. El punto es que la huelga constituye un mecanismo cuya garantía implica el equilibrar las cargas de trabajadores y empleadores en el marco del conflicto colectivo de trabajo”. Pueden verse las sentencias: esta forma de referirse a la Corte es diferente de la usada en los otros capítulos CConst, C-432 de 1996, C. Gaviria (Primera de la Línea); CConst, C-075 de 1997, H. Herrera; CConst, C-201 de 2002, J. Araújo; CConst, C-466 de 2008, J. Araújo; CConst, C-691 de 2008, M. J. Cepeda; CConst, C-858 de 2008, N. Pinilla; CConst, C-349 de 2009, L. E. Vargas y CConst, C-122 de 2012, J. I. Pretelt.

⁸ CConst, C- 663 de 2000; CConst, C-314 de 2004, CConst, 696 de 2008 y C-349 de 2009, L. E. Vargas. Dice la Corte: “Solo puede ejercerse legítimamente el derecho a la huelga cuando se respetan los cauces señalados por el legislador”: Al respecto la Corte ha considerado que al no ser un derecho absoluto, la huelga debe respetar los requisitos legales existentes para su declaratoria. Al respecto la sentencia CConst, C-548 de 1994, H. Herrera ha determinado: “La huelga se considera como uno de los más valiosos derechos e instrumentos jurídicos con que cuentan los trabajadores para solucionar sus conflictos laborales de carácter económico, *previo desde luego, el agotamiento de las etapas encaminadas a lograr la definición de las diferencias laborales* mediante el arreglo directo o la mediación [...]”, en: CConst, C-473 de 1994, A. Martínez. Reiterada por CConst, C-858 de 2008, N. Pinilla.

⁹ C-466 de 2008, J. Araújo y CConst, C-349 de 2009, L. E. Vargas. Dice la Corte: “El derecho a la huelga puede ser objeto de tutela cuando se encuentra en conexión íntima con los derechos al trabajo y a la libre asociación sindical, derechos que sí ostentan el carácter de fundamentales”, en: CConst, C-473 de 1994, A. Martínez.

¹⁰ C-122 de 2012, J. I. Pretelt. Dice la Corte: “El derecho a la huelga solamente puede excluirse en el caso de los servicios públicos esenciales, cuya determinación corresponde de manera exclusiva al legislador, o los señalados como tales por el Constituyente, de acuerdo con la interpretación realizada acerca del contenido de las normas constitucio-

De igual manera la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (C. S. de J., sent., rad. 42273 de 2009), analizando desde la perspectiva litigiosa en los procesos de declaratoria de ilegalidad de ceses de actividades, ha manifestado que:

- La propia norma constitucional —refiriéndose al artículo 56 de la Constitución Política— excluye de esta garantía a todas las actividades que se realizan en “servicios públicos esenciales definidos por el legislador”.

- En Colombia las únicas modalidades de huelga legalmente reglamentadas corresponden a la definida en el artículo 429 del Código Sustantivo del Trabajo.

- Como el artículo 56 de la Constitución Política estatuye que la ley debe reglamentar el derecho de huelga, excluyendo todos los servicios públicos que el legislador haya definido o defina en el futuro como esenciales.

- Que la huelga únicamente está garantizada como un medio para lograr unos fines económicos o profesionales o para obtener del empleador el cumplimiento de sus obligaciones; pero solo si es procedente regular las relaciones labores mediante la negociación colectiva.

C) *La Organización Internacional del Trabajo (OIT)*

A escala internacional los pronunciamientos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) han sido incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por ministerio de la Corte Constitucional en desarrollo del llamado “bloque de constitucionalidad”¹¹.

Resulta importante resaltar que actualmente no existe un convenio expedido por la OIT que desarrolle el derecho a huelga, esto porque la OIT ha entendido que el derecho de huelga “es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87” (Organización Internacional del Trabajo, 2006, pág. 115), y por tanto el alcance de este derecho ha quedado sujeto a las recomendaciones que

nales vigentes”, en: CConst, C-110 de 1994, J. G. Hernández; CConst, C-473 de 1994, A. Martínez; CConst, C-179 de 1994, C. Gaviria.

¹¹ “Aunque tal vez parezca sorprendente, los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo no tratan de manera expresa del derecho de huelga [...] La ausencia de normas expresas no debe llevar a inferir, sin embargo, que la OIT desconozca el derecho de huelga o se exima de garantizar un ámbito de protección al ejercicio del mismo”, en BERNARD GERNIGON, ALBERTO ODERO y HORACIO GUIDO, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, pág. 7.

expide la OIT, que en principio no son vinculantes para los estados, tal y como lo referencia para el caso colombiano la Corte Constitucional, en sentencia SU-555 de 2014, en la que se precisa que [...]:

1) Las recomendaciones no son ni convenio, ni tratados ratificados por Colombia y por tanto no hacen parte del bloque de constitucionalidad.

2) Las recomendaciones recogen directrices que sirven para orientar la política y las acciones nacionales, pero que en principio no obligan a los estados.

3) Las recomendaciones solo serán vinculantes para el Estado cuando sean proferidas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT y hayan sido debidamente aprobadas por el Consejo de Administración. Pero conforme a lo indicado por la Corte a pesar de que una recomendación cumpla con las características para ser vinculante, el Estado y los jueces del país conservan un margen de apreciación para analizar su compatibilidad con el ordenamiento constitucional y para la adopción de las medias concretas para hacerlas efectivas [...].

La anterior interpretación se mantiene acorde con lo dispuesto por la OIT, conforme a la cual solo es aceptable la prohibición de la libertad de huelga en los servicios públicos esenciales “cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población” (Organización Internacional del Trabajo, 2006, pág. 125).

Adicionalmente, el Comité de Libertad Sindical de la misma OIT ha sostenido que para determinar los casos en que podría prohibirse la huelga debe utilizarse como criterio determinante “la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población”¹² y aún en estos casos ha sugerido que se permita la huelga imponiendo un servicio mínimo (Organización Internacional del Trabajo, 2006, págs. 115, 125, 132).

4. EL ALCANCE DE LA SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES LABORALES COMERCIALES (LA HUELGA Y LA LIBERTAD DE EMPRESA)

Las referencias que hace la legislación en relación con la libertad de empresa como límite para el ejercicio del derecho a huelga, son escasas

¹² La libertad sindical, recopilación de decisiones y principios del comité de libertad sindical del consejo de administración de la OIT, quinta edición, 2006. Así mismo, tal interpretación puede verse en la recopilación de 2006, párr. 581; 320º, en el informe caso 1989 párr. 324, 338º, en el informe caso 2326, pág. 446 y caso 2329 párr. 1275.

por no decir nulas, pues como es ampliamente conocido, por lo menos en Colombia, el principal límite al ejercicio del derecho a huelga es el establecido por la Constitución en su artículo 56, traducido en que la huelga no puede ejercerse en actividades que configuren la prestación de lo “público esencial”.

Lo anterior supone que no exista en nuestro país referencia alguna a imponer un límite propiamente dicho al ejercicio del derecho a huelga cuando la misma genere efectos adversos en el área productiva o comercial que pudiera repercutir hasta en la misma economía nacional, excepto en cuanto a lo señalado por los artículos 449 y 450 del Código Sustantivo del Trabajo en sus literales c, d, e y f¹³.

El artículo 449 del código citado, sobre los efectos jurídicos de la huelga prohíbe al empleador celebrar nuevos contratos de trabajo para reiniciar los trabajos suspendidos con la huelga salvo bajo ciertos supuestos a consideración del inspector de trabajo¹⁴. Por su parte el artículo 450 sobre casos de ilegalidad de la huelga busca darles unas garantías mínimas a los empleadores frente al posible ejercicio de una huelga intempestiva y violenta, pero no frente a los efectos que una huelga legal pueda generar en el ejercicio de la actividad productiva o empresarial propiamente dicha.

Al respecto, la OIT ha señalado que

la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el

¹³ “Artículo 450. Casos de ilegalidad y sanciones. Modificado por el art. 65, Ley 50 de 1990:

”1. La suspensión colectiva del trabajo es ilegal en cualquiera de los siguientes casos:

”c) Cuando no se haya cumplido previamente el procedimiento del arreglo directo;

”d) Cuando no se haya sido declarada por la asamblea general de los trabajadores en los términos previstos en la presente ley;

”e) Cuando se efectúe antes de los dos (2) días o después de diez (10) días hábiles a la declaratoria de huelga;

”f) Cuando no se limite a la suspensión pacífica del trabajo, [...]”.

¹⁴ “Artículo 449. Efectos jurídicos de la huelga. Modificado por el art. 64, Ley 50 de 1990: La huelga solo suspende los contratos de trabajo por el tiempo que dure. El empleador no puede celebrar entretanto nuevos contratos de trabajo para la reanudación de los servicios suspendidos, salvo en aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio del respectivo inspector de trabajo, para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres, locales, equipos, maquinarias o elementos básicos y para la ejecución de las labores tendientes a la conservación de cultivos, así como para el mantenimiento de semovientes, y solamente en el caso de que los huelgistas no autoricen el trabajo del personal necesario de estas dependencias”.

sentido escrito del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación a la libertad sindical (Organización Internacional del Trabajo, 2006, pág. 136).

Y continúa señalando:

[...] Cuando la suspensión total y prolongada del trabajo dentro de un sector importante de la economía pueda provocar una situación que ponga en peligro la vida, la seguridad o la salud de la población, podría ser legítimo impartir a determinada categoría de personal la orden de reanudar el trabajo si, por su magnitud y duración, la huelga pudiera provocar dicha situación. En cambio, exigir que se reanude el trabajo en los casos no comprendidos bajo esta condición es contrario a los principios de la libertad sindical.

No obstante, dicha organización acepta en cierta medida la imposición de un servicio mínimo de funcionamiento cuando la extensión y duración de la huelga pudieran provocar una situación de crisis nacional aguda, que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro; sin embargo, para que ello sea admisible, deberá limitarse a las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población (OIT, 2006, pág. 132).

Así las cosas, conforme a lo expuesto si se realiza una ponderación de los derechos en disputa, el ejercicio de la huelga, la libertad sindical *versus* la libertad de empresa, encontramos que los primeros son derechos cuya importancia en el desarrollo constitucional, social, laboral y empresarial del país, han exigido que se cataloguen por vía jurisprudencial como derechos fundamentales por conexidad con otros derechos fundamentales, razón por la cual, siempre habrá una tendencia a favorecer los derechos de los trabajadores sindicalizados, pues el rango alcanzado por este suponen que solo puede ser restringidos cuando su ejercicio transgrede la ley o por aquellas actividades o servicios considerados legalmente públicos esenciales y no por el hecho de que genere efectos negativos a nivel comercial o empresarial¹⁵.

¹⁵ Se debe tener en cuenta lo señalado por la Corte Const. en sent. C-372 de 2011. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub en cuanto a que: “[...] no existe en la jurisprudencia constitucional ni en la doctrina una definición unívoca de derecho fundamental. La Sala no pretende zanjar tales debates en el presente proceso. Sin embargo, pese a la falta de definición, la Sala reconoce que la jurisprudencia constitucional sí ha concordado en que ciertos elementos hacen parte del contenido de los derechos fundamentales, uno de ellos, la obligación de prever mecanismos de protección judicial que permitan

La propia Organización Internacional del Trabajo ha señalado como criterio de limitación al ejercicio de la huelga, que la eventual afectación o perjuicio de las actividades comerciales o de intercambio de una empresa no convierten de por sí al sector afectado en un servicio esencial, y por ende esto no debe impedir el ejercicio del derecho de huelga (OIT, 2006, pág. 128).

A) *Las limitaciones a la huelga*

Comoquiera que la huelga como derecho está sujeta conforme al artículo 56 de la Constitución Política al limitante de los “servicios públicos esenciales definidos por el legislador [...]”, consideramos oportuno hacer una revisión y análisis del alcance de tal limitación y su desarrollo jurisprudencial.

a) *La noción del servicio público esencial.* La Constitución o la ley no definen de manera expresa el concepto de servicio público esencial. La Constitución establece algunas guías de interpretación de dicho concepto como lo es el artículo 365¹⁶, sin embargo, no presenta definición expresa. El concepto más cercano que existe en la legislación es el consagrado en el artículo 429 de Código Sustantivo de Trabajo, que define el concepto de servicio público¹⁷. Si bien la definición de este concepto debería precisarse por vía legislativa, ha sido la Corte

la justiciabilidad de los derechos. En efecto, las sentencias T-227 de 2003 y T-859 de 2003 —reiteradas por un gran número de providencias de esta Corporación— señalan que un derecho fundamental es aquel “[...] que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo [...]”. Tampoco existe una definición única de derecho subjetivo. Sin embargo, la Corte ha considerado que todas las definiciones coinciden en que (i) debe existir una norma jurídica que reconozca el derecho o del que se pueda interpretar, (ii) el concepto de derecho involucra una obligación jurídica, (iii) así como un poder del titular del derecho para exigir el cumplimiento de dicha obligación del obligado [...]”.

¹⁶ “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del Territorio Nacional [...] Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control, y la vigilancia de dichos servicios [...]”.

¹⁷ “Para este efecto se considera como servicio público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas”.

Suprema de Justicia, pero especialmente la Corte Constitucional, la que en reiterada jurisprudencia lo ha caracterizado de maneras diferentes a lo largo de diversos pronunciamientos judiciales. A pesar de no existir una definición constitucional o legal, existen casos puntuales donde el legislador ha determinado de manera expresa la calidad de servicio público esencial¹⁸.

b) *El concepto dinámico de servicio público esencial.* Inicialmente, la Corte Constitucional definió el carácter esencial de un servicio público de la siguiente manera:

El carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales, ello es así, en razón de la preeminencia que se reconoce a los derechos fundamentales de la persona y de las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad (Corte Const., sent. C-450 de 1995).

Lo anterior, supone que al determinar la existencia de un servicio público esencial se debe realizar un análisis particular y concreto. Así: “[...] en cada caso concreto sometido a su consideración la Corte examinará si una determinada actividad, atendiendo a su contenido material, corresponde o no a un servicio público esencial” (Corte Const., sent. C-450 de 1995), esto supone que no se puede dar una noción estática y unívoca de servicio público esencial.

Con posterioridad, la Corte Constitucional ha ampliado su concepción y ha indicado que lo esencial de tales actividades es su potencialidad de impacto social y económico asociado a la protección de derechos fundamentales en la sociedad, de tal forma que la eventual discontinuidad en la prestación de un servicio o en el desarrollo de una actividad pueda afectar derechos y libertades fundamentales de las personas (Corte Const., sent. C-715 de 2008).

De igual manera, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han sido consistentes en reiterar que el análisis del

¹⁸ Puede verse: así por ejemplo lo ha hecho con la banca central, seguridad social en el caso de salud y pago pensional, servicios públicos domiciliarios, administración de justicia, transporte público aéreo, marítimo, fluvial, férreo, masivo y terrestre y en otros casos puntuales.

concepto de lo “público esencial” debe efectuarse en forma particular, para cada caso, por cuanto se trata de un concepto sujeto a constante evolución. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al considerarlo un concepto dinámico preciso:

[...] debe diferenciarse, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia y la doctrina, la obra pública construida, considerada como algo “estático”; y el servicio público que en ella se presta, concebido como “dinámico”, y respecto del cual ha manifestado que: [...] aun cuando pueda existir la definición legislativa sobre la calidad de esencial de un servicio público, ello no impide que el intérprete pueda determinar si en un caso concreto cierta actividad efectivamente puede ser considerada servicio público esencial en atención a su contenido material (C. S. de J., sent., rad. 21491 de 2004).

En igual sentido, la Organización Internacional del Trabajo ha indicado que el concepto *servicio público esencial* abarca aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o parte de la población: “[...] lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país”. Igualmente, ha desarrollado que este concepto no es de carácter absoluto, puesto que “un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial. Así, cuando la duración de una huelga rebasa ciertos límites y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población” (OIT, 2006, pág. 125).

Por su parte, el Ministerio de Trabajo, en un ámbito más local ha enfatizado que el derecho de huelga no es absoluto y que por el contrario

El concepto de servicios públicos esenciales necesariamente comporta una ponderación de valores de intereses que se suscita entre los trabajadores que invocan su derecho a la huelga y los sacrificios válidos que se puedan imponer a los usuarios de los servicios (Ministerio de la Protección Social, Memorando sobre servicios públicos esenciales, 2011).

El concepto dinámico de lo *público esencial* mencionado y, en especial, la exigencia de análisis para cada caso, en particular, genera efectos muy diversos, tanto teóricos como prácticos, que suponen en muchos casos una afectación de la seguridad jurídica para los diferentes sujetos que se encuentran inmersos en una huelga, pues el concepto prestablecido sobre lo *público esencial* se vuelve relativo frente a realidades empresariales, operacionales, del alcance de los servicios prestados, o las definiciones legales o jurisprudenciales aplicables a las diversas actividades que pudieran considerarse como servicios públicos.

5. EMPRESAS CON DIVERSIDAD DE ACTIVIDADES AFECTA O NO LA NOCIÓN DE LO PÚBLICO ESENCIAL. LA POSIBILIDAD DE LA HUELGA PARCIAL

El objeto o finalidad social de una persona jurídica supone la determinación objetiva o real de los negocios o empresa que se pretende desarrollar, precisando o ejecutando como resulta obvio las actividades principales para las que dicha persona fue creada. A su vez, la naturaleza propia de los servicios ejecutados permite, en la práctica, que una misma persona ejecute en forma principal o accesoria actividades que puedan considerarse relacionadas con el concepto de lo público esencial. Lo anterior implica que podemos encontrar empresas o actividades calificadas como servicios públicos esenciales, pero cuyo desarrollo no tiene la potencialidad de afectar a la sociedad en el ejercicio de sus derechos fundamentales; o empresas o actividades no calificadas como afectas a lo público esencial, pero cuya parálisis al estar vinculadas con actividades afines a dicho concepto, sí tienen la capacidad de afectar derechos fundamentales.

La situación anterior genera el cuestionamiento sobre la admisibilidad teórica o práctica de la ocurrencia de una huelga que por la naturaleza propia de la entidad en la que se desarrolla, solo afecte parcialmente el desarrollo de una parte de esta, pues el resto de sus servicios se deben continuar desarrollando para cumplir con la limitación de lo *público esencial*.

A) *Tipologías de huelgas*

El artículo 429 del Código Sustantivo del Trabajo define la huelga como la “suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa con fines económicos y profesionales propuestos a sus patronos [hoy empleadores] y previos los trámites establecidos en la ley”, y en general los artículos comprendidos entre el 444 y el 451 del Código Sustantivo del Trabajo regulan la huelga derivada de la negociación colectiva.

Por vía legal y jurisprudencial se desarrollarán en el país dos tipologías adicionales de huelga: (1) huelga por solidaridad, la cual es definida como

la facultad que tienen los empleados sindicalizados o no sindicalizados, de participar en la huelga promovida por trabajadores de otra empresa o establecimiento que están inmersos en un conflicto laboral con su empleador. Es, pues, subsidiaria a la huelga

principal que promueven los trabajadores directamente afectados (Corte Const., sent. C-201 de 2002).

Y (2) la huelga imputable al empleador, consagrada en el literal e del artículo 379 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7º de la Ley 584 de 2000, y sobre la cual la Corte Constitucional manifestó que se da cuando “ella se origina en una conducta antijurídica del empleador, como sería el incumplimiento de sus obligaciones o de los deberes legales, contractuales o convencionales, que son jurídicamente exigibles” (Corte Const., sent. C-1369 de 2000).

En consecuencia, se podría decir que en Colombia no es posible el desarrollo de una huelga parcial, pues no existe regulación legal expresa al respecto, no existe en nuestro país norma alguna que regule el desarrollo de una huelga parcial, tal y como lo hemos mencionado en este capítulo.

No obstante lo anterior, cabe mencionar lo enunciado por la Organización Internacional del Trabajo cuando aquellas situaciones en la que cabría la imposición de un servicio mínimo de funcionamiento, lo cual es planteado por esta organización como una solución sustitutiva apropiada de la prohibición total, en las situaciones en que no parece justificada la huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratar de asegurarse la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios (OIT, 2006, pág. 132). Atendiendo la existencia de este tipo de empresas en las que su objeto no se centra en una actividad exclusiva y atendiendo al concepto dinámico que existe sobre servicio público esencial.

De igual manera, la propia Corte Constitucional ha indicado que el ejercicio del derecho a huelga debe interpretarse en sentido amplio al señalar en sentencia C-473 de 1994¹⁹:

[...] la Carta no establece ninguna limitación sobre los tipos de huelga, por lo cual el contenido de este derecho debe ser interpretado en sentido amplio. Así pues, los trabajadores pueden entonces efectuar huelgas para reivindicar mejoras en las condiciones económicas de una empresa específica, o para lograr avances de las condiciones laborales de un determinado sector, y en general para la defensa de los intereses de los trabajadores.

Así las cosas, si la definición de servicio público esencial fuera un concepto estático y absoluto no se admitiría la huelga parcial, sin embargo, como se señaló, actualmente el concepto de servicio público

¹⁹ M. P. Alejandro Martínez Caballero.

esencial es dinámico, lo que hace que en nuestro país sea tácitamente posible la existencia de una huelga parcial, en la medida en que el cese de actividades no afecte la esfera esencial del servicio público. Esto deberá ser determinado en cada caso en particular atendiendo al dinamismo del que goza el concepto de servicio público esencial y al impacto social y económico que tiene en la protección de una sociedad, para evitar que su discontinuidad pueda llegar a afectar los derechos y libertades fundamentales de las personas (Corte Const., sent. C-715 de 2008).

Esta situación hipotética y aparentemente teórica ya se ha presentado en el país y ha estado asociada, por supuesto, al concepto dinámico de lo *público esencial* conforme lo hemos mencionado.

B) *Análisis particulares de la huelga parcial*

El desarrollo jurisprudencial que se ha dado en torno a la huelga ha generado efectos reales y jurídicos en su aplicación. Así, por ejemplo, nos podemos encontrar con una postura menos flexible que la mencionada; la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que en el caso del control de tráfico aéreo no resulta admisible ninguna clase de huelga, dado que cualquier tipo de huelga en el desarrollo de esta actividad puede representar un alto peligro para la vida, la seguridad personal o la salud de la totalidad o parte de la población (OIT, 2006, pág. 126), y por el contrario podemos advertir posturas jurisprudenciales en donde la sola calificación de público esencial de una actividad productiva resulta insuficiente como límite al ejercicio del derecho de huelga bajo la óptica del análisis dinámico exigido por vía jurisprudencial.

A continuación, y de manera particular, nos referiremos a algunos sectores que merecen comentarios especiales sobre la admisibilidad de una huelga parcial.

a) *Las entidades del Sistema de Seguridad Social.* La Corte Constitucional en la sentencia T-568 de 1999²⁰ reitera como el legislador en el artículo 4° de la Ley 100 de 1993 cataloga como servicio público esencial al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y para el sistema de pensiones asigna dicha categoría “solo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones”.

²⁰ M. P. Carlos Gaviria Díaz.

De lo anterior podría deducirse que aquellas actividades de las empresas del sistema de seguridad social que no tengan una relación directa con el propio sistema, admitirían un cese en su funcionamiento por parte de los trabajadores, abriendo entonces la posibilidad de una huelga parcial.

Este fenómeno, de hecho se presentó en 2001 cuando en el marco de un proceso de negociación colectiva se hizo efectiva una huelga en la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana que implicó la suspensión laboral de todos los contratos de trabajo de la entidad. Sin embargo, producto de diversos acuerdos suscritos entre la empresa y el sindicato en marco de ejecución de la huelga, se permitió la continuidad en el desarrollo de los servicios de salud (banco de sangre y albergues médicos), afectos estos al sistema de salud.

Posteriormente, el Ministerio de Trabajo señaló en el marco de la solicitud de declaratoria de ilegalidad del cese de actividades que este era legal en la medida que el derecho a la salud de los usuarios no se había afectado. En publicación de 17 de febrero de 2001 del periódico *El Tiempo* se señala que

La resolución expedida el pasado 14 de enero por la cartera laboral indica que los hechos demuestran que los servicios de salud que presta la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana en el Banco de Sangre y en el Albergue de Paso están siendo atendidos normalmente con lo que se equilibran los derechos de los usuarios de los servicios públicos especiales con el derecho de la huelga de los trabajadores (2001).

Así, pues, en el marco del concepto dinámico de la seguridad social aplicado al sistema de salud, encontramos que al permitir la continuidad en el desarrollo de las actividades afines a lo público esencial, el resto de la actividad productiva se pudo suspender sin que ello implicara una violación a los límites constitucionales propios del derecho de huelga.

De igual manera y bajo un criterio puramente teórico, podría ser factible la huelga parcial en el sector de los fondos de pensiones, toda vez que conforme al citado artículo 4° de la Ley 100 de 1993, el concepto de lo público esencial se predica solamente de “[...] aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones”, lo que eventualmente podría suponer la posibilidad de un cese parcial de actividades en aquellas actividades ajenas al reconocimiento y pago de pensiones.

Al analizar la estructura funcional de las entidades del sistema de pensiones, en especial de las administradoras de fondos de pensiones

del régimen de ahorro individual, resulta factible determinar cuáles actividades están relacionadas directamente con el reconocimiento y pago de pensiones y, en sentido contrario, que otras funciones, siendo principales o accesorias en término de su objeto social, no tienen un impacto directo en el reconocimiento y pago de pensiones, como lo serían los servicios de comercialización, mercadeo y las actividades relacionadas con los negocios de cesantías y fondos voluntarios.

El concepto dinámico de lo público esencial para efectos de la huelga, permitiría entonces el desarrollo parcial de una huelga, e impondría para las partes y para el Estado el deber de convenir o regular como se continúa desarrollando durante la huelga, la prestación de aquellas actividades afines o necesarias para el reconocimiento y pago de las pensiones.

b) *El sector del transporte ferroviario.* La Ley 336 de 1996 (Estatuto Nacional del Transporte), en su artículo 80 determinó que el “Modo de Transporte Ferroviario, además de ser un servicio público esencial, se regula por las normas estipuladas en esta Ley y las normas especiales sobre la materia”. El alcance de esta disposición no admite dudas literales sobre la condición de lo público esencial afecto a tal actividad, pero tal y como lo hemos explicado con anterioridad y de conformidad con el artículo 56 de la Constitución Política, el análisis dinámico de este no permite inferir que la sola consagración legal constituya un límite al ejercicio del derecho de huelga.

Tratándose del sector del transporte, adquiere relevancia la situación presentada en la sociedad Ferrocarriles del Norte de Colombia S. A. (Fenoco), sociedad que en 2009 desarrollaba el transporte férreo por los corredores Bogotá-Sogamoso/La Loma-Santa Marta, y en la cual se presentó un cese de actividades en los meses de marzo y abril del citado año. La suspensión de actividades solamente afectó el segundo tramo de la citada actividad, en el cual principalmente se desarrollaba transporte de carbón para fines de exportación. El tramo correspondiente al corredor férreo Bogotá-Sogamoso continuó prestando sus servicios con total normalidad y, en dicha operación, se desarrollaba de manera incipiente el transporte de pasajeros y de carga para diversas regiones de Boyacá.

Para este caso, en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la ilegalidad de cese de actividades (C. S. de J., rad. 40428 de 2009) y en la citada providencia haciendo referencia a la relatividad y particularidad de la noción de lo público esencial,

considero que el cese ocurrido, el cual reiteramos fue parcial, no afectaba la prestación del servicio público esencial de transporte, por cuanto este solo impactó el desarrollo de una actividad privada y particular, como lo era el transporte de carbón.

Lo anterior indica que al no afectarse la prestación del servicio de transporte de pasajeros, el cual podría considerarse como una actividad asociada a lo público esencial, no se transgredió el límite constitucional a la huelga, y en la práctica se generó una huelga parcial.

c) *Antecedentes o reflexiones para otros sectores.* Aun cuando cabrían múltiples reflexiones y ejemplos sobre el alcance de la noción dinámica de lo público esencial en torno al ejercicio del derecho de huelga, consideramos pertinente referirnos a los siguientes sectores por su importancia y trascendencia:

a') *Sector de hidrocarburos.* Conforme al artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, está prohibida la huelga en las actividades propias de “h) Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del gobierno”. La citada norma ha sido objeto de diversos pronunciamientos de exequibilidad en torno a la limitación al ejercicio del derecho de huelga, pero resulta relevante la sentencia C-796 de 2014²¹, recientemente proferida por la Corte Constitucional.

En la sentencia citada se observa la modulación que sobre el concepto dinámico de la noción de servicio público esencial hace la Corte, al indicar que es necesario analizar en forma particular cuando un posible desabastecimiento genera o no peligro a la vida, la seguridad o la salud de la población en forma total y parcial, precisando que es viable ejercer el derecho a la huelga siempre y cuando se establezca “[...] el mantenimiento de servicios mínimos negociados, concertados entre los sindicatos, los empleadores y las autoridades públicas en caso de huelga, de manera de asegurar que las necesidades básicas de los usuarios de los servicios son satisfechas” (Corte Const., Comunicado de Prensa 43, 2014).

La decisión anterior adquiere mayor relevancia al analizar los salvamentos de voto, pues en ellos y en desarrollo de los nuevos pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT, acogidos en la sentencia C-691 de 2008²², la Corte plantea que no debería existir lími-

²¹ M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²² M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

te al ejercicio de la huelga en dicho sector, asociado fundamentalmente a conceptos temporales o de duración del cese o la huelga.

Aun cuando la C-796 de 2014 declara exequible la norma demandada del artículo 430 citado, y exige al Congreso la expedición de una ley que regule la noción de lo público esencial, sus considerandos abren la discusión sobre la posibilidad de huelgas parciales, cuando resulte demostrable que la actividad productiva asociada a los hidrocarburos (petróleo) no afecte el abastecimiento normal de combustibles en el país, bien sea por la temporalidad del cese o por las actividades operacionales que se puedan ver afectadas.

b') *El sector bancario y la banca central.* La condición del sector bancario, como servicio público esencial, fue puesta en duda como consecuencia del decaimiento del Decreto 1593 de 1959, que se expidió con fundamento en el inciso i) del artículo 1° del Decreto 753 de 1956, el cual fue derogado por el artículo 3° de la Ley 48 de 1968, conforme lo precisó la propia Corte Constitucional en sentencia C-505 de 1995²³.

Sin embargo, la naturaleza de servicio público ha sido reiterada en diversas providencias de la Corte Constitucional que atendiendo la propia naturaleza del servicio prestado ha considerado que

a la actividad bancaria la jurisprudencia constitucional le ha reconocido, además, el carácter de servicio público. Ha explicado la Corte que, aun cuando tal calificación corresponde hacerla en primera instancia al legislador, quien no ha expedido disposición alguna en ese sentido, dicho sector goza de tal condición por tratarse de una actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, involucrar el interés público, y reunir unas especiales características como su importancia para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción en la economía. También ha aclarado la Corte que vincular la condición de interés público que tiene la actividad bancaria, con el carácter de servicio público a ella reconocido, ‘no quiere decir que las nociones de interés público y de servicio público se confundan o que toda actividad que involucre el interés público pueda ser catalogada como servicio público, pues han sido las especiales características de la actividad bancaria las que han motivado esta doble calificación,

²³ M. P. Alejandro Martínez Caballero.

es decir, además de ser una actividad que compromete el interés público es un servicio público (Corte Const., sent. C-692 de 2007).

Por su parte, y en relación con las empresas del sector financiero, la Organización Internacional del Trabajo ha considerado que estas no desarrollan en estricto sentido un servicio público esencial (OIT, 2006, pág. 127), sin embargo, ha admitido la posibilidad de que se generen ceses parciales al señalar que “el Instituto Monetario, los bancos, los transportes y los sectores del petróleo son sectores donde podría negociarse un servicio mínimo a mantener en caso de huelga para garantizar que se satisfagan las necesidades esenciales de los consumidores” (OIT, 2006, pág. 134).

La tesis expuesta de la Organización Internacional del Trabajo en relación con la actividad bancaria aún no ha sido objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional, pero resulta evidente que podría tener repercusiones en futuros análisis jurídicos si se pudiera demostrar que un cese de actividades en una entidad bancaria, podría afectar de manera sensible y evidente derechos fundamentales y necesidades esenciales de los consumidores o de la población en general.

Un panorama similar, pero bajo supuestos normativos diferentes, arroja el estudio de la banca central, representada por el Banco de la República, por cuanto el artículo 39, inciso 2º de la Ley 31 de 1992 definió que “Para los fines del artículo 56 de la Constitución Política, definase como servicio público esencial la actividad de banca central”, calificación que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1994²⁴, cuya parte resolutive se remite a los considerandos de la sentencia y en los que expresamente se afirma que la declaración de exequibilidad se concreta únicamente a la función de banca central y solo esta, es la calificada como servicio público esencial.

6. CONCLUSIONES

Aun cuando en Colombia no existe un desarrollo normativo expreso que permita o incorpore la huelga parcial como una opción legalmente viable, la redefinición que ha hecho la Corte Constitucional en su jurisprudencia del concepto dinámico de la calificación de los servicios públicos esenciales y en análisis en particular del alcance de lo público esencial en varias actividades o servicios, genera una apertura y hace viable la posibilidad de que en Colombia se desarrolle el concepto de

²⁴ M. P. Jorge Arango Mejía.

la huelga parcial, entendida como la posibilidad de que un cese de actividades o huelga que afecte solo una parte de la operación empresarial o del servicio prestado.

La opción de desarrollar la huelga con las características e implicaciones que hemos desarrollado en el presente escrito quedan sujetas en cada caso en particular, a la posibilidad que tengan las partes para armonizar la ejecución de este derecho, de forma tal que los mecanismos creados por vía legal o consensual permitan eficacia en el ejercicio del derecho, y esto suponga una violación a las limitaciones constitucionales y jurisprudenciales establecidas en torno a la catalogación de lo *público esencial*.

BIBLIOGRAFÍA

GERNIGON, BERNARD; ODERO, ALBERTO y GUIDO, HORACIO: Principios de la OIT sobre el derecho de huelga, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), “La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”, Oficina Internacional del Trabajo, quinta edición, Ginebra, 2006.

VALLEJO CABRERA, FABIÁN: *El derecho de huelga y conceptos afines*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 2009.

A) *Jurisprudencia de la Corte Constitucional*

Sent. C-473 de 1994, Alejandro Martínez Caballero.

Sent. C-521 de 1994, Jorge Arango Mejía.

Sent. C-450 de 1995, Antonio Barrera Carbonell.

Sent. C-505 de 1995, Alejandro Martínez Caballero.

Sent. C-432 de 1996, Carlos Gaviria Díaz.

Sent. C-075 de 1997, Hernando Herrera Vergara.

Sent. C-568 de 1999, Carlos Gaviria Díaz.

Sent. C- 663 de 2000, Antonio Barrera Carbonell.

Sent. C-1369 de 2000, Antonio Barrera Carbonell.

Sent. C-201 de 2002, Jaime Araújo Rentería.

Sent. C-314 de 2004, Marco Gerardo Monroy.

Sent. C-692 de 2007, Rodrigo Escobar Gil.

Sent. C-466 de 2008, Jaime Araujo Rentería.
Sent. C-691 de 2008, Manuel José Cepeda.
Sent. C-696 de 2008, Rodrigo Escobar Gil.
Sent. C-858 de 2008, Nilson Pinilla.
Sent. C-715 de 2008, Mauricio González Cuervo.
Sent. C-349 de 2009, Luis Ernesto Vargas.
Sent. C-122 de 2012, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
Sent. SU-555 de 2014, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
Sent. C-796 de 2014, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

B) Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia

Sentencia rad. 42273 de 2009, Rafael Méndez Arango.
Sentencia rad. 21491 de 2004, Isaura Vargas Díaz.
Sentencia rad. 40428 de 2009, Luis Javier Osorio López.

C) Internet

El Tiempo. Recuperado de Legal huelga de la Cruz Roja: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-618854>.
Ministerio de la Protección Social, 2011, recuperado de http://wsp.presidencia.gov.co/Especiales/2011/Documents/20110613_serviciosPublicos.pdf.
Corte Constitucional. Comunicado de Prensa 43, recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2043%20comunicado%2029%20y%2030%20de%20octubre%20de%202014.pdf>.

CAPÍTULO IV

LA INCLUSIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. OBSTÁCULOS QUE ENFRENTA*

ANA CRISTINA MEDINA GONZÁLEZ**

1. INTRODUCCIÓN

Ante los reiterados pronunciamientos emitidos por parte de jueces de tutela, en los que se le ha dado una interpretación sumamente amplia al fuero de salud, declarando que trabajadores con discapacidades menores o incapacidades temporales son acreedores de dicha estabilidad y por lo tanto han ordenado su reintegro a la empresa, se realizará un análisis respecto a la figura de la estabilidad laboral reforzada de personas con discapacidad y cómo su cobertura excesiva puede generar obstáculos a la inclusión laboral de estos.

En Colombia legisladores y jueces han entendido la importancia de respetar y promover el ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad física o mental, con este fin han buscado: (1) generar incentivos para que los empleadores creen espacios laborales para estas personas y (2) establecer garantías de estabilidad laboral a los contratados.

No obstante, dichas iniciativas se están viendo truncadas en la realidad laboral de nuestro país, pues en aras de la estabilidad laboral reforzada ilimitada de la cual gozan las personas con alguna debilidad manifiesta, según algunos jueces de tutela, se ha ido hasta el punto de impedir desvinculaciones que no solamente son justas sino también necesarias para la proyección y buen clima laboral de una empresa.

Por esta extrema protección, que en mi opinión va más allá de lo establecido legalmente, se ha desincentivando por completo la contratación

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.32>

** Abogada en la firma Godoy y Córdoba. Abogada graduada de la Universidad de los Andes, Especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana.

de personas con algún tipo de discapacidad, pues es más el temor de no poder terminar un contrato que requiera a todas luces culminar, que los beneficios que ha generado el legislador por su contratación.

Así las cosas, el trabajo de quienes están buscando generar la tan importante inclusión no está dando frutos, pues los fallos jurisprudenciales que dicen proclamar y luchar contra la discriminación en realidad están produciendo el efecto contrario.

Ahora bien, con el fin de realizar un análisis a la problemática planteada, en el presente escrito se estudiarán:

- Las iniciativas e incentivos que el legislador ha generado en pro de la inclusión laboral de personas con discapacidad, exponiendo, posteriormente, la inutilidad de estos mecanismos.

- La normativa por medio de la cual se genera el fuero de salud y el alcance superior que se le está dando, desincentiva la contratación de personal con algún tipo de discapacidad, al generar temor entre empleadores respecto a la imposibilidad de una terminación que resulte necesaria (por justas causas o causas legales), sin que tenga nada que ver con el estado de salud del trabajador.

- El artículo 137 del Decreto 19 de 2012, por medio del cual se buscaba precisar el entendimiento de la norma referente a la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores, intento que resultó infructuoso por declaratoria posterior de inconstitucionalidad.

- Fallos emitidos por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, alcance que le han dado al fuero de salud.

Lo anterior para concluir que hasta tanto no quede limitado el alcance de la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores con fuero de salud, los programas que busquen generar inclusión laboral van a ser infructuosos y el derecho al trabajo de las personas con discapacidades se verá limitado, incumpliendo el Estado, de esta forma, con sus deberes de protección a los derechos de los ciudadanos.

2. INICIATIVAS E INCENTIVOS QUE EL LEGISLADOR HA GENERADO EN PRO DE LA INCLUSIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Ley 361 de 1997, en su artículo 22, estableció:

El gobierno dentro de la política nacional de empleo adoptará las medidas pertinentes dirigidas a la creación y fomento de las fuentes de trabajo para las personas con limitación, para lo cual utilizará todos los mecanismos adecuados a través de los Ministerios de

Trabajo y Seguridad Social, Salud Pública, Educación Nacional y otras entidades gubernamentales, organizaciones de personas con limitación que se dediquen a la educación, a la educación especial, a la capacitación, a la habilitación y rehabilitación.

Igualmente el gobierno establecerá programas de empleo protegido para aquellos casos en que la disminución padecida no permita la inserción al sistema competitivo.

Así mismo, la mencionada ley generó incentivos tributarios y beneficios competitivos para aquellos empleadores que vincularan personal con una discapacidad que fuera declarada superior al 25 por ciento de pérdida de capacidad laboral. Los incentivos tributarios se mencionan a continuación.

A) *Incentivos tributarios*

- Deducción en la renta

Los empleadores que vinculen trabajadores con las limitaciones físicas mencionadas y que tengan la obligación de declarar renta, pueden deducir el 200 por ciento del valor de los salarios y prestaciones sociales pagados durante el año o periodo gravable a estos trabajadores, mientras se encuentren vinculados laboralmente.

B) *Otros beneficios*

- Deducción en la cuota de aprendices

Los empleadores obligados a contratar aprendices y que contraten a personal con alguna discapacidad superior al 25 por ciento verán reducida su cuota de aprendices en un 50 por ciento.

Adicionalmente, el artículo 24 de la Ley 361 de 1997 estableció que los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación tendrán las siguientes garantías:

- Ventajas en procesos de licitación

A que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10 por ciento de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación;

- Beneficios sobre créditos

Prelación en el otorgamiento de créditos de subvenciones de organismos estatales, siempre y cuando estos se orienten al desarrollo de planes y programas que impliquen la participación activa y permanente de personas con limitación;

- Deducción arancelaria sobre equipos adoptados o destinados al manejo de personal con limitación

El gobierno fijará las tasas arancelarias a la importación de maquinaria y equipo especialmente adoptados o destinados al manejo de personas con limitación. El gobierno clasificará y definirá el tipo de equipos que se consideran cubiertos por el beneficiario.

3. EL FUERO DE SALUD-ALCANCE LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

A) *El fuero de salud y la inclusión laboral según normatividad vigente*

a) *Ley 361 de 1997*. El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 consagra el derecho a la no discriminación de las personas con limitaciones físicas, norma de donde nace el llamado fuero de salud, pues si bien desde la Constitución Política colombiana existe normatividad a favor de esta población, no es hasta esta ley que se solidifica la estabilidad laboral reforzada a favor de los trabajadores con algún tipo de discapacidad.

Dicha norma establece:

En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

De la norma en cuestión podemos realizar las siguientes deducciones:

a) La norma impide la no vinculación de una persona debido a su limitación, a menos que sea incompatible e insuperable con el cargo a desempeñar.

b) La norma impide la terminación del contrato de una persona con limitaciones físicas, *por razón* de estas.

c) La norma establece que el Ministerio del Trabajo podrá autorizar terminación *por razón* de las limitaciones del trabajador.

d) La norma establecía que la consecuencia de una terminación *por razón* de la limitación de un trabajador era el pago de una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días de salario.

Así las cosas, podemos concluir que la norma no pretendía que aquel con capacidad diferenciada/discapacidad no pudiera ser despedido bajo ninguna circunstancia, como lo puede ser una justa causa o causa legal, sino protegerlo en contra de una discriminación que generara que *por su discapacidad fuera despedido*.

De igual forma, la norma prevé que pueden existir casos en los que la terminación se realizará *por razón* de la limitación del trabajador, como por ejemplo, casos en los cuales es imposible que el trabajador continúe laborando en la empresa porque no es apto para ninguno de los cargos existentes o que se pudiesen crear dentro de esta. En estos casos el Ministerio del Trabajo podría estudiar la situación y autorizar la desvinculación.

Finalmente, no establece el reintegro como consecuencia de la terminación *por razón* de la limitación física sino el pago de una indemnización.

Ahora bien, el alcance que se le está dando jurisprudencialmente a la norma va más allá de lo previsto, pues no solamente se estudia que la terminación se haya dado *por razón* de la limitación del trabajador, como lo prevé la norma, sino simplemente que el trabajador tenga una limitación conocida por el empleador y que exista una desvinculación, de manera que bajo ninguna circunstancia se pueda despedir a un trabajador con discapacidad, a menos que medie autorización del Ministerio, que, en la mayoría de casos, no es otorgada.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 2000 afirmó que:

el despido del trabajador por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y solo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá

asumir además de la *ineficacia jurídica* de la actuación, el pago de la respectiva *indemnización sancionatoria*.

Carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.

Así las cosas, quedó condicionado el inciso segundo de la norma de la forma transcrita, por lo que en caso de terminación de un contrato de un trabajador con discapacidad, no bastará el pago de la indemnización sino que por la ineficacia de la desvinculación, procederá adicionalmente el reintegro.

Ahora bien, nótese que la mencionada sentencia de constitucionalidad sigue afirmando que dichas consecuencias solo son procedentes en los casos en los que la desvinculación se dé por razón de la limitación del trabajador, no en cualquier caso.

a') *Titulares del fuero de la estabilidad laboral por limitación física*. La Ley 361 de 1997 establece además de los beneficios y estabilidad laboral mencionados, el procedimiento que deben seguir quienes tengan una discapacidad física para ser calificados y obtener un carné que los identifique como titulares de estas disposiciones, por lo cual, en su artículo 5° afirma:

Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificación a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente.

Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. *Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente ley* (Texto en cursivas declarado exequible mediante sent. C-606 de 2012 de la Corte Const.).

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud realizará las modificaciones necesarias al formulario de afiliación y al carné de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud con el objeto de incorporar las modificaciones aquí señaladas.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las políticas que con relación a las personas con limitación establezca el

“Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación” a que se refiere el artículo siguiente”.

En este sentido, según la norma transcrita, para exigir la titularidad de la estabilidad laboral reforzada debería la persona acreedora de la protección haber realizado previamente el procedimiento descrito y portar el carné que establece el grado de dicha discapacidad.

No obstante, en la mayoría de los casos, no se analiza si la persona que afirma encontrarse con una discapacidad, y por lo tanto ser titular de la estabilidad laboral reforzada, ha sido calificada previamente como se establece en la norma.

En mi opinión, el procedimiento establecido en la norma estudiada busca garantizar objetividad respecto a la limitación del trabajador, evitando que cualquier persona use erróneamente la protección de la estabilidad laboral, sin embargo, al ser en la práctica obviado por completo este procedimiento, se da espacio para que cualquier persona afirme ante el juez de tutela su debilidad y sea este el que subjetivamente tenga que decidir si se trata de una persona con limitación garante del derecho de estabilidad laboral reforzada.

b) *Constitución Política de Colombia*. Los fallos de tutela relacionados con la estabilidad laboral reforzada por limitaciones de salud, se basan, de forma adicional a la Ley 361 de 1997 estudiada, en normas constitucionales, como el artículo 13, que pregona el derecho a la igualdad, el artículo 53, que trata sobre los principios laborales, entre ellos igualdad y estabilidad, el artículo 95 que establece el principio de la solidaridad, y el artículo 47 que dispone la obligación del Estado de garantizar la inclusión laboral de los disminuidos físicos, afirmando: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

c) *Ley 82 de 1988*. Mediante la Ley 82 de 1988 se aprobó el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69 Reunión en Ginebra, en 1983. Tiene como finalidad la readaptación profesional, entendiéndose que es la de “permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad”.

d) *Decreto 2177 de 1989*. A través del Decreto 2177 de 1989 se desarrolló la Ley 82 de 1988, que como se mencionó, aprobó el Convenio 159, sobre readaptación profesional y el empleo de personas inválidas.

Este decreto estableció en su primer artículo que:

El Estado garantizará la igualdad de oportunidades y derechos laborales a las personas inválidas física, mental o sensorialmente, conforme al Convenio número 159 suscrito con la organización Internacional del Trabajo y las disposiciones vigentes sobre la materia.

1. Decreto 19 de 2012, “Ley Antitrámites”. Intento de precisión a la cobertura del fuero de salud

El artículo 137 del Decreto 19 de 2012 establecía:

Artículo 137. No discriminación a persona en situación de discapacidad

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, quedará así:

Artículo 26. No discriminación a persona en situación de discapacidad. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo.

Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, *no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato*, Siempre se garantizará el derecho al debido proceso.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren” (resaltado por fuera del texto).

Como se hace evidente, dicho artículo pretendía precisar que en los casos en los que el trabajador incurriera en una justa causa de terminación del contrato, no era necesario contar con autorización previa por parte del Ministerio del Trabajo, precisión esta que en mi opinión, tan solo reiteraba lo expresado en la norma.

Lo anterior, ya que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 establece: “[...] ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato ter-

minado *por razón* de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo [...]” (resaltado fuera del texto).

En este sentido, la norma siempre ha sido clara en manifestar que la prohibición recae sobre las terminaciones que se realicen *en razón* a la limitación del trabajador, y que *es en estos casos* en los que, si se requiere la terminación, se deberá realizar el trámite de autorización ante el Ministerio del Trabajo, previamente.

Ahora bien, cuando un contrato se termina debido a una justa causa de terminación, es evidente que la terminación no se realiza *en razón* a la limitación del trabajador sino a la falta cometida, y que más prueba de esto que la demostración de la justa causa que el mismo legislador ha previsto como causal de terminación del contrato, entendiéndose que después de la configuración de alguna de estas la permanencia del vínculo laboral es inviable.

Así las cosas, en una interpretación literal y teleológica de la norma, es claro que esta solo establece la necesidad de autorización por parte del ministerio para la terminación del contrato, cuando dicha terminación se fuera a dar en razón de las limitaciones que pudiera enfrentar el trabajador, mas no cuando se configurará una justa causa.

Entonces, lo que pretendía la norma, según considero, era proteger a las personas con discapacidad de la discriminación que un empleador pudiese ejercer al terminarle el contrato en razón a esta, y no la de restringir la facultad y derecho que tiene el empleador de terminarle un contrato a un trabajador que hubiese incurrido en una falta tan grave, que configurará una justa causa de terminación, pues no deja de ser grave dicha falta y de generar la inviabilidad de la relación laboral por el hecho de que el trabajador tenga una discapacidad.

No obstante lo anterior, la norma fue demandada según el actor, por exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias. En sentencia de constitucionalidad (sent. C-744 de 2012) la Corte Señaló:

Como se constata, el artículo 137 del Decreto Ley 19 de 2012 conservó la redacción original del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, adicionando un inciso según el cual, aunque se reitera que la discapacidad de una persona no puede ser motivo para obstaculizar su vinculación laboral, despedirla o terminar su contrato por ese motivo, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo, no se requerirá tal procedimiento, cuando el empleado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo.

De igual forma, concluyó:

La Corte ha observado que acertaron los demandantes al señalar dentro de su argumentación, que el Presidente de la República al expedir el artículo 137 del Decreto Ley 19 de 2012, excedió los límites de las facultades que le fueron conferidas por el artículo 75 de la Ley 1474 de 2011, desconociendo así lo estatuido en el numeral 10 del artículo 150 superior, en cuanto:

(i) El legislador facultó al Congreso únicamente para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites *innecesarios*, existentes en las gestiones públicas, que antes que ser útiles, retardan las actuaciones y desgastan a los interesados y a las propias autoridades.

(ii) Esas finalidades constituyen el marco y criterio límite dentro del cual debía actuar el ejecutivo, para que su uso excesivo no debilite el principio democrático y la separación de poderes.

(iii) La estabilidad laboral reforzada de las personas con alguna discapacidad es un derecho constitucional que demanda acciones afirmativas, dada su relación con la dignidad humana, la igualdad y la integración social, cuyos alcances en materia de protección y salvaguarda no pueden ser restringidos por el Estado, salvo que existan estrictas razones suficientes que así lo ameriten, para no desconocer el principio de no regresividad.

(iv) Debe ser el Congreso de la República el que determine, con atención a las posiciones de los diferentes interesados, la exigencia o no de la venia de la autoridad respectiva, para que se pueda despedir o terminar el contrato de una persona discapacitada, cuando se discuta si concurre o no una justa causa para ello, siempre bajo el riesgo de una inconstitucionalidad si la exigencia ya existe y en realidad constituye una reforzada garantía de estabilidad.

Ahora bien, en mi opinión las consideraciones y conclusiones de la referida sentencia, parten de la base de que la adición que se estaba generando a la norma (art. 26 de la Ley 361 de 1997), se encontraba eliminando un trámite *previsto por el legislador* en aras de la protección de las personas con discapacidad, cuando como se ha manifestado, dicho trámite no fue contemplado en la norma.

Vale la pena anotar que antes del Decreto 19 de 2012, ante solicitudes al Ministerio del Trabajo de autorización para terminarle el contrato a un trabajador que hubiese incurrido en una justa causa, este había expuesto que no se encontraba facultado para otorgar esta autorización, pues en casos de justa causa era el empleador quien debía evaluar la procedencia de la terminación.

Lo anterior solo reitera que de antes del decreto se entendía que el Ministerio no debía autorizar la terminación de personas con discapacidad cuando se hubiese configurado una justa causa.

Así las cosas, la adición solo se realizaba para que no existiera duda respecto a la supuesta existencia de dicho trámite en los casos de configuración de justas causas, pues el juez constitucional había afirmado en ocasiones que este era necesario y, por lo tanto, los empleadores lo habían entendido así y lo estaban realizando, cuando la norma nunca lo dispuso.

Por lo tanto, la adición se encontraba suprimiendo un trámite que se estaba dando en la práctica pero que resulta innecesario, pues *el legislador no lo ha previsto* y no es coherente con la normatividad que regula la estabilidad laboral reforzada de las personas con discapacidad.

En consecuencia, el gobierno sí actuó dentro de sus facultades extraordinarias, otorgadas mediante el artículo 75 de la Ley 1474, entre las cuales se encontraba generar “normas con fuerza de ley para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y *trámites innecesarios* existentes en la administración pública” (resaltado por fuera del texto), pues como se ha reiterado, tan solo generó una norma que realizó una adición con el fin de precisar que el trámite de autorización ante el Ministerio del Trabajo cuando se configurará una justa causa, no era necesario, *de conformidad con la normativa vigente*.

No obstante, mediante la sentencia C-744 de 2012, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 137 del Decreto 19 de 2012 “por el cargo de exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias”.

Por las consideraciones de la Corte Constitucional y su declaratoria de inexecutable, se generó, hoy en día, un trámite que en mi opinión no existía, pero que en cualquier caso era discutible.

Derivado de lo anterior, los empleadores quedaron aún más reacios a generar contrataciones de personas con discapacidad alejándonos cada vez más de la posibilidad de un programa exitoso de inclusión laboral para ellas.

2. Posición actual de la Corte Constitucional sobre la terminación del contrato de trabajadores con algún tipo de discapacidad

El juez de tutela en su afán de proteger a las personas con incapacidades temporales, o cualquier tipo de discapacidad, ha generado fallos en donde ordena su reintegro, independientemente del tipo de incapacidad o discapacidad o de la causal de terminación, solo por el hecho de no haber contado con la autorización del Ministerio del Trabajo.

En la actualidad, la Corte Constitucional ha llegado a invalidar terminaciones de contrato en las que media la voluntad del trabajador, como es el caso del mutuo acuerdo.

Mediante la sentencia T-217 de 2014 la Corte Constitucional, al analizar el caso de un trabajador que había terminado su contrato voluntariamente junto con la voluntad de su empleador, es decir, a través de un mutuo acuerdo, resolvió:

Segundo.- Ordenar a Varisur y Compañía Ltda. que en el término diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia: (i) reintegre al peticionario al cargo de mecánico 1A, o a un cargo de iguales condiciones, para lo cual deberá tener en cuenta las recomendaciones realizadas por la especialista en salud ocupacional; y (ii) pague los salarios y prestaciones sociales a que tenga derecho, sin solución de continuidad, desde el momento en que fue desvinculado de sus labores, hasta cuando se haga efectivo el reintegro; así como la indemnización contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Para el reconocimiento de las sumas adeudadas, la empresa podrá descontar los valores que fueron reconocidos al trabajador como liquidación y bono de mera liberalidad, sin afectar su derecho fundamental y el de su familia al mínimo vital.

Lo anterior basándose en que:

[...] la Constitución ofrece a los trabajadores con disminuciones físicas o mentales, el derecho a no ser retirados de su lugar de trabajo sin la observancia de un trámite especial, el cual comprende el acudir previamente ante el inspector de trabajo para que autorice el despido. Si bien es cierto en este caso el contrato de trabajo a término fijo había sido prorrogado por un determinado periodo (hasta el 30 de junio de 2013) que había llegado a su fin, el objeto del contrato no iba a desaparecer y trabajador se encontraba en circunstancias de debilidad manifiesta dada su enfermedad. Por ello (i) el inspector de trabajo debió conocer la situación que atravesaba el trabajador con respecto a su estado de salud, y (ii) en el acta se debió hacer referencia explícita a ese punto. Así, una vez se expusieran las consideraciones del caso, el inspector debía autorizar o no la terminación del contrato.

Finalmente, dispone la sentencia que:

Para dar por terminado, de mutuo acuerdo, un contrato laboral con un trabajador que goza de estabilidad laboral reforzada por razones de salud física o mental, el empleador debe (i) acudir al inspector de trabajo a solicitar permiso; (ii) dar a conocer a la

autoridad las razones por las cuales al trabajador se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, y (iii) cerciorarse de que el trabajador conozca las protecciones que le otorga la Constitución y la ley por su especial condición de salud. Una vez el inspector del trabajo llegue al conocimiento de tales circunstancias, deberá decidir si autoriza o no el despido del trabajador.

En consecuencia, la Corte Constitucional a través de esta sentencia, genera el requisito de autorización del Ministerio del Trabajo para despedir a un trabajador con fuero de salud, independientemente de que sea el mismo trabajador el que quiera terminar de forma voluntaria su contrato, junto con la voluntad concurrente de su empleador.

Se debe tener en cuenta que, como se ha mencionado, el trámite de autorización de terminación de contrato de un trabajador con fuero de salud ante el Ministerio del Trabajo, no es ni sencillo, ni expedito y en la mayoría de los casos es infructuoso, lo que indica que aun cuando el trabajador quiera irse de la compañía y esta así lo desee, no podrán generar la desvinculación.

Así las cosas, la protección que está generando la Corte Constitucional cada vez se aleja más de la planteada por la norma, pues no solamente protege al trabajador con algún tipo de debilidad manifiesta de una terminación en razón de esta (planteada por la norma), y al que haya cometido una falta grave y configurado una justa causa, caso en el cual es claro que la terminación no se realizaría en razón a su discapacidad sino a la justa causa, sino también busca proteger al trabajador de sus propias decisiones (lo cual normativamente nunca se previó), pues ahora se debe solicitar autorización para terminar por acuerdo el contrato de trabajo.

Lo anterior, evidentemente también trae como consecuencia que ante la imposibilidad de terminar el contrato de trabajo de una persona con discapacidad, independientemente de que este incurra en una falta grave o acuerde la desvinculación, los empresarios se nieguen a vincular a trabajadores con algún tipo de discapacidad, sin importar los beneficios que tienen estas contrataciones.

3. Posición actual de la Corte Suprema de Justicia sobre la terminación del contrato de trabajadores con discapacidades.

La Corte Suprema de Justicia ha hecho un análisis juicioso respecto a los casos en los que opera la estabilidad laboral reforzada contenida en la Ley 361 de 1997 y sus límites.

De hecho en sentencia con radicación 41867, de 2013, manifestó: “ha sido criterio de esta Corporación que la relación laboral puede ser

terminada con justa causa aun cuando el trabajador se encuentre en incapacidad temporal”.

Anteriormente, ya había expresado en sentencia de 25 de marzo de 2005, radicación 35606.

También es cierto que las incapacidades, por sí solas, no acreditan que la persona se encuentre en la limitación física y dentro de los porcentajes anteriormente mencionados, para efectos de ser cobijada por la protección a la que se refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

De igual forma, en sentencia de 15 de julio de 2008, radicación 32532, la Corte Suprema afirmó:

Ahora, como la ley examinada no determina los extremos en que se encuentra la limitación moderada, debe recurrirse al Decreto 2463 de 2001 que sí lo hace, aclarando que en su artículo 1° de manera expresa indica que su aplicación comprende, entre otras, a las personas con derecho a las prestaciones y beneficios contemplados en las leyes 21 de 1982, 100 de 1993, 361 de 1997 y 418 de 1997. Luego, el contenido de este decreto en lo que tiene que ver con la citada Ley 361, es norma expresa en aquellos asuntos de que se ocupa y por tal razón no es dable acudir a preceptos que regulan de manera concreta otras materias.

Pues bien, el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; define que la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50% [...].

En estudio de lo anterior, la sentencia con radicación 41867, de 2013, concluye:

Surge de lo expuesto que la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada. Situación en la que no se encuentra el demandante, pues su incapacidad permanente parcial tan solo es del 7,41%, es decir, inferior al 15% del extremo mínimo de la limitación modera, que es el grado menor de discapacidad respecto

del cual operan las garantías de asistencia y protección que regula esa ley, conforme con su artículo 1°.

Esta línea ha sido reiterada en múltiples fallos de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos el proferido a través de sentencia de 28 de agosto de 2012, radicación 39207, en donde expresó:

En todo caso, para despejar cualquier duda que puede suscitar la precitada sentencia en cuanto al nivel de limitación requerido para el goce de la protección en cuestión, esta Sala reitera su posición contenida en la sentencia 32532 de 2008, consistente en que no cualquier discapacidad está cobijada por el manto de la estabilidad reforzada previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; dicha acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sea excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, las discapacidades leves que podría padecer un buen número de la población no son las que ha sido objeto de discriminación. Por esta razón, considera la Sala que el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5° reglamentado por el artículo 7° del D. 2463 de 2001), a partir del 15 % de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, en principio, a quienes clasifiquen en dichos niveles; de no haberse fijado, por el legislador, este tope inicial, se llegaría al extremo de reconocer la estabilidad reforzada de manera general y no como excepción, dado que bastaría la pérdida de la capacidad en un 1% para tener derecho al reintegro por haber sido despedido, sin la autorización del ministerio del ramo respectivo. De esta manera, desaparecería la facultad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente, lo que no es el objetivo de la norma en comento.

Así las cosas, es claro que la Corte Suprema de Justicia reconoce y vela por la protección de las personas con discapacidad, sin embargo, es coherente con la normatividad relacionada y respeta la real cobertura de esta estabilidad laboral reforzada, en donde los acreedores de la misma son aquellos que tienen una pérdida de capacidad laboral superior al 15 por ciento.

Es clara la Corte al estudiar el tema y al afirmar que dicha protección no tendría sentido ni legitimidad, si pretendiera cobijar a un trabajador con cualquier tipo de problema de salud (como pareciera entenderlo algunos jueces de tutela) ya que, de ser así, casi todos los trabajadores podríamos hacerlo.

4. CONCLUSIONES

De conformidad con lo estudiado en el presente capítulo, en pro de las personas con discapacidad y de su derecho al trabajo, se ha realizado un desarrollo normativo que busca incentivar la contratación laboral de estas personas y otro que pretende protegerlos de ser discriminados en razón a su discapacidad, cuando esta sea moderada, severa o profunda.

No obstante, el desarrollo que le ha dado el juez de tutela ha excedido lo planteado por la normatividad estudiada, otorgándoles la protección a personas con cualquier tipo o grado de discapacidad e impidiendo la terminación del contrato, aun cuando se presenten justas causas o medie la voluntad del trabajador.

Por lo anterior, la mayoría de empleadores en Colombia se niegan a contratar a personas con discapacidad, pues de hacerlo, se enfrentan al riesgo de tener a trabajadores que puedan incurrir en faltas gravísimas sin que puedan ser despedidos, y entonces requerirían de una autorización del ministerio, autorización que, en la práctica, en la gran mayoría de ocasiones, no es otorgada y el trámite es prolongado y dispendioso.

De esta manera, resulta claro que hasta tanto el juez de tutela no respete los parámetros establecidos legalmente y avalados por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que la protección solo debe recaer sobre personas con discapacidades que sean calificadas bajo un grado moderado o mayor, y se precise, como lo pretendía hacer la Ley Antitrámites, que cuando se presente una justa causa de terminación del contrato no se requiere autorización del ministerio por ser evidente que en ese caso la desvinculación no se realizaría *en razón* a la discapacidad, la inclusión laboral será un programa de papel.

El Estado no puede considerar que con la normatividad desarrollada se está cumpliendo con su deber constitucional de velar por los derechos de las personas discapacitadas, deberá también velar por su efectivo cumplimiento, con las limitaciones dispuestas dentro de ella, pues los excesos solo están generando aún mayores discriminaciones y menos posibilidades de acceso a puestos de trabajo.

Así las cosas, como apoyo al programa de inclusión laboral de personas con discapacidad y en pro de sus derechos:

- El juez de tutela deberá proteger a las personas con discapacidad de discriminación y terminaciones contractuales en razón a su estado de salud, cuando tengan una discapacidad calificada o en proceso de calificación que pueda considerarse moderada, severa o profunda.

- El juez de tutela deberá respetar la facultad que tiene el empleador de dar por terminado un contrato cuando se presente una justa causa, independientemente del estado de salud del trabajador que cometa la falta que configure, pues es claro que en estos casos la terminación no se realizaría por discriminación. Estos trabajadores, al igual que los demás, tendrán derecho a debatir la justa causa ante la jurisdicción ordinaria.

- El Ministerio de Trabajo tendrá que cumplir con su deber de forma juiciosa, al realizar análisis profundos pero expeditos, cuando se le solicita autorización para terminar el contrato de una persona en razón a su discapacidad por la eventual imposibilidad que pueda llegar a generarse de reubicarlo y cumplir con las restricciones que tenga el trabajador dentro de la empresa.

PARTE CUARTA

**LA SEGURIDAD SOCIAL.
NUEVAS APROXIMACIONES**

CAPÍTULO I

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL (UGPP). ANTECEDENTES, IMPACTO EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y REGULACIÓN RELEVANTE*

IVÁN CARDONA RESTREPO**

CARLOS ANDRÉS RINCÓN***

1. INTRODUCCIÓN

Dentro del contexto colombiano, la Ley 100 de 1993 estructuró el Sistema de Seguridad Social Integral bajo el cual el Estado estableció las reglas para financiar los subsistemas que lo integran, es decir, pensiones, salud, riesgos laborales y servicios sociales complementarios.

La reglamentación del sistema estableció diferentes formas de afiliación y financiación según el riesgo que cada uno de los subsistemas cubre y la manera en que las personas se vinculan a prestar servicios en el mundo laboral. Por regla general, las personas con capacidad de pago, bien sea que la prestación del servicio se haga mediante una relación laboral o un contrato de servicios, deben contribuir a la financiación de cada uno de los subsistemas.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.33>

** Abogado y economista de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Constitucional de la misma universidad. Executive Master of Business Administration Inalde de la Universidad de la Sabana. Socio fundador de VGCD Abogados y Cardona Restrepo & Asociados Abogados.

*** Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario. Tiene estudios de Maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Universidad Nacional de Colombia, diplomado en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de la Sabana. Abogado de VGCD Abogados.

Este escenario es complejo, dado que no todos los aportantes de un subsistema deben hacerlo en otro subsistema. A su vez, existen dificultades para la comprensión de manera clara y sencilla de las obligaciones a cargo de los agentes, como por ejemplo en lo que respecta a los aportes parafiscales o riesgos laborales por parte de trabajadores independientes, o en lo atinente a trabajadores del servicio doméstico. Igualmente, no son claras o existe diversidad de criterios en cuanto a las reglas sobre las bases de algunos aportes, como por ejemplo los relacionados con el pago de vacaciones en dinero o a la terminación de la relación laboral. Por su parte, la rigidez en los mínimos para realizar aportes a salud, pensiones y riesgos laborales sobre el salario mínimo, ha generado que se presenten inconvenientes a lo largo de los años posteriores al inicio de vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que fomentó la cultura de la informalidad (evasión) o del pago de aporte al sistema por bases inferiores (elusión).

En este contexto, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y de Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social (UGPP) surgió como una entidad integradora y articuladora del sistema para obtener un mayor cumplimiento de las obligaciones de quienes están obligados a aportar al sistema y de normalizar a quienes están por fuera de este¹. A pesar de lo anterior, con el tiempo, la UGPP ha modificado su papel subsidiario y ha adoptado una posición más agresiva dentro de sus funciones como entidad fiscalizadora, tornándose en un agente de determinación y cobro de las contribuciones del Sistema de Seguridad Social Integral. Es por esto que coloquialmente se le ha denominado “la DIAN de la seguridad social”.

En razón de lo anterior, resulta importante presentar algunas reflexiones sobre la manera como la UGPP ha impactado al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los efectos jurídicos de las normas que han estructurado esta nueva entidad.

2. CREACIÓN Y OBJETIVOS DE LA UGPP

La UGPP es una entidad del Estado creada mediante el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, que busca que el Estado cuente con una

¹ M. GANDOUR, Desarrollo de un diseño organizacional básico del área de fiscalización y cobro de las contribuciones de la seguridad social en la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá, 2008.

institución que administre técnicamente dos aspectos que hasta antes de su creación se hacían de forma dispersa mediante varias entidades: el reconocimiento y pago de las pensiones a cargo de entidades públicas y lo relacionado con el cumplimiento del pago de los aportes a seguridad social y contribuciones parafiscales.

En efecto, debido a la atomización de las instituciones encargadas de los asuntos delegados a la UGPP se generaron inconvenientes como: (1) inseguridad jurídica, (2) gestión parcializada de asuntos similares aumentando el riesgo de corrupción, (3) indebida defensa judicial por amplitud de criterios, (4) vulnerabilidad en los sistemas de información, (5) debilidad en la función fiscalizadora y (6) riesgo de politizar temas técnicos.

Bajo estos argumentos, en el proyecto de ley del Plan de Desarrollo 2006-2010 se estructuró la creación de una entidad encargada de resolver los inconvenientes antes mencionados. Expresamente el numeral 6.2.1 de dicho documento, que se tituló “modelo administrativo para la intervención económica”, señala en uno de sus apartes:

Se plantea la creación de una entidad del orden nacional que administre las pensiones ya reconocidas por administradoras del Régimen de Prima Media y adelante la fiscalización de contribuciones parafiscales. La nueva Unidad Administrativa Especial de Gestión de Obligaciones Pensionales y Fiscalización de Contribuciones Parafiscales tiene como objeto garantizar la seguridad jurídica y la racionalización y eficiencia operativa del proceso de administración de pensiones reconocidas y el reconocimiento de pensiones causadas por reconocer en administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional y por entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. También fortalecerá la función de fiscalización y control de las contribuciones parafiscales, buscando generar un impacto definitivo en lo que a control, evasión y elusión de aportes a la seguridad social y demás recursos parafiscales se refiere. La nueva entidad unificará la función de fiscalización y armonizará el cobro de las obligaciones parafiscales que hasta el momento se encuentra dispersa y no se ejerce de manera permanente y coordinada por los actuales titulares².

² Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Proyecto de ley por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones “Estado Comunitario Desarrollo Para Todos 2006-2010”, Gaceta del Congreso, Bogotá, 2006.

En el marco de la creación de la UGPP, llama la atención que en la ponencia para primer debate se retiraron los artículos relacionados con la creación de la entidad, pero se manifestó que los asuntos relacionados con el Régimen de Prima Media, la evasión y la elusión de las contribuciones parafiscales del Sistema de Seguridad Social Integral debían continuar dentro del trámite del proyecto³.

Finalmente, la ponencia para segundo debate nuevamente incluyó la creación de la UGPP en los siguientes términos:

Este asunto, el cual pretende crear una Unidad Administrativa Especial que tenga a su cargo la gestión de los aspectos relacionados con la protección social, reviste tal importancia que se considera que su estudio y debate se realice en el seno de las plenarias de las cámaras⁴.

Estas circunstancias que se dieron dentro de la discusión y aprobación del proyecto mediante el cual se creó la UGPP, dieron lugar a que se adelantara una demanda en la cual se planteó la inconstitucionalidad del artículo 156 de la Ley 1151 de 1997, por considerar que dicha norma vulneraba el principio constitucional de unidad de materia legislativa.

La Corte Constitucional resolvió la demanda de constitucionalidad declarando exequible el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, mediante la sentencia C-376 de 2008, en la cual indicó que se habían respetado los principios de unidad de materia y de coherencia por parte del legislador pues “[...] la decisión legislativa de crear la mencionada unidad administrativa especial presenta una relación de conexidad teleológica directa con el programa de reorganizar el marco institucional del Régimen de Prima Media del orden nacional”.

Por otra parte, dentro de los argumentos expuestos, la citada sentencia consideró razonable la adecuación de la estructura administrativa con el fin de superar las ineficiencias operativas en lo referente a las contribuciones parafiscales y del Sistema de Seguridad Social. Expresamente la Corte lo planteó en los siguientes términos:

Adicionalmente, las funciones de seguimiento a la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones

³ Cámara de Representantes, Comisión III, Ponencia para el primer debate al Proyecto de Ley 201 Cámara -199 Senado de 2007, Bogotá, 2007.

⁴ Cámara de Representantes, Comisión III, Pliego de modificaciones al Proyecto de Ley 201 Cámara- 199 Senado de 2007. “Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones 2006-2011: Estado Comunitario Desarrollo Para Todos”, Bogotá, 2006.

parafiscales, revestirá una importancia decisiva de cara al propósito de lograr la mencionada eficiencia operativa y la garantía de los derechos de los asegurados, los cuales, como es sabido, en múltiples oportunidades se ven truncados por el incumplimiento de la obligación de liquidar y pagar en forma legal y oportuna las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En razón a los antecedentes mencionados, se puede concluir que la UGPP tiene dos áreas misionales distintas, pero que la idea de encargarlas a una sola entidad, responde a una misma situación: la existencia de diversas entidades encargadas de hacer una misma función, y que al ser autónomas e independientes unas de otras se generaba dispersión de información, y diversos criterios de decisión, generando así un mayor riesgo de corrupción e ineficiencia en la gestión.

Así las cosas, las áreas misionales de la UGPP son las siguientes: (1) el área misional pensional encargada de administrar el Régimen de Prima Media, en lo referente al reconocimiento de pensiones de trabajadores del sector público cuyas entidades estén el liquidación o entren en liquidación; y (2) el área misional encargada de vigilar la contribución adecuada de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral, es decir, los aportes a salud, pensiones, fondo de solidaridad pensional, ARL y parafiscales, de acuerdo con la calidad de sus afiliados.

3. PAPEL DE LA UGPP DENTRO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

Para definir el papel de la UGPP dentro del Sistema de Seguridad Social Integral, es necesario realizar algunas anotaciones con respecto a dicho sistema para entender las funciones y la dinámica de la entidad en él. Lo anterior, limitándonos, para el propósito de este escrito, única y exclusivamente en los aspectos relacionados con las personas obligadas a estar afiliadas y a realizar aportes en uno o varios de los subsistemas.

A) Antecedentes del Sistema de Seguridad Social Integral

Debemos precisar que el Sistema de Seguridad Social Integral, creado mediante la Ley 100 de 1993, se ubica dentro del denominado Sistema de Protección Social establecido mediante la Ley 789 de 2002. Así, el preámbulo de la Ley 100 de 1993 define de la siguiente manera al Sistema de Seguridad Social Integral:

[...] es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de

vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

La Ley 100 de 1993⁵ reformó tres de los más importantes subsistemas del Sistema de Seguridad Social Integral, a saber: (1) el subsistema de pensión, (2) el subsistema de salud y el (3) el subsistema de riesgos profesionales (hoy riesgos laborales)⁶. Estos tres han sido desarrollados y modificados posteriormente pero su estructura aún se mantiene. Al lado de estos subsistemas, y también dentro del Sistema de Seguridad Social Integral, se encuentra lo relacionado con las contribuciones parafiscales derivadas de las relaciones laborales, es decir, SENA, ICBF y cajas de compensación familiar.

Ahora bien, cada uno de estos subsistemas tienen reglas diferentes en lo relacionado con la afiliación y obligación de realizar aportes. En el caso del subsistema de salud, la obligación de realizar aportes y su monto depende del tipo de régimen, a saber, el régimen subsidiado o el régimen contributivo⁷. Por su parte, el subsistema de pensiones precisa que la afiliación puede ser obligatoria o voluntaria de acuerdo con las condiciones particulares de la persona frente al sistema⁸. En lo que se refiere al subsistema de riesgos laborales, la obligación de afiliación y pago se genera siempre y cuando la persona se encuentre en una de los presupuestos indicados en el artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994. La misma suerte corre lo relacionado con aportes a contribuciones parafiscales, los cuales están en cabeza del empleador siempre y cuando se cumplan los requisitos indicados en las normas pertinentes.

⁵ Es preciso mencionar que la Ley 100 de 1993 tuvo como objeto definir políticas homogéneas para lo relacionado con el tema pensional y de salud, puesto que antes de esta ley los regímenes eran variados y diversos, tanto en el sector privado como en el público (véase, al respecto, C. GIRALDO, *Crecimiento, equidad y ciudadanía. Hacia un nuevo Sistema de Protección Social*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006).

⁶ Mediante la Ley 1562 de 2013 se cambió la denominación de riesgos profesionales a riesgos laborales.

⁷ Véase el art. 157 de la Ley 100 de 1993.

⁸ Véase el art. 15 de la Ley 100 de 1993, mod. por el art. 3° de la Ley 797 de 2003.

B) *El papel de la UGPP en el Sistema de Seguridad Social Integral*

Como podemos observar, el escenario del Sistema de Seguridad Social Integral ya estaba delimitado al momento del surgimiento de la UGPP, y dentro de dicho escenario, diversas entidades de naturaleza pública o privada, ejercían individualmente las funciones de fiscalización y cobro coactivo de aportes determinados por estas. Para ello, cada una utilizó procedimientos internos diferentes, recursos informativos disímiles y, en general, estrategias distintas sin aunar esfuerzos o centralizar las gestiones.

Desde de este marco, el papel de la UGPP no es el de actor dentro del Sistema de Seguridad Social Integral, ya que esta no se encuentra encargada de prestar servicios a los afiliados del Sistema de Seguridad Social Integral. Así mismo, la UGPP no tiene facultades para intervenir en la operación del sistema ni en el manejo de los recursos por parte de las administradoras. Simplemente, la UGPP interviene para garantizar al Estado que la obligación de aportar está siendo cumplida por los obligados, es decir, que toda su gestión en el sistema se reduce a garantizar el recaudo de los recursos.

Inicialmente, la UGPP no tenía todas las facultades con las que hoy cuenta y su papel era menos protagónico, como puede deducirse de la lectura del literal b) del artículo 1º del Decreto Ley 169 de 2008⁹, de acuerdo con el cual, la función de la UGPP era subsidiaria frente a las acciones que debían realizar las administradoras y según las facultades otorgadas a estas por la Ley 100 de 1993. En dicha norma, se advierte que la UGPP tiene como funciones “[...] las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de

⁹ El texto original del lit. b) del art. 1º del Decr.-Ley 169 de 2008 dice lo siguiente: “[...] B. Efectuar las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la protección social. Para ello, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales recomendará estándares a los procesos de determinación y cobro que le corresponden a las administradoras y demás entidades del Sistema de la Protección Social; le hará seguimiento a dichos procesos y administrará mecanismos de consolidación de información del Sistema de la Protección Social, como de coordinación de acciones que permitan articular sus distintas partes y de las que tienen responsabilidades de vigilancia o de imposición de sanciones; y adelantará acciones de determinación y cobro de manera subsidiaria o cuando se trate de evasores omisos que no estén afiliados a ningún subsistema de la protección social debiendo estarlo [...]”.

la Protección Social [...]”, igualmente la de hacer recomendaciones a los procedimientos de cobro y consolidar mecanismos de información en lo relacionado con el Sistema de la Protección Social, dejando las acciones de determinación y cobro solamente de forma subsidiaria para casos de evasores omisos.

No obstante lo anterior, con posterioridad a esto, la UGPP se ha convertido en una entidad protagonista en lo relacionado con la determinación y recaudo de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y las contribuciones parafiscales por cuanto las reformas legales que se han implementado, le han otorgado nuevas facultades, eliminando la subsidiariedad que se había planteado inicialmente frente a las administradoras de cada uno de los subsistemas.

El artículo 178 de la Ley 1607 de 2012¹⁰, reglamentado por el Decreto 3033 de 2013, amplió las facultades de la UGPP y le dio herramientas para actuar no de forma subsidiaria sino principalmente frente a los obligados a realizar aportes a los subsistemas de seguridad social integral y las contribuciones parafiscales.

Pese a las nuevas facultades mencionadas, la UGPP mantiene su independencia del Sistema de Seguridad Social Integral y en sentido estricto no hace parte de este y simplemente funge como un organismo técnico, que ejerce funciones de fiscalización frente a las obligaciones

¹⁰ “Artículo 178. Competencia para la determinación y el cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social. La UGPP será la entidad competente para adelantar las acciones de determinación y cobro de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, respecto de los omisos e inexactos, sin que se requieran actuaciones persuasivas previas por parte de las administradoras.

“Parágrafo 1º. Las administradoras del Sistema de la Protección Social continuarán adelantando las acciones de cobro de la mora registrada de sus afiliados, para tal efecto las administradoras estarán obligadas a aplicar los estándares de procesos que fije la UGPP. La UGPP conserva la facultad de adelantar el cobro sobre aquellos casos que considere conveniente adelantarlos directamente y de forma preferente, sin que esto implique que las administradoras se eximan de las responsabilidades fijadas legalmente por la omisión en el cobro de los aportes.

“Parágrafo 2º. La UGPP podrá iniciar las acciones sancionatorias y de determinación de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, con la notificación del Requerimiento de Información o del pliego de cargos, dentro de los cinco (5) años siguientes contados a partir de la fecha en que el aportante debió declarar y no declaró, declaró por valores inferiores a los legalmente establecidos o se configuró el hecho sancionable. En los casos en que se presente la declaración de manera extemporánea o se corrija la declaración inicialmente presentada, el término de caducidad se contará desde el momento de la presentación de la declaración extemporánea o corregida”.

de los aportantes, pudiendo dar directrices a las administradoras en lo relacionado con los aportes y los sistemas de información relacionados con la protección social.

4. PROCESO DE FISCALIZACIÓN Y SANCIONATORIO DE LA UGPP

El artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, norma que en su texto original estuvo vigente sin modificación alguna hasta la expedición de la Ley 1607 de 2012, salvo por la aclaración realizada mediante el Decreto 1193 del 5 de junio de 2012, disponía en la parte final de su ordinal ii) que las funciones relacionadas con los procedimientos de liquidación oficial que adelante la entidad, es decir la UGPP, se ajustarían a lo establecido en el Estatuto Tributario, libro v, títulos i, iv, v y vi¹¹. Es decir, que en el momento en que se creó la UGPP y se expedieron los decretos reglamentarios iniciales, no se concibió un procedimiento de fiscalización diferente al que se encuentra plasmado en las normas del Estatuto Tributario.

Estos preceptos normativos se mantuvieron vigentes hasta la expedición de la Ley 1607 de 2012, norma que dotó a la UGPP de un procedimiento propio y que además la facultó para establecer multas y sanciones por incumplimientos relacionados con los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y a las contribuciones parafiscales.

Las particularidades que hemos mencionado dan lugar a que la UGPP, en nuestro criterio, deba aplicar un procedimiento de fiscalización diferente según los periodos que pretenda fiscalizar, es decir, uno atado única y exclusivamente al Estatuto Tributario para liquidaciones presentadas antes de 28 de diciembre de 2012, y otro, en el cual se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 180 de la Ley 1607 de 2012, para liquidaciones presentadas de 28 de diciembre de 2012 en adelante.

El proceso de fiscalización de la UGPP, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1607 de 2012, estaba regido única y exclusivamente por el libro V títulos I, IV, V y VI del Estatuto Tributario, de acuerdo con la remisión expresa hecha por el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, en ese sentido, y de acuerdo con la doctrina tributaria de la DIAN y la Jurisprudencia del Consejo de Estado, la UGPP debe aplicar en los procesos de fiscalización que se refieren a liquidaciones antes de 26

¹¹ Se debe advertir que los considerandos del Decreto 1193 de junio 5 de 2012 confirman la aplicación del Estatuto Tributario en su libro v, títulos i, iv, v y vi

de diciembre de 2012, las normas del Estatuto Tributario, pues dichas liquidaciones quedaron cobijadas por tal procedimiento.

Al respecto, expresamente una sentencia del Consejo de Estado, citada en el concepto 020434 de 2002 de la DIAN, dice lo siguiente:

[...] En cuanto al fondo de la *litis*, observa la Sala que en reiteradas oportunidades se ha considerado que en materia tributaria, la actuación fiscal tendiente a la determinación del gravamen, empieza no en el momento en que la administración comprueba la realización de un hecho irregular sancionable, como lo afirma el recurrente, sino con la declaración tributaria, y es a partir de esa fecha desde la cual comienza a correr el término de fiscalización y determinación, por lo tanto el procedimiento que lo gobierna es el vigente para ese momento, de conformidad con lo consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 que establece:

Las leyes concernientes a la sustanciación de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación [...]. Sentencia 8463 Sep. 26 de 1997 Sala de lo Contencioso Administrativo, consejero ponente Julio E. Correa Restrepo.

Por su parte, el legislador mediante el artículo 180 de la Ley 1607 de 2012 dispuso expresamente un procedimiento especial, diferente a lo indicado por el Estatuto Tributario, para “[...] la determinación oficial de las contribuciones parafiscales de la protección social y a la imposición de sanciones por la UGPP”.

En la siguiente tabla presentamos ambos procedimientos sin desconocer que el procedimiento consignado en el artículo 180 de la Ley 1607 es muy general y que en lo no dispuesto en él se aplicarán las normas del Estatuto Tributario:

Tabla 1. Comparación de procedimientos de fiscalización de la UGPP

Procedimiento antes de 28 de diciembre de 2012	Procedimiento desde 28 de diciembre de 2012 y después de 26 de diciembre de 2014
1. Requerimiento especial previo a la liquidación (art. 703 del Estatuto Tributario).	1. Requerimiento para declarar o corregir o pliego de cargos (art. 180 Ley 1607 de 2012).

<p>2. El requerimiento especial se debe responder por parte del administrado dentro de los tres meses siguientes a la fecha de notificación (art. 707 del Estatuto Tributario).</p> <p>3. Dentro de los tres (3) meses que tiene el administrado para responder el requerimiento, la administración puede ordenar la ampliación (art. 708 del Estatuto Tributario).</p> <p>4. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vencimiento del término para dar respuesta al requerimiento especial, la administración deberá proferir la liquidación de revisión (art. 710 del Estatuto Tributario).</p> <p>5. Contra las liquidaciones oficiales y resoluciones que impongan sanciones procede el recurso de reconsideración, el cual deberá interponerse dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación del acto administrativo (art. 720 del Estatuto Tributario).</p> <p>6. La administración contará con un año para resolver el recurso de reconsideración interpuesto, contados a partir de su interposición (art. 732 del Estatuto Tributario).</p>	<p>2. Inicialmente el requerimiento o pliego de cargos se debía responder por parte del administrado dentro del mes siguiente a la notificación (art. 180 Ley 1607 de 2012). El artículo 50 de la Ley 1739 de 2014 ha ampliado el término de respuesta del requerimiento o pliego de cargos a tres (3) meses.</p> <p>3. La UGPP dentro de los seis (6) meses siguientes a la respuesta del administrado deberá proferir, de considerarlo pertinente, la liquidación oficial o resolución de sanción (art. 180 Ley 1607 de 2012).</p> <p>4. Contra la liquidación oficial o la resolución de sanción procede el recurso de reconsideración el cual inicialmente se debía interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la liquidación oficial o la Resolución de sanción (art. 180 Ley 1607 de 2012). Con la expedición de la Ley 1607 de 2012 el término fue ampliado a dos (2) meses (art. 50 Ley 1739 de 2014).</p> <p>5. La UGPP inicialmente mediante la Ley 1607 de 2012 debía proferir la resolución decidiendo el recurso de reconsideración dentro de los seis (6) meses siguientes a la interposición del recurso (art. 180 de la Ley 1607 de 2012). El término fue ampliado a un (1) año mediante el artículo 50 de la Ley 1739 de 2014.</p>
---	--

El cambio de procedimiento no tiene solamente un impacto en la norma que da fundamento a las funciones de determinación y sanción de la UGPP, sino que para el administrado, implica que la firmeza de sus liquidaciones en seguridad social integral, puedan ser cuestionadas por parte de la administración dentro de un periodo mayor.

Mientras con el artículo 714 del Estatuto Tributario, en concordancia con el artículo 705 de la misma normatividad, se precisa que una autoliquidación queda en firme a los dos (2) años; el nuevo procedimiento

de la UGPP establecido en la Ley 1607 de 2014 amplió dicho lapso a cinco (5) años, aspecto relevante y que en nuestro criterio marca un cambio trascendental en el alcance de las funciones fiscalizadoras de la UGPP.

Por otra parte, mediante la expedición de la Ley 1607 de 2012, la entidad fue dotada de un régimen sancionatorio propio relacionado con la función de fiscalización de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral. El numeral 6 del literal ii) del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 en su texto original dispuso lo siguiente: “En las liquidaciones oficiales se liquidarán a título de sanción, intereses de mora a la misma tasa vigente para efectos tributarios”. Es decir, que inicialmente la norma que creó a la UGPP precisó que las determinaciones tomadas por dicha entidad tendrían como sanción los intereses de mora que se manejan para asuntos tributarios, norma que resulta coherente en el escenario que fueron concebidas inicialmente las funciones de la UGPP.

Posteriormente, mediante el artículo 179 de la Ley 1607 de 2012, se creó un nuevo régimen de sanciones, el cual establece una sanción diferente si se trata de un omiso, inexacto o moroso en lo relacionado con aportes. Expresamente dicho artículo otorgó la facultad a la UGPP de imponer sanciones en los siguientes eventos: (1) cuando el aportante omita la obligación de afiliación y/o vinculación y no pague los aportes al Sistema de Protección Social; (2) en los casos que el aportante corrija por inexactitud las autoliquidaciones de las contribuciones parafiscales de la protección social, sin que medie requerimiento de información de la UGPP; (3) en los casos que una persona o entidad obligada a suministrar información a la UGPP no lo haga dentro del plazo otorgado, y (4) en los casos que las administradoras del Sistema de la Protección Social incumplan los estándares que la UGPP establezca para el cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social.

De acuerdo con las sanciones que trae el artículo 179 de la Ley 1607 de 2012, modificadas por el parágrafo del artículo 150 de la Ley 1437 de 2014, estas se pueden dividir en dos grupos: (1) Las que se generan en virtud de incumplimiento de obligaciones frente al sistema de aportes y (2) las que surgen por no cumplir o atender con los requerimientos de información o directrices dadas por la UGPP.

A continuación, se presenta un cuadro esquemático de las sanciones que puede aplicar la UGPP:

Tabla 2. Sanciones por parte de la UGPP de acuerdo con la Ley 1607 de 2012

Hecho que causa sanción	Rangos de empleados	Sanción antes del requerimiento	Sanción al momento del requerimiento	Sanción al momento de la liquidación oficial
Omisión en la afiliación o vinculación al Sistema de la Protección Social	1-10	1,5%	3,0%	6,0%
	11-30	2,0%	4,0%	8,0%
	31-60	2,5%	5,0%	10,0%
	61-90	3,0%	6,0%	12,0%
	91-150	3,5%	7,0%	14,0%
	> 150	4,0%	8,0%	16,0%
	Independientes	3,0%	6,0%	12,0%
Inexactitud en las autoliquidaciones	1. Cuando se corrijan por inexactitud las autoliquidaciones sin que medie requerimiento de información de la UGPP, la sanción equivaldrá a un 5% del mayor valor a pagar que se genere entre la corrección y la declaración inicial. Está sanción fue derogada mediante el parágrafo del artículo 50 de la Ley 1739 de 2014, en la cual se dispuso que Las sanciones por omisión e inexactitud previstas en el artículo 179 de la Ley 1607 de 2012, no serán aplicables a los aportantes que declaren o corrijan sus autoliquidaciones con anterioridad a la notificación del requerimiento de información que realice la UGPP.			
	2. Cuando la UGPP notifique el primer requerimiento de información, la sanción aumentará al 20%.			
	3. Cuando la UGPP notifique el requerimiento para corregir, la sanción aumentará al 35%.			
	4. Si la UGPP notifica liquidación oficial y determina el valor a pagar a cargo del obligado, impondrá una sanción equivalente al 60% de la diferencia existente entre los aportes declarados y dejados de declarar.			
Incumplimiento en el suministro completo y oportuno de la información requerida	Las personas y entidades obligadas a suministrar información a la UGPP, así como aquellas a las que esta entidad les haya solicitado informaciones o pruebas, que no la suministren dentro del plazo establecido para ello, se harán acreedoras a una sanción de cinco (5) unidades de valor tributario (UVT) ¹ por cada día de retraso en la entrega de la información solicitada.			

¹² De acuerdo con la res. 000245 de 3 de diciembre de 2014, el valor oficial que tendrá la unidad de valor tributario (UVT) para el 2015 será equivalente a veintiocho mil doscientos setenta y nueve pesos (\$ 28 279).

Incumplimiento de los estándares que la UGPP establezca para las administradoras del Sistema de Protección Social	Las administradoras del Sistema de la Protección Social que incumplan los estándares que la UGPP establezca para el cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social, serán sancionadas hasta por doscientas unidades de valor tributario (200) UVT.
---	--

5. ASPECTOS PARA DISCUSIÓN

Como hemos mencionado a lo largo de este capítulo, la UGPP ha tomado un papel protagónico en el escenario de la seguridad social integral en lo relacionado con optimizar el recaudo de los aportes a cada uno de los subsistemas de la seguridad social integral. No obstante, las funciones ejecutadas por la entidad hacen que surjan algunas inquietudes jurídicas que enunciamos a continuación.

A) Facultades de la UGPP dentro del proceso de fiscalización sobre declaración de derechos laborales

Dentro del proceso de fiscalización, la UGPP tiene las facultades de revisar las particularidades de las relaciones laborales que una persona jurídica o natural establezca con un trabajador. Del resultado del proceso de revisión realizado por la UGPP, dicha entidad puede considerar que determinado pago realizado por el empleador al trabajador constituye base salarial y con base en ello cuestionar el aporte realizado a los subsistemas de seguridad social integral y obligar al empleador a realizar los ajustes pertinentes.

Esta facultad de fiscalización en nuestra opinión genera algunos inconvenientes, a saber:

(1) En los casos en que eventualmente un juez laboral se haya pronunciado en una sentencia judicial, y concluido que determinado rubro pagado al trabajador no es salario y, por su parte, la UGPP en el proceso de fiscalización considere lo contrario, ¿es oponible la sentencia judicial? ¿Cuál prevalece?

(2) En caso de que la UGPP determine que una suma de dinero dada al trabajador como no constitutiva de salario sí lo es, ¿dicha decisión administrativa deberá tenerse en cuenta para una eventual conciliación o transacción sobre derechos inciertos y discutibles derivados de la relación laboral?

(3) ¿Los trabajadores pueden aportar a un proceso judicial las conclusiones de un proceso de fiscalización de la UGPP como soporte para una reliquidación de prestaciones sociales o liquidaciones definitivas?

Para la UGPP, de acuerdo con lo indicado en el artículo 9º del Decreto Reglamentario 3033 de 2013, sus decisiones administrativas pueden ser tenidas en cuenta para afectar asuntos prestacionales, pues dicho artículo establece lo siguiente:

Responsabilidad de los obligados aportantes por las contingencias prestacionales que se presenten como consecuencia de la evasión por omisión, inexactitud o mora. Los pagos que realicen los obligados aportantes, con ocasión de las acciones de determinación y cobro, de las contribuciones parafiscales de la protección social que adelante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) en ejercicio de sus funciones, no los exime de la responsabilidad por las contingencias prestacionales que se presenten como consecuencia de la evasión por omisión, inexactitud o mora, conforme las disposiciones legales vigentes.

En nuestra opinión, esta norma permite que una decisión administrativa declare derechos de estirpe laboral, lo cual es una extralimitación de la competencia de la UGPP, consagrada únicamente para el juez laboral quien de acuerdo con el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social Integral, es el único competente para dirimir los asuntos derivados de una relación laboral incluido lo relacionado con si una suma constituye o no salario.

B) Falta de proporcionalidad de las sanciones por parte de la UGPP respecto al tipo de hecho sancionable y doble sanción por los mismos hechos

Un aspecto que llama la atención son las sanciones estipuladas en el artículo 179 de la Ley 1607 de 2012, sobre lo cual debemos hacer énfasis en lo siguiente:

(1) Bajo el esquema de sanciones propuesto en el artículo mencionado, es evidente que resulta ser más gravosa la sanción para el inexacto que para los omisos, es decir, es mucho más leve para aquellos que evaden al sistema y son detectados por la UGPP.

Lo anterior debido a que el porcentaje de sanción máximo para los omisos en caso de presentarse y normalizar su conducta ante el sistema oscila entre el 1,5 por ciento y el 4 por ciento de acuerdo con el caso concreto. Por su parte, para el inexacto, persona que está dentro del

sistema, pero que por alguna circunstancia se equivoca al realizar la liquidación, la sanción es del 5 por ciento y se incrementa inexplicablemente solamente por el requerimiento de información al 20 por ciento.

En igual sentido, podemos advertir que la máxima sanción para un omiso cuando normaliza su situación ante el sistema con la liquidación oficial, oscila entre el 6 por ciento y el 16 por ciento, pero en el caso del inexacto la sanción en caso de emitirse liquidación oficial es del 60 por ciento.

A partir de lo anterior, es claro que las sanciones son más beneficiosas para el omiso y bastante severas para los inexactos, lo cual en nuestro criterio es una situación que no tiene sustento frente a los principios de proporcionalidad de las sanciones.

En nuestro criterio la norma de las sanciones que puede aplicar la UGPP adolece de proporcionalidad en el tratamiento de la inexactitud y la omisión, lo que hace pensar que dicha legislación no fue estructurada técnicamente para castigar con mayor severidad la conducta que es más grave para el sistema: la omisión.

(1) En nuestra opinión, estas sanciones se basan en una presunción de la mala fe y resultan ser un doble castigo para el aportante, el cual debe hacer el ajuste de los aportes pagando los intereses moratorios correspondientes, tal y como lo dispone el inciso 6° del numeral ii) del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y el artículo 179 de la Ley 1607 de 2012. En consecuencia, la entidad está sancionando al administrado dos veces por un mismo hecho, por un lado, este es sancionado por la ejecución de un hecho sancionable por parte de la UGPP (art. 179 de la Ley 1607 de 2012), y por otro, el administrado se encuentra obligado a pagar los aportes debidos con los intereses moratorios establecidos en la ley.

6. CONCLUSIONES

Consideramos que la UGPP, como entidad de fiscalización de los aportes a seguridad social integral, constituye un avance dentro del Estado colombiano en lo que se refiere a la centralización de información y métodos para garantizar y verificar el adecuado recaudo de aportes derivados de las relaciones del trabajo. Así, la UGPP con las herramientas que la ley le ha otorgado, es un actor importante para alcanzar un objetivo del Estado consistente en la disminución de la evasión y la elusión ante al Sistema de Seguridad Social Integral por parte de los contribuyentes y sus empleadores.

Igualmente, consideramos que el mayor control sobre el aporte a seguridad social generará una cultura del pago oportuno y adecuado de las obligaciones correspondientes, lo cual redundará en mayor formalidad en los contratos celebrados entre empleador y trabajador, el cual podrá disfrutar de los beneficios del Sistema de Seguridad Social Integral en cada uno de sus subsistemas: salud, pensión, ARL y subsidio familiar.

A pesar de las ventajas surgidas con la creación y funcionamiento de la UGPP, advertimos algunas dudas y riesgos con respecto a las normas que hasta ahora han creado y regulado la entidad con respecto a los procedimientos de fiscalización de aportes a seguridad social integral. En cuanto a su marco normativo es posible afirmar que en menos de diez años las funciones y características de la entidad relacionadas con la vigilancia de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral han venido cambiando en su objeto y en los procedimientos que utiliza. Lo anterior, en nuestra opinión, es la prueba de que la entidad normativamente se ha construido sobre la marcha y esto implica que no existe certeza de la estabilidad normativa con la cual la UGPP continuará funcionando frente al Sistema de Seguridad Social Integral.

Por otra parte, las normas que han modificado el procedimiento de fiscalización de la UGPP y las sanciones que la entidad puede aplicar, confirman que esas reglamentaciones no han sido expedidas previo un análisis técnico completo y riguroso respecto a sus objetivos. Esto se hace patente con el parágrafo del artículo 50 de la Ley 1739, que sin derogar la sanción del numeral 1 del artículo 179 de la Ley 1607 de 2012, dejó sin efecto un exabrupto consistente en la posibilidad de sancionar por parte de la UGPP a un aportante que se acercaba al sistema de seguridad social a corregir una autoliquidación.

Desde nuestra experiencia, otro de los riesgos que consideramos importante mencionar, consiste en que la entidad en varias ocasiones ha adoptado interpretaciones que desconocen los criterios normativos, jurisprudenciales y doctrinarios ya superados acerca de las sumas que constituyen o no ingreso base de cotización para el cálculo de los aportes a los subsistemas del Sistema de Seguridad Social Integral. De generalizarse y reiterarse esta situación, se desvirtuaría el objeto de la entidad y esta se convertiría en un elemento de inseguridad jurídica. Esta situación se podrá traducir en desconfianza por parte del sector empleador y en sanciones injustificadas impuestas al empleador por parte de la entidad. En consecuencia, algunas empresas se podrán ver obligadas a acudir a la justicia contencioso administrativa, incurriendo

en costos y dilaciones, además de las posibles condenas judiciales que pueden resultar muy onerosas para el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

A) *Informes y producciones institucionales*

GANDOUR, M.: Desarrollo de un diseño organizacional básico del área de fiscalización y cobro de las contribuciones de la seguridad social en la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá, 2008.

Cámara de Representantes, Comisión III, Ponencia para el primer debate al Proyecto de Ley 201 Cámara -199 Senado de 2007, Bogotá, 2007.

Cámara de Representantes, Comisión III, Pliego de modificaciones al Proyecto de Ley 201 Cámara- 199 Senado de 2007. “Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones 2006-2011: Estado Comunitario Desarrollo Para Todos”, Bogotá, 2006.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Proyecto de ley por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones. “Estado Comunitario Desarrollo Para Todos 2006-2010”, Gaceta de Congreso, Bogotá, 2006.

B) *Sentencias judiciales*

Colombia. Corte Const., sent. C-376, de 23 abril 2008. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

C) *Producciones académicas*

GIRALDO, C.: *Crecimiento, equidad y ciudadanía. Hacia un nuevo sistema de protección social*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006.

CAPÍTULO II

LA INFORMACIÓN COMO PRESUPUESTO DEL RECONOCIMIENTO PENSIONAL*

ANA MARÍA MUÑOZ-SEGURA**

1. INTRODUCCIÓN

En varios periódicos de circulación nacional, Colpensiones¹ llama a sus afiliados a que actualicen sus datos pues “¡Solo con su historia laboral al día se podrá pensionar!². Teniendo en cuenta la conformación del Sistema General de Pensiones en Colombia y los requisitos para acceder a las prestaciones que este contempla³, la tarea de construir la historia laboral, aunque es obvia, en la realidad no parece fácil pues existen casos en que los afiliados no tienen acreditadas las semanas de cotización, hay errores en la información del empleador o del propio afiliado, existen inconsistencias en las semanas de cotización o en los salarios de referencia, entre otros muchos aspectos⁴. Así, el trámite pensional que debería ser sencillo y ágil, se convierte en un proceso

* Para citar este capítulo:<http://dx.doi.org/10.15425/2017.34>

** Profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Abogada de la Universidad de los Andes, con especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana, con Maestría en Derecho de la Universidad de los Andes y Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

¹ Colpensiones es la entidad pública que administra el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en Colombia.

² *El Tiempo*, sección “Debes saber”, 6 de junio de 2014, pág. 7.

³ Tal y como se señalará, para el acceso a las prestaciones del Sistema del General de Pensiones, se exige un periodo mínimo de cotización que debería reflejarse en la respectiva historia laboral.

⁴ En este sentido véase Rojas, J. N. (2012). ¿Cómo enfrentar la falta de periodos de cotización al sistema de pensiones? *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, 172, julio-agosto de 2012, págs. 4-8.

desgastante, largo y, en muchos casos, en un laberinto que parece no tener salida⁵.

Tanto la ley como el desarrollo jurisprudencial⁶ han reconocido diferentes tipos de peticiones que pueden presentar los afiliados con los correspondientes términos de respuesta. Así, si se requiere solo información se solicita una reliquidación o reajuste de la pensión ya reconocida, la entidad de pensiones cuenta con un plazo de quince días hábiles para contestar; en tanto que si se trata de una solicitud pensional, en donde se requiere el estudio del caso por primera vez, el término será de cuatro meses (aunque en el caso de pensión de sobrevivencia será de dos meses⁷) considerando seis meses en total para tomar las medidas necesarias que implica el reconocimiento y pago de la prestación⁸.

Un primer obstáculo que deben sortear los afiliados se encuentra en la calidad de las respuestas a sus solicitudes y los tiempos en que estas se dan, pues en muchas ocasiones no tienen en cuenta nutrida la jurisprudencia constitucional que ha señalado la necesidad de contestar de fondo las peticiones pensionales de manera eficaz y oportuna.

La oportunidad de la respuesta debe darse con independencia de que para la respuesta solicitada por el afiliado se requiera la intervención de varias entidades, pues se ha entendido que cuando hay fallas en la comunicación entre estas, el derecho de petición no puede truncarse por descuido administrativo⁹ ya que el peticionario no tiene por qué

⁵ Por ejemplo, en la sent. T-558 de 2007 de la Corte Const., M. P. Jaime Araújo Rentería, la Corte resuelve la situación pensional de una señora que había presentado su solicitud pensional y llevaba un año y cuatro meses sin recibir su pensión porque según la entidad de pensiones ya aparecía un homónimo, pero no había ninguna decisión frente a la forma de resolver el problema pues no había ninguna decisión por parte de la entidad y ella no recibía su pensión.

⁶ Véanse, por ejemplo, el art. 6º del Código Contencioso Administrativo, Decr. 656 de 1994, Ley 700 de 2001 y la Corte Const., sent. SU-975 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷ De acuerdo con lo establecido por la Ley 717 de 2001.

⁸ Corte Const. sent. T-558 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería. En el mismo sentido véase Corte Const., sent. T-785 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa, a raíz de un caso en el que no se había determinado la viabilidad de la pensión de jubilación por la existencia de multifiliación.

⁹ En este proceso la actora renunció a su puesto de trabajo y no le habían pagado su liquidación porque existía inconsistencia en la información y presentó varios derechos de petición sin que se le definiera su solicitud. Véase Corte Const., sent. T-718 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

soportar el manejo inadecuado de la información¹⁰. De tal manera que la respuesta no atiende a un criterio puramente formal, sino que tendrá que ser de fondo, pronta, clara y completa, lo que significa un pronunciamiento eficaz, de lo contrario se tendrá como una forma de violación al derecho de petición.

Hay que reconocer que es posible que en ciertos casos esta tarea no sea sencilla¹¹. Para ello, se ha considerado que si no es posible cumplir con estos plazos o con el fondo de la solicitud, se debe informar al peticionario los inconvenientes que se tienen para atender la petición con la obligación de informar el término en que se podrá dar una respuesta de fondo, haciendo énfasis en el hecho de que la administración tiene el deber de adelantar un proceso analítico y detallado de cada caso, con la correspondiente verificación de los hechos, la exposición del marco jurídico, para concluir en una respuesta plena de la solicitud pensional¹².

También hay violación del derecho de petición, cuando simplemente pasa el tiempo sin que puedan hacerse gestiones concretas frente a la solicitud pensional. Así, el hecho de que haya falta de comunicación entre distintas entidades, por ejemplo, para certificar un salario, que a su vez permita la expedición del bono pensional, implica un desconocimiento injustificado de los plazos señalados que resulta inaceptable, pues el reconocimiento de la pensión es un asunto que involucra derechos fundamentales y, por ende, requiere celeridad y eficacia¹³.

De la mano de esta protección al derecho de petición está la protección al debido proceso administrativo pues

el Estado es el que debe ajustarse a las reglas previstas en el ordenamiento jurídico a fin de garantizar a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos ante la administración, evitando de este modo que

¹⁰ Corte Const., sent. T-558 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería.

¹¹ Por ejemplo, Corte Const., sent. T-317 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, el accionante considera que se están afectando sus derechos pues tiene 70 años de edad, una pérdida de capacidad laboral pero por falta de la información que debe brindar el empleador, la entidad de seguridad social (ISS) no puede contabilizar las respectivas semanas de cotización.

¹² Corte Const., sent. T-395 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. En este fallo, la Corte Constitucional resuelve una controversia alrededor del reconocimiento de una pensión convencional.

¹³ Corte Const., sent. T-599 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño. En esta ocasión, la Corte resuelve el caso de una señora que solicita su pensión de vejez y por los trámites respecto del bono pensional y la cuota parte han transcurrido más de cuatro años.

los administrados queden a la deriva de una decisión arbitraria u omisión de una actuación a causa de dilaciones injustificadas¹⁴.

Y aunque este principio se ha desarrollado ampliamente en todos los actos que impongan legítimamente cargas, castigos o sanciones¹⁵, tiene un interés particular en los casos de revocatoria directa de las pensiones pues en principio, esta actuación está proscrita por buena fe, lealtad y seguridad jurídica¹⁶.

Habrán entonces vulneración del debido proceso administrativo cuando no se tienen en cuenta las solicitudes del afiliado en el tema pensional. Por ejemplo, si la entidad pública que debe decidir la solicitud tiene la posibilidad de resolver el asunto con mayores elementos de juicio y no hace uso de ellos o se niega a indagar, estando en la obligación de hacerlo, a pesar de la insistencia del administrado. De tal manera,

la actividad de las entidades administradoras de pensiones en este sentido no debe limitarse a la remisión de la inconformidad expuesta por el afiliado de una dependencia a otra, generando la prolongación en el tiempo de la situación de hecho que causa dicha inconformidad. Por el contrario, deben ponerse en marcha los mecanismos que la entidad tenga a su alcance para resolver definitivamente las inquietudes del afiliado, que incidan en el cumplimiento de los requisitos para acceder a una prestación económica, de manera que cumpla con presteza sus deberes de administración del Sistema de Seguridad Social en Pensiones y corrijan a tiempo los yerros al respecto, para que de ellos se genere una lesión a los derechos fundamentales de quien se encuentra afiliado¹⁷.

Se requiere entonces agilidad de la respuesta, que esta sea de fondo y atienda las inquietudes del afiliado, dentro de un procedimiento donde haya actividad con la intención positiva de la entidad de seguridad

¹⁴ Corte Const., sent. T-656 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. En este caso, los actores solicitaban copia del acta de compromiso suscrito con un municipio para efectos de su cumplimiento, pero este se negaba a su entrega porque no se encontraba en poder de la alcaldía sino del interventor de las obras civiles.

¹⁵ Corte Const., sent. T-214 de 2014, M. P. Eduardo Montealegre Lynett. En este fallo, la Corte Constitucional estudia el caso de unos pensionados a quienes se les suspende el pago de la prestación hasta tanto no alleguen la resolución que concede la pensión.

¹⁶ Corte Const., sent. T-214 de 2014, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁷ Corte Const., sent. T-855 de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla. A la accionante se le niega el reconocimiento de la pensión de vejez por inexactitud en su historia laboral en la determinación de las semanas de cotización. A pesar que en varias comunicaciones explicó la situación, la entidad pensional (ISS) no hizo ningún reajuste en la historia laboral.

social para resolver los obstáculos que imponga las circunstancias particulares de la solicitud pensional.

De esta manera, si bien es cierto que una petición alrededor de una prestación del Sistema General de Pensiones involucra un asunto puramente procedimental en el sentido de cuál es la mejor manera o la más segura de certificar semanas de cotización o corregir errores, realmente en el sustento de la discusión hay un problema que involucra la violación de derechos fundamentales pues su respeto compromete los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna. Por eso no es gratuita la declaratoria del Estado de cosas inconstitucional de la situación de Cajanal y del Instituto de Seguros Sociales frente a la imposibilidad institucional de dar respuesta a las solicitudes de los afiliados¹⁸.

Se convierten entonces, los derechos de petición, debido proceso administrativo y *habeas data* en parte importante del derecho de seguridad social y, en especial, del derecho pensional. El objetivo particular que desarrollaremos estará dirigido a la relación e incidencia de este último en el tema pensional. Para ello proponemos entonces abordar, en primer lugar, la importancia de la historia laboral como documento que acredita uno de los requisitos para acceder a las prestaciones pensionales, su relación con el derecho al *habeas data* y tratamiento de datos particulares, así como las obligaciones de custodia, conservación y guarda de esta información y su incidencia en el acceso al derecho pensional.

2. HISTORIA LABORAL. UNA NECESIDAD EN EL RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DEL DERECHO PENSIONAL

De acuerdo con lo que establece el artículo 13, literal f) de la Ley 100 de 1993¹⁹, para acceder a cualquiera de las prestaciones contempladas

¹⁸ En la sent. T-068 de 1998 de la Corte Const., M. P. Alejandro Martínez Caballero, reconoce las dificultades de Cajanal que tiene un retraso de 45 000 peticiones, lo que le implicaría un tiempo de dos o tres años para ponerse al día, sin contar con las nuevas solicitudes que reciben más las acciones de tutela que exigen la protección de derechos fundamentales. En este mismo sentido véase la sent. T-1234 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil y el auto 305 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. La situación también fue analizada en el caso del ISS en liquidación y Colpensiones, véase auto 110 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, sent. T-441 de 2013, M. P. Jorge Pretelt Chaljub, autos 202, 182 y 320 del 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹ La Ley 100 de 1993 reformó el vigente sistema de pensiones y estableció la coexistencia excluyente de un régimen de reparto denominado Régimen de Prima

en el Sistema General de Pensiones, se tendrá en cuenta todo el tiempo cotizado, ya sea al “Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”. Por su parte, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para acceder a la pensión de vejez, uno de los requisitos que deben cumplir los afiliados es un número determinado de semanas de cotización (o tiempo de servicios en ciertos casos); en tanto que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, si bien es cierto el requisito fundamental está en función del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, no es posible desconocer que cuando opera la garantía de pensión mínima²⁰, se exige edad y el cumplimiento de un número mínimo de semanas de cotización. En el caso de las pensiones de invalidez y de sobrevivencia, además de la ocurrencia del riesgo cubierto, se le exige al afiliado un número de semanas de cotización previas a la ocurrencia del siniestro.

Es decir, los tiempos de servicios y semanas de cotización se convierten en el fundamento para acceder al derecho pensional²¹, convirtiendo entonces a la historia laboral en el instrumento idóneo para que el afiliado, su empleador y las instituciones administradoras del sistema establezcan el acceso a la respectiva pensión. Aunque con un alcance más general, la Corte Constitucional ha reconocido que

en la historia laboral de un empleado se encuentra registrada toda la información, positiva o negativa, relacionada con su hoja de vida, desempeño en el ejercicio de funciones tales como reconocimientos, llamados de atención, suspensiones. Así mismo, la historia laboral contiene la información referente al tiempo laborado, las cotizaciones a la seguridad social, los periodos de vacaciones disfrutados o pendientes, el registro de sus cesantías, nombramientos,

Media con Solidaridad administrado por Colpensiones (entidad pública) y un régimen de capitalización individual, esto es el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por fondos privados.

²⁰ De acuerdo con el art. 65 de la Ley 100 de 1993, la garantía de pensión mínima procede cuando el afiliado no ha reunido el capital mínimo suficiente para financiar la pensión de vejez, es decir, un capital que le permita obtener al menos el 110 % del salario mínimo (art. 64 de la Ley 100 de 1993). De esta manera, si el afiliado no cumple este requisito pero reúne la edad (57 años para las mujeres y 62 años para los hombres) y semanas de cotización (para 2014 son de 1275, 1300 a partir de 2015), podrá acceder a una garantía que le permite acceder a una pensión de salario mínimo.

²¹ Incluso en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad donde las semanas de cotización se convierten en capital para acrecentar la cuenta de ahorro individual.

ascensos, traslados, retiros, incapacidades, comisiones de trabajo, entre otros datos indispensables para el goce de las prestaciones laborales que nuestro ordenamiento concede al trabajador²².

Dado que la pensión se obtiene después de verificar las semanas de cotización²³ y su liquidación depende de los salarios registrados ante la entidad de seguridad social, reiteramos, la historia laboral es el eje de cualquier discusión en materia pensional²⁴.

Así, más allá del tipo de documento físico o sistematizado que resulte ser, contiene una serie de datos que por omisión o error inciden en las decisiones personales que puede tomar un afiliado o beneficiario o una entidad del Sistema General de Pensiones frente a una prestación, es decir que para la realización efectiva de las garantías y prestaciones del Sistema General de Pensiones, la historia laboral requiere de información cierta, precisa y fidedigna, con la posibilidad del ejercicio de protección del derecho de *habeas data*²⁵. Es allí donde este derecho encuentra su profunda relación con el derecho al acceso a la pensión, cualquiera que esta sea.

3. *HABEAS DATA* Y REGISTRO DE DATOS EN MATERIA PENSIONAL²⁶

Debemos empezar señalando que el *habeas data*

es la “herramienta constitucional” con que cuenta el ciudadano para controlar el tratamiento de sus datos personales. Le confiere a la persona derechos de acceso, control y corrección sobre su información y deja en cabeza del ciudadano algunas facultades

²² Corte Const., sent. T-718 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²³ Para la Corte Suprema de Justicia la historia laboral es el mecanismo que acredita el cumplimiento de la densidad de semanas cotizadas. Véase sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral de 25 de junio de 2014, rad. 46912 (SL9731-2014), M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

²⁴ Este tipo de documentos adquieren esta relevancia en cualquier lugar del mundo, con cualquier tipo de sistematización. En este sentido véanse las estrategias ante la movilidad y servicios de rastreo de las pensiones en Comisión Europea (2013). El derecho a información sobre pensiones de jubilación. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

²⁵ Corte Const., sent. T-718 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁶ En Colombia existe un marco regulatorio sobre protección de datos. Para efectos del presente tema véase la Ley 1581 de 2012 y el Decreto 1377 de 2013.

para exigirle al administrador de un banco de datos o archivo un tratamiento adecuado, leal y lícito de sus datos personales²⁷.

En el *habeas data* el objeto de protección es el dato personal²⁸, general, que tiene entre sus características

i) estar referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural; ii) permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos; iii) su propiedad reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita; y iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación²⁹.

Se reconoce, entonces, la existencia de tres derechos fundamentales autónomos, esto es, intimidad, buen nombre y *habeas data*, con sus características en la vertiente de los datos particulares y propios de la historia laboral, otorgando

la facultad al titular de datos personales, de exigir a las administradoras de los mismos el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización y certificación de los datos, así como la limitación en la [sic] posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos³⁰.

No es solo el instrumento para solucionar la tensión entre intimidad e interés general, sino que el *habeas data* se constituye como garantía para el ejercicio efectivo de otros derechos³¹.

Se trata de un derecho autónomo que “no se reduce a los datos relacionados con la privacidad o intimidad de las personas”³², como el nombre, domicilio y estado civil del ciudadano, sino que involucra cualquier otro dato entre ellos, el salario que en términos de pensiones es el ingreso base de cotización (IBC) que incidirá en el ingreso base de liquidación (IBL) para liquidar la pensión y el tiempo trabajado o tiempo cotizado al Sistema.

²⁷ N. REMOLINA, *Tratamiento de datos personales. Aproximación internacional y comentarios a la Ley 1581 del 2012*, Bogotá, Legis, 2013, pág. 60.

²⁸ Corte Const., sent. T-785 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa.

²⁹ Corte Const., sent. T-729 del 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁰ Corte Const., sent. T-718 del 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³¹ Corte Const., sent. T-718 del 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³² N. REMOLINA, *Tratamiento de datos personales en el contexto laboral*, en *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, 175, enero-febrero de 2013, pág. 21.

El acopio, manejo y tráfico de datos es el marco de respeto de los derechos fundamentales. Así, no es la destinación o utilidad de dato lo relevante para alegar su ejercicio, sino su carácter personal “entendido como la expresión de la libertad del individuo para tener bajo su esfera de posibilidades jurídicas, acceder, conocer, actualizar, aclarar, corregir, complementar y publicar la información que sobre él se recolecta, maneja, administra o circula”³³.

De tal manera, el *habeas data* tiene una dimensión positiva que comprende por lo menos:

1. La posibilidad de figurar en archivos y tener acceso a ellos;
2. Que la información que reposa sea correcta, completa y actualizada; y
3. Que esta información circule por conductos regulares, de forma efectiva y oportuna³⁴.

En virtud del *habeas data*, la información que obre en base de datos será objeto de varias acciones por parte de los ciudadanos, ya sea para la actualización o rectificación de la información contenida en ella, entendiendo la primera como la vigencia del dato o que no se muestren situaciones carentes de actualidad y la segunda como la concordancia del dato con la realidad³⁵. La información, que debe ser precisa, clara, detallada, comprensible y oportuna, da la posibilidad de reclamar los derechos y protección de otros³⁶. En este caso, estos datos permitirán el acceso a las distintas prestaciones del Sistema General de Pensiones.

Dentro de la obligación general de diligencia en la administración de datos, está también la historia laboral como desarrollo del derecho de *habeas data*³⁷. En el caso particular de la historia laboral para efectos pensionales, la información que ella contiene debe ser real, debe dar cuenta del real IBC, donde exista una correspondencia entre los periodos cotizados y los acreditados ante el sistema, los tiempos de trabajo

³³ Corte Const., sent. T-855 de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

³⁴ Corte Const., sent. T-317 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁵ Corte Const., sent. T-718 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁶ Corte Const., sent. T-718 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁷ Corte Const., sent. T-718 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. De hecho, la Superintendencia Financiera, que vigila a las entidades que administran los distintos regímenes del Sistema General de Pensiones, en Carta Circular 72 de 28 de julio de 2014, estableció las obligaciones de las vigiladas respecto de la administración de las bases de datos, recordando el deber de respeto del derecho del *habeas data*, su regulación y necesidad de verificar procedimientos y controles para ajustarse a la ley.

certificados, además de los datos de identificación y edad del afiliado, entre otros. La historia laboral entonces

otorga la facultad al titular de los datos personales de exigir de las administradoras de datos, ya sea públicas o privadas, el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización y certificación de los datos, así como la limitación en las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos de conformidad con los principios que regulan el proceso de administración de datos personales³⁸.

Este desarrollo del *habeas data* parece facilitar la situación de aquellas personas que encuentran errores en su historia laboral, pero ¿qué sucede cuando los errores de información no están en la entidad administradora sino en sus orígenes?, por ejemplo en el caso en que un afiliado, con 73 años de edad solicita a la entidad territorial para la que trabajó, la documentación necesaria para efectos de su pensión y esta solo responde que debe esperar porque no encuentra la información respecto de su vinculación laboral³⁹. Para proteger al peticionario, el Tribunal Constitucional ha considerado la sistematización de los datos como manifestación del *habeas data*.

4. SISTEMATIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA CUSTODIA, CONSERVACIÓN Y GUARDA DE LOS DATOS

Ante la situación descrita, el *habeas data* establece la obligación de diligencia en la administración de datos personales y la correspondiente necesidad de corregir y solventar los perjuicios por las posibles fallas en el manejo. Ya sea una entidad de naturaleza pública (como la administradora del Régimen de Prima Media y ciertos empleadores) o privada (como lo serían las instituciones del Sistema General de Pensiones y algunos empleadores), que actúen como administradores de bancos de datos o archivos públicos, tienen la obligación de actualizar y rectificar constantemente la información, ponerla a disposición de los titulares y garantizar el acceso a la información con las restricciones legales⁴⁰. De tal manera, resulta imposible trasladar al peticionario las fallas o deficiencias de la administración en el manejo de información

³⁸ Corte Const., sent. T-785 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa.

³⁹ Estos son los hechos que originaron el pronunciamiento de la Corte Const., sent. T-256 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁰ Corte Const., sent. T-718 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

relacionada con la seguridad social⁴¹. Así, en el evento en que la entidad empleadora no conoce con exactitud las fechas de ingreso, además de otras inconsistencias frente a su relación de trabajo, el Tribunal Constitucional concluye que

la deliberada negligencia administrativa, las fallas ocasionadas por la ineptitud o incompetencia de los funcionarios o simplemente la ineficacia del sistema, no pueden ser presentadas como razones válidas para disculpar la protección de los derechos de las personas⁴².

No es pues razón aceptable que la entidad no logró determinar con exactitud el tiempo de vinculación ya que el municipio para el que trabajó no pudo expedir una certificar en dicho sentido.

Así, el *habeas data* se manifiesta también en el deber de custodia, conservación y guarda de la información del sistema, enfatizando en el hecho que “las falencias en el cumplimiento de los deberes de custodia, guarda y conservación no pueden constituir argumento válido para negar el acceso a un derecho fundamental a los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones”, obligando a sistematizar los documentos⁴³, reiterando que el desorden y descuido administrativo de los archivos documentales, “no puede constituirse en justificación razonable para impedir el ejercicio del derecho que tiene una persona a que la entidad ante la cual reclama una prestación pensional le dé respuesta de fondo a su petición”⁴⁴.

Reconociendo la obligación de la entidad, la Corte Constitucional en casos en que no se cuente con la información requerida, acude a la posibilidad que establece el Código de Procedimiento Civil y ordena la necesidad de reconstruir el expediente o la información⁴⁵, cuando este ha sido extraviado o destruido, pues “no hacerlo, constituye una grave violación a los derechos de las personas que trabajaron al servicio

⁴¹ En ese caso, además de un error en la transcripción de la cédula del accionante, se le niega la pensión de invalidez por la mora del empleador y su pago extemporáneo que no tenía registrado la entidad de pensiones (ISS) y se produjo después de la solicitud pensional. Véase Corte Const., sent. T-1160A de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴² Corte Const., sent. T-317 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴³ Corte Const., sent. T-855 de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴⁴ Corte Const., sent. T-558 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería.

⁴⁵ El Acuerdo 007 de 15 de octubre de 2014 del Archivo General de la Nación, señala los lineamientos para la reconstrucción de expedientes que deben seguir las entidades en los casos en que fuera necesario.

de la administración municipal, pues casos como el presente se está [*sic*] impidiendo el acceso a una futura pensión de vejez⁴⁶.

En este sentido, la Corte Constitucional reconoce la posibilidad de la falta de información. Y ese en sí no resulta ser el problema, sino la carga que le significa a un ciudadano asumir las omisiones de las entidades pues

cuando un documento se encuentra bajo la custodia y responsabilidad de la administración y por circunstancias adversas desaparece impidiéndose su acceso a los ciudadanos, asiste la obligación de ordenar de manera ágil su reconstrucción para alivianar la carga impuesta por la administración sin necesidad, pues de no ser así, se afectaría directamente el derecho fundamental al debido proceso administrativo poniendo en riesgo el acceso oportuno a la administración de justicia⁴⁷.

Sin embargo, cuando esto pasa existen soluciones que van más allá y requieren una respuesta diferente a la imposibilidad de acceder a la información requerida.

5. INEXACTITUD EN LA HISTORIA LABORAL, AFECTACIÓN DEL DERECHO PENSIONAL

De acuerdo con lo establecido en la Ley 594 de 2000 (Ley General de Archivos), los decretos 4124 de 2004 y 2578 de 2012, que reglamentan el Sistema Nacional de Archivos, es deber del Estado garantizar los principios fundamentales de la archivística y es responsabilidad de los servidores públicos la organización, conservación, uso y manejo de documentos. Señala además la normativa que los documentos de estos archivos tienen como características:

- Ser herramienta de gestión administrativa, económica, política y cultura del Estado y de la administración pública;
- Son elementos fundamentales de racionalidad de la administración pública;
- Son agentes dinamizadores de la acción estatal;
- Tienen una función probatoria garantizada y perpetuadora.

⁴⁶ En este caso en particular, la Corte ordenó a la Alcaldía reconstruir los expedientes afectados por las tomas guerrilleras para determinar si el accionante reunía los requisitos para pensión, véase Corte Const., sent. T-256 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁷ Corte Const., sent. T-656 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

- Por todo lo anterior, generan una responsabilidad a la hora de establecer procedimientos especiales para su tratamiento, de tal manera que se garantice no solo su integridad física sino también la autenticidad, veracidad y fidelidad de la información.

Dado que la conservación de archivos implica una actividad necesaria en la administración pública en su labor de exigencia, procesamiento y transmisión de datos, no es necesario que la ley ordene su creación y la organización para localizar los documentos pues la administración tiene la obligación de sistematizar los archivos y para ello, debe emplear todos los medios técnicos y humanos para evitar el deterioro y pérdida de los documentos y su información. Se trata de un deber consustancial al nacimiento mismo de las entidades, así no haya normatividad particular en este sentido⁴⁸.

La conclusión constitucional frente a los casos puntuales en los que se han desconocido los desarrollos anteriores es clara: las fallas en la información y en los registros no pueden ser trasladadas a los particulares y, por ende, la administración debe manejar de manera diligente y actualizada los datos, para impedir que se les traslade a los individuos la carga de demostrar prueba e información que está en manos de la propia entidad⁴⁹, dado que el administrado no tiene esta obligación así como tampoco tiene el deber de informar sobre un procedimiento administrativo. Se reitera, no se pueden trasladar al peticionario las fallas o deficiencias en el manejo de la información que la entidad y la administración están obligadas a guardar⁵⁰.

Por ejemplo, las fallas de la información sobre la historia laboral del actor que tiene 70 años y solicita pensión de invalidez, pero esta es negada porque no es posible determinar las fechas de su vinculación laboral, no pueden ser dispuestas a su cargo. La protección de derechos fundamentales, entre ellos la buena fe, no pueden verse afectados por esa falta de información que no es imputable al actor, considerando que la administración tiene el deber del manejo diligente y actualizado de la información⁵¹. Es consecuente entonces la orden judicial a la entidad territorial empleadora para que en un plazo de un mes haga los trámites respectivos para la entrega de la información completa, oportuna y

⁴⁸ Corte Const., sent. T-214 de 2014, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁹ Corte Const., sent. T-1160A de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁰ Corte Const., sent. T-718 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵¹ Corte Const., sent. T-317 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

actualizada de la historia laboral del afiliado y así poder determinar si es viable su solicitud pensional.

De esta manera, la creación, organización, preservación y control de los archivos se convierten en un tema que trasciende lo puramente procedimental para convertirse en un problema de relevancia constitucional pues las fallas de almacenamiento, actualización y circulación interna de información completa, oportuna y actualizada sobre el estado de aportes puede afectar el goce efectivo de derechos como *habeas data*, seguridad social y buena fe. Por ello “es necesario que la administración adopte en el mediano plazo las medidas y correctivos necesarios para que ese riesgo sea excepcional”⁵². Particularmente, el manejo de datos que administran las entidades de seguridad social, implica que cualquier inconsistencia en los datos, en las fechas de afiliación, las novedades de retiro, el pago de cotizaciones, entre otras, conlleva una eventual violación de derechos fundamentales de “los usuarios <a> la debida atención en salud o del suministro de otras prestaciones relacionadas con la seguridad social, como las pensiones, lo que, por lo general, involucra la amenaza de derechos fundamentales”⁵³.

Considerar que es el afiliado quien tiene la obligación de acreditar toda la información que debería reposar en las respectivas entidades empleadoras y de seguridad social, implica reconocer que son ineficaces las disposiciones de los deberes de las administradoras del sistema.

Si bien es cierto, en muchas ocasiones la solicitud documental de datos necesarios para el otorgamiento y liquidación de la pensión implica también consideraciones frente a la seguridad, la Corte Constitucional ha señalado que la guarda de las finanzas del Estado y en general del Sistema de Seguridad Social son necesarias, debe armonizarse con el debido proceso y presunción de buena fe⁵⁴.

6. CONCLUSIONES

De acuerdo con la jurisprudencia señalada, hoy el *habeas data* ha irrumpido en el ámbito de la seguridad social. De hecho, se considera que cada vez será más importante en el litigio propio de la seguridad social pues se marcan las pautas para exigir su protección en los eventos

⁵² Corte Const., sent. T-1160A de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵³ Corte Const., sent. T-828 de 2004, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes. En igual sentido véase Corte Const., sent. T-785 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa.

⁵⁴ Corte Const., sent. T-214 de 2014, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

en que exista una inexactitud en la historia laboral del peticionario de la prestación.

Es claro que para la realización efectiva de las garantías y prestaciones del Sistema General de Pensiones, la historia laboral requiere de información cierta, precisa y fidedigna, con la posibilidad correlativa de la protección del derecho de *habeas data* para la oportuna corrección de cualquier incongruencia.

Si en algún momento el tema de la historia laboral y el manejo de los expedientes de las solicitudes de prestaciones eran relacionadas exclusivamente con el procedimiento para adquirir el derecho, hoy son piedra angular de la protección de los derechos de *habeas data*, de petición, debido proceso administrativo y sobretodo de seguridad social.

BIBLIOGRAFÍA

Colpensiones, publicidad *El Tiempo*, sección “Debes saber”, 6 de junio de 2014.

Comisión Europea, El derecho a información en materia de pensiones de jubilación. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

REMOLINA, N.: Tratamiento de datos personales en el contexto laboral, en *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, 175, enero-febrero de 2013.

— *Tratamiento de datos personales. Aproximación internacional y comentarios a la Ley 1581 de 2012*, Bogotá, Legis, 2013.

ROJAS, J. N.: ¿Cómo enfrentar la falta de periodos de cotización al sistema de pensiones?, en *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, 172, julio-agosto de 2012.

A) Normatividad

Código Contencioso Administrativo.

Congreso de la República, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, *Diario Oficial* 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto 656 de 24 de marzo de 1994, *Diario Oficial* 41.283 de 25 de marzo de 1994.

Congreso de la República, Ley 594 de 14 de julio de 2000, *Diario Oficial* 44.084 de 14 de julio de 2000.

Congreso de la República, Ley 700 de 7 de noviembre de 2001, *Diario Oficial* 44.614 de 14 de noviembre de 2001.

Congreso de la República, Ley 717 de 24 de diciembre de 2001, *Diario Oficial* 44.661 de 29 de diciembre de 2001.

Ministerio de Cultura, Decreto 4124 de 10 de diciembre de 2004, *Diario Oficial* 45.761 de 13 de diciembre de 2004.

Congreso de la República, Ley 1581 de 17 de octubre de 2012, *Diario Oficial* 48.587 de 18 de octubre de 2012.

Ministerio de Cultura, Decreto 2578 de 13 de diciembre de 2012, *Diario Oficial* 48.643 de 13 de diciembre de 2012.

Ministerio de Comercio, industria y Turismo, Decreto 1377 de 27 de junio de 2013, *Diario Oficial* 48.834 de 27 de junio de 2013.

Superintendencia Financiera, Carta Circular 72 de 28 de julio de 2014.

Archivo General de la Nación, Acuerdo 007 de 15 de octubre de 2014.

B) *Jurisprudencia*

Corte Const., sent. T-068 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Const., sent. T-1160A de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sent. SU-975 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sent. T-317 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sent. T-718 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sent. T-256 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sent. T-558 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería.

Sent. T-599 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Sent. T-395 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sent. T-1234 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Auto 305 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sent. T-785 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa.

Sent. T-656 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sent. T-855 de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sent. 17001-23-31-000-2011-00586-01 (AC) de 20 de febrero de 2012, M. P. William Giraldo Giraldo.

Auto 110 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Gil.

Sent. T-441 de 2013, M. P. Jorge Pretelt Chaljub.

Auto 202 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Gil.

Auto 182 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Gil.

Auto 320 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Gil.

Sent. T-214 de 2014, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. de 25 de junio de 2014, rad. 46912 (SL9731-2014), M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

ÍNDICE DE AUTORES

— A —

Adam, Patrice: 202, 203, 206.
Adams: 214.
Albuquerque, Rafael: 75, 84.
Anastassopoulos, Jean Pierre: 195.
Archila, Mauricio: 246.
Ariza Higuera, Libardo José: 147, 163.
Artiles, Antonio Martín: 166.
Ayesterán, José Ramón: 131.

— B —

Barbero, Iker: 158.
Baudelaire, Charles: 245.
Beaudonnet, Xavier: 67.
Benyahia Nouri, Sid: 205.
Blanco Rivera, Oscar Andrés: 22.
Bohórquez Yepes, Carlos A.: 35, 37, 43, 49, 50, 53, 55.
Borah, Woodrow: 148.
Boscán Carrasquero, G.: 179.
Brissy, Stéphane: 200.
Bushnell, David: 224, 225.

— C —

Cabanellas, Guillermo: 8.
Caicedo, Daniela: 245.
Calavita, Kitty: 160.
Caldera, Rafael: 7.
Camacho, Adriana: 195.
Cardona Restrepo, Iván: 307.
Carrasco: 185.
Castellanos Avendaño, Milena: 195.
Chaperon, Anne-Francoise: 206, 216.
Conrado Imitola, Roque L.: 35, 37, 43, 49, 50, 53, 55.
Cook, Sherburne: 148.
Cortés, Édgar: 199.

— D —

Dauvergne, Catherine: 158.
De Alós-Moner, Ramón: 166.

De Buen Lozano, Néstor: 40, 41.
De Giorgi, Alessandro: 158.
De la Cueva, Mario: 7, 161.
De Soto: 185.
Dueñas Quevedo, Clara Cecilia: 5.
Durkheim: 151.

— E —

Engels, Federico: 147, 148.

— F —

Fausto Miguélez, Francesc Gilbert: 166.
Fernández Vesga, Lina María: 171.
Foucault, Michel: 150, 151, 155, 156, 157, 163.
Friede, Juan: 148.

— G —

Gamero: 185.
Gandour, M.: 308.
Garcés Navarro, Carmen H.: 247.
García Márquez, Gabriel: 247.
García Villegas, M.: 178.
Garland, David: 151.
Gattás Bultaif, Lina: 245.
Gava, Marie-José: 199.
Gernigon, Bernard: 269.
Godoy Fajardo, Carlos Hernán: 121.
Gómez: 185.
González Arana, Roberto: 246.
González Charry, Guillermo: 40, 266.
Guerrero Figueroa, Guillermo: 246, 248.
Guido, Horacio: 269.
Guiza, Leonardo: 195.

— J —

Jaramillo Jassir, Iván Daniel: 87.

— K —

Kirchheimer Otto: 151, 153.

— L —

Lemaitre, Julieta: 172, 177, 178, 180.
 L. González, M.: 173.
 Londoño Hidalgo, Julio Mauricio: 265.
 López Moreno, Juan Pablo: 265.
 Luque Charry, Sebastián: 65.

— M —

Malagón, Miguel: 155.
 Martínez Méndez, Santiago Andrés: 223.
 Marx, Karl: 148, 149, 151.
 Mathiesen, Thomas: 155.
 Matthews, Roger: 150, 157.
 Medina González, Ana Cristina: 287.
 Melossi, Dario: 153, 154, 155, 157, 158.
 Miles, Robert: 148.
 Molinares Guerrero, Ivonne: 246.
 Morales Ocampo, Andrés: 103.
 Muñoz-Segura, Ana María: 325.

— N —

Nieto, Fidel: 192.

— O —

Odero, Alberto: 269.
 Ospina Duque, José Edgar: 247.

— P —

Pager, Devah: 160.
 Pajares, Miguel: 82.
 Palacios, Agustina: 174, 176, 181.
 Pasco Cosmópolis, Mario: 9.
 Pavarini, Massimo: 153, 154, 155, 157.
 Plá Rodríguez, Américo: 9.

— R —

Radé, Christophe: 205.
 Ravisy, Philippe: 216.

Remolina, N.: 332.
 Reyes Villamizar, Francisco: 231.
 Rincón, Carlos Andrés: 307.
 Rivera, Iñaki: 157, 158.
 Rodríguez: 178, 182.
 Romero Ávila, Evelyn: 65.
 Rusche: 153.
 Rusche, Georg: 151, 152.
 Rusche, George: 151.

— S —

Sánchez, Fabio: 131.
 Sierra, José Alejandro: 33.
 Sierra Silgado, Juan Daniel: 129.
 Spierenburg, Pieter: 150.
 Sudbury, Julia: 160.

— T —

Tobón Perilla, Vladimir: 195.
 Tokman, Víctor: 88.

— U —

Urrutikoetxea Barrutia, Mikel: 196, 208.

— V —

Vallejo Cabrera, Fabián: 266.
 Van der Slice, Austin: 150.
 Vida Soria, José: 249.
 Villegas Arbeláez, Jairo: 117, 119.

— W —

Wacquant, Loïc: 157, 158, 159.
 Wallerstein, Immanuel: 148, 159.

— Y —

Younes Moreno, Diego: 37, 43.

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EN LOS TALLERES DE EDITORIAL NOMOS,
EL DÍA VEINTICINCO DE ABRIL DE DOS
MIL DIECISIETE, ANIVERSARIO DEL NACI-
MIENTO DE THEANOLTE BÄHNISCH
(n. 25, IV, 1899 y m. 9, VII, 1973).

LABORE ET CONSTANTIA