

DIÁLOGOS SOBRE LA REFORMA LABORAL Y PENSIONAL

INSUMOS PARA UNA REFORMA LABORAL

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Laboral y de Seguridad Social

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento De Derecho Laboral
y de Seguridad Social**

Katerine Bermúdez Alarcón
Directora

Jorge Mario Benítez
Director del Centro de Investigaciones Laborales

Docentes investigadores

Cristian Alfredo Orozco
Daniela Gómez Cetina
Jorge Eliécer Manrique
Luisa Fernanda Rodríguez
María Camila Hernández
Valentina González Rivera

Edición y corrección de estilo

Andrés Arenales Duarte

Universidad Externado de Colombia ©
Todos los derechos reservados

Bogotá, D. C., mayo de 2023

AGRADECIMIENTOS

El equipo de trabajo del Departamento de Derecho Laboral y de Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia agradece al rector de esta casa de estudios, Dr. Hernando Parra Nieto, a la decana de la Facultad de Derecho, Dra. Emilssen González de Cancino y al decano de la Facultad de Economía, Dr. Juan Pablo Herrera, por su apoyo, sin el cual no habría sido posible adelantar esta iniciativa académica.

Asimismo, agradece a Agustín Ramírez, Ana Catalina Herrera, David Rodríguez, Donna Catalina Cabrera, Enrique Correa, Germán Ponce, Isidro Hernández, Juan Hoyos, Manuel Duarte, Mery Laura Perdomo, Natalia Niño, Nicolás Yemail, Óscar Alonso y Pedro Ignacio Bernal por su participación como panelistas en las jornadas de “Diálogos para una reforma laboral” y por ser la principal fuente de información para el trabajo que este documento presenta.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	6
INTRODUCCIÓN	7
I. MERCADO LABORAL COLOMBIANO	8
A. EVOLUCIÓN DEL MERCADO LABORAL DURANTE EL SIGLO XXI	8
II. ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE UNA REFORMA LABORAL.....	24
A. TRÁMITE LEGISLATIVO DEL PROYECTO DE LEY	25
1. UNIDAD DE MATERIA	27
B. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO LABORAL.....	27
C. PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL	28
<i>Aspectos jurídicos</i>	28
III. CONTRATACIÓN, TERMINACIÓN Y TERCERIZACIÓN	35
1. CONTRATACIÓN LABORAL.....	37
3. VARIACIÓN DE SALARIOS	47
B. TERCERIZACIÓN Y EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES	49
C. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: PROCEDIMIENTO PREVIO	52
1. TERMINACIÓN ARBITRARIA O DISCRIMINATORIA DEL CONTRATO.....	54
D. INDEMNIZACIONES	56
IV. DERECHO LABORAL COLECTIVO	62
A. PERTINENCIA DE UNA REFORMA DEL DERECHO LABORAL COLECTIVO	62
B. DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL.....	64
C. NEGOCIACIÓN COLECTIVA: NIVELES DE NEGOCIACIÓN Y UNIDAD NEGOCIAL	69
1. NEGOCIACIÓN SECTORIAL.....	69
2. UNIDAD NEGOCIAL.....	70
3. CONVENCIÓN COLECTIVA	71
4. CONTRATO SINDICAL.....	73
5. PACTOS COLECTIVOS.....	73
D. DERECHO A LA HUELGA	75
V. TRABAJO EN PLATAFORMAS DE REPARTO.....	79
A. TIPO DE TRABAJO A TRAVÉS DE PLATAFORMAS	79
1. DE LAS CONDICIONES EN QUE SE PRESTA EL SERVICIO EN LAS PLATAFORMAS DE REPARTO.....	80

2.	EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO EN LAS PLATAFORMAS DE REPARTO	83
3.	CONVENIENCIA ECONÓMICA DE LABORALIZAR	85
VI.	DESCARBONIZACIÓN Y TRABAJADORES MIGRANTES	92
A.	DESCARBONIZACIÓN.....	92
B.	TRABAJO MIGRANTE.....	96
	CONCLUSIONES.....	98
	REFERENCIAS	108

PRESENTACIÓN

Con ocasión de los dos proyectos de ley radicados en el Congreso de la República, 367-2023C con el que se propuso una reforma laboral en pro del trabajo digno y decente en Colombia, modificar parcialmente el Código Sustantivo del Trabajo, las Leyes 50 de 1990 y 789 de 2002, entre otras normas, y el 293-2023S, con el que se busca establecer el Sistema de Protección Integral para la Vejez, el Departamento de Derecho Laboral y de Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia adelantó doce sesiones de trabajo en el marco de dos espacios denominados “Diálogos para una reforma laboral” y “Diálogos para una reforma pensional”. En estas se analizaron, desde la perspectiva de diversos actores, los principales aspectos que se deberían tener en cuenta para que dichas reformas generen mejores condiciones de vida y desarrollo en el país.

Para que estos análisis trascendieran el contexto académico, el equipo de trabajo que participó en este proyecto realizó una relatoría de cada sesión de trabajo. La formación que se sistematizó a partir de estos documentos fue enriquecida con los aportes de los docentes e investigadores del Centro de Investigaciones Laborales y del Observatorio del Mercado de Trabajo y de Seguridad Social de la Universidad, a fin de lograr el desarrollo de este documento, el cual constituye una apuesta por ofrecer al Legislativo y a la comunidad insumos para la discusión de los proyectos en el Congreso de la República. Los resultados de este ejercicio se presentarán a la opinión pública el próximo 18 de mayo de 2023, en un evento presencial en el que participarán diversos actores de la sociedad.

Si bien, este trabajo responde a un momento de coyuntura por atender a las iniciativas de ley, esto no significa que sea inmedatista o que no tenga una visión de largo plazo. Por el contrario, se escribió pensando en lo que le conviene al país y, sobre todo, a las generaciones futuras, que serán las que finalmente asuman las consecuencias de lo que se decida en nuestro tiempo. Seguramente, este trabajo también servirá para generar nuevos análisis y discusiones en la academia que aporten al fortalecimiento de las instituciones sociales y a mejorar la calidad de vida de los habitantes del país.

Katerine Bermúdez Alarcón

Directora

Departamento de Derecho Laboral y de Seguridad Social

INTRODUCCIÓN

Desde su campaña electoral, el presidente de la República, Gustavo Petro, comunicó que en su mandato se implementarían reformas al trabajo y al sistema pensional. En septiembre de 2022, el Gobierno nacional anunció un proyecto de reforma laboral y, luego, en noviembre del mismo año hizo lo propio para proponer la reforma pensional, ambas planeadas para el 2023.

Por lo que representa cualquier novedad normativa en temas laborales y pensionales, para la Universidad Externado de Colombia era claro que una vez se conocieran los textos de los proyectos de reforma, se debían promover distintos espacios de estudio en torno a lo que estas implicarían, a fin de cumplir con la responsabilidad de dar una formación integral a sus estudiantes y contribuir al debate de las ideas para mejorar el Estado social de derecho.

Una vez el Gobierno divulgó los textos de los proyectos, esta dependencia organizó las jornadas académicas denominadas “Diálogos para una reforma laboral”, en las que participaron, además de profesores de las facultades de Economía y Derecho de esta y otras instituciones de educación superior, representantes de la Corte Suprema de Justicia, la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC), CNV Internacional, ILAW Network y Scola Abogados, que contribuyeron, desde una perspectiva interdisciplinaria —jurídica y económica— a entender mejor las implicaciones de dichas reformas.

En este documento se desarrollan con más profundidad los temas abordados en cada una de las sesiones, en torno a las que se estructura este texto, las cuales se cumplieron de manera virtual en formato de webinar y a las que asistieron, en total, 1090 personas.

En primer lugar, se presenta un contexto sobre el mercado laboral colombiano, en el que se abordan, entre otros, temas relacionados con los salarios, la inflación y la informalidad. Posteriormente, se analizan los aspectos constitucionales que se ven afectados por el proyecto de ley, además de problemas con las distintas formas de contratación, la tercerización, el procedimiento previo a la finalización del contrato de trabajo y las indemnizaciones.

A medida que el texto avanza, se problematiza la pertinencia de una reforma del derecho laboral colectivo, abordando el derecho de asociación sindical, así como los niveles de asociación y unidad negocial. Asimismo, se estudian los aspectos que el proyecto de ley aborda en torno a la regulación del trabajo en plataformas de reparto, en particular, lo que respecta a la conveniencia económica de hacerlo, así como sobre la descarbonización y el trabajo de la población migrante. Por último, se plantean conclusiones y se dan algunas recomendaciones.

I. MERCADO LABORAL COLOMBIANO

Los aspectos económicos son transversales a cualquier regulación social. Por lo tanto, es necesario conocer el contexto del mercado de trabajo colombiano para identificar la conveniencia y pertinencia de hacer una reforma laboral, pues es probable que los cambios planteados incidan en la demanda y en la oferta de mano de obra.

En ese sentido, antes de hacer referencia a los principales aspectos del proyecto de reforma laboral que fueron analizados, resulta pertinente explicar, por un lado, aspectos generales del mercado de trabajo colombiano que tienen relación con los asuntos que se pretende reformar y, por otro, la incidencia de los temas regulatorios en el comportamiento de ciertos actores de la sociedad.

A. EVOLUCIÓN DEL MERCADO LABORAL DURANTE EL SIGLO XXI

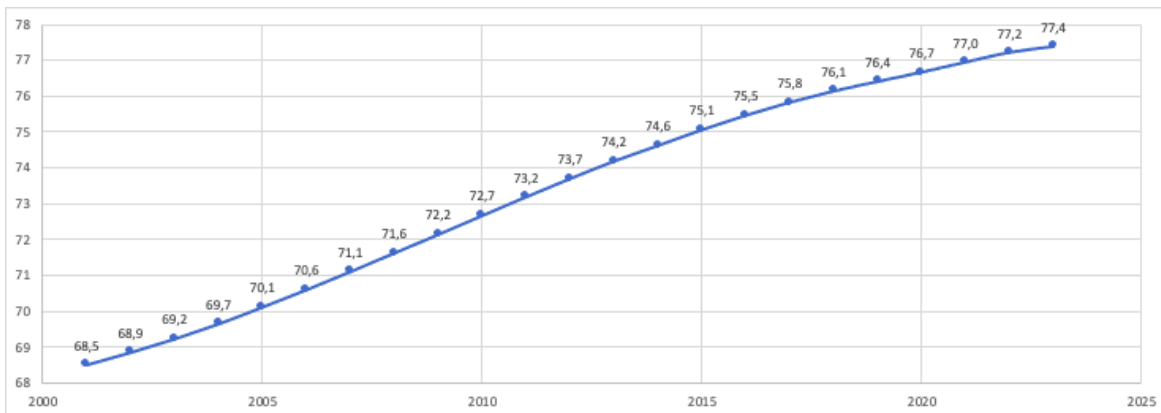
Para debatir sobre cualquier reforma laboral es necesario caracterizar el mercado de trabajo colombiano, pues es a partir de sus particularidades y dinámicas que se pueden hacer propuestas para mejorar las condiciones de trabajadores y empresarios, sin profundizar los problemas actuales del propio mercado. En ese sentido, la respuesta a preguntas como ¿cuáles son las regulaciones actuales del trabajo?, ¿cuánto les pagan a las personas?, ¿qué tipo de trabajo tienen?, ¿cuál es su nivel educativo?, ¿quiénes los contratan? y ¿se respetan los derechos de los trabajadores y de los empresarios?, determinará el grado de pertinencia de las propuestas presentadas por el gobierno.

En primer lugar, la población en edad de trabajar¹ (PET) ha ido aumentando sostenidamente entre 2001 y 2023, lo que resulta positivo para la economía porque implica mayor disponibilidad de mano de obra para la producción. En promedio, la PET ha ido creciendo a una tasa de 1,9 %, con picos de más del 2 % en 2014, 2018 y 2019, debido al periodo del bono demográfico, caracterizado por “la disminución de la población infantil y adolescente junto con la estabilidad de la población adulta y el no crecimiento de la población mayor”².

¹ En Colombia, actualmente, se considera que la población en edad de trabajar (PET) está constituida por las personas de 15 años y más.

² Ministerio de Salud y Protección Social, *Envejecimiento demográfico. Colombia 1951-2020 dinámica demográfica y estructuras poblacionales* (Bogotá, 2013), 12.
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Envejecimiento-demografico-Colombia-1951-2020.pdf>

Figura 1. Evolución de la población en edad de trabajar en el siglo XXI
Proporción de la población total



Fuente: Elaboración propia con base en datos del DANE – GEIH³, metodología 2018.

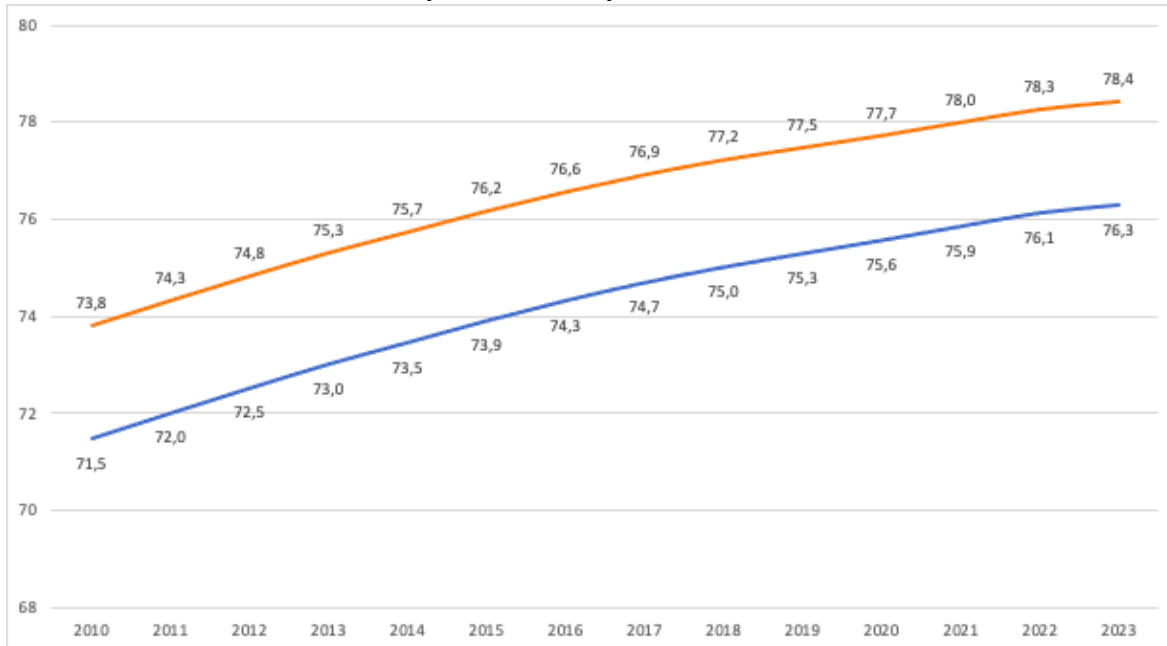
El incremento de la PET, tanto para hombres como para mujeres, es similar al del total de la población, pues la proporción de hombres en edad de trabajar es mayor que la de mujeres. Este crecimiento conlleva un aumento de la oferta de trabajo⁴ en el país, lo que implica mayor disponibilidad de mano de obra para la producción.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que el crecimiento de la PET ha comenzado a estancarse, llegando a un mínimo en 2022, lo que da lugar a pensar que estaría cesando el bono demográfico. De ser así, la población trabajadora actual comenzaría a envejecer y no existirían suficientes trabajadores jóvenes para reemplazarla. En este escenario, la productividad disminuiría progresivamente para ciertos sectores, con lo que se afectaría el nivel de producto interno bruto (PIB) y, consecuentemente, el crecimiento económico. Además, el Sistema General de Seguridad Social también se vería afectado, pues su financiamiento y sostenimiento depende de las dinámicas laborales.

³ Gran Encuesta Integrada de Hogares

⁴ La oferta de trabajo se entiende como la cantidad de personas que ofrecen su trabajo a los empleadores. Por el contrario, la demanda de trabajo hace referencia a las empresas o productores que contratan.

Figura 2. Evolución de la población en edad de trabajar por sexo en el siglo XXI
Proporción de la población total



Fuente: Elaboración propia con base en datos del DANE – GEIH, metodología 2018.

En este punto resulta importante considerar que la PET se distribuye en tres grupos diferentes: ocupados⁵, desocupados⁶ y personas fuera de la fuerza laboral⁷. Por lo tanto,

⁵ Los *ocupados*, según el DANE, “son las personas que durante la semana de referencia... Trabajaron al menos 1 hora a cambio de un ingreso monetario o en especie, o trabajaron al menos 1 hora sin recibir pago en calidad de Trabajador(A) Familiar Sin Remuneración... No trabajaron (por vacaciones, licencia, etc.) durante el período de referencia, pero tenían un empleo o negocio, o en general estaban vinculadas a un proceso de producción cualquiera y con seguridad, terminado este, regresarán a su trabajo”.

DANE, *Boletín técnico. Gran encuesta integrada de hogares GEIH. Enero – marzo 2023* (Bogotá, 2012), 12. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_inactividad/boletin_GEIH_fueradelafuerzadetrabajo_ene23_mar23.pdf

⁶ Los *desocupados*, según el DANE, son las personas que en el periodo de referencia estuvieron sin empleo, pero disponibles para trabajar, independientemente de si hicieron diligencias para encontrar trabajo en el último mes o que, aunque no lo hayan hecho en las últimas cuatro (4) semanas, sí lo hayan hecho en los últimos 12 meses y tienen una razón válida de desaliento.

DANE, *Boletín técnico. Gran encuesta integrada de hogares GEIH. Enero – marzo 2023* (Bogotá, 2012), 12-13. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_inactividad/boletin_GEIH_fueradelafuerzadetrabajo_ene23_mar23.pdf

⁷ La *población fuera de la fuerza laboral*, antes denominada “población inactiva”, está compuesta por las personas que, aunque están en edad de trabajar, en el periodo de referencia “no participaron en la producción de bienes y servicios porque no lo necesitan, no pueden o no están interesadas en tener actividad remunerada. Este grupo se compone de las personas que integran la fuerza de trabajo potencial y de las personas que son exclusivamente: estudiantes, personas dedicadas a los oficios del hogar, personas pensionadas, personas jubiladas, rentistas, personas incapacitadas permanentemente para trabajar, personas [a las] que no les llama la atención o creen que no vale la pena trabajar”.

que la PET esté en aumento no necesariamente implica que también incremente el empleo del país.

Si la tasa de ocupación⁸ crece junto con la PET, esto significa que el mercado laboral está generando puestos de trabajo para las personas, y, por lo tanto, los niveles de empleo también. Sin embargo, en el caso colombiano, aunque la PET continúa aumentando, el mercado laboral no está absorbiendo en su totalidad el aumento de la oferta laboral, pues, aunque hay más personas en edades productivas, no todas se insertan al mercado laboral.

En nuestro país, la tasa de ocupación (TO) a lo largo del siglo XXI tuvo un pico en 2012, estando en 61 %, pero comenzó a disminuir, desde entonces, empeorando significativamente en el 2020 con la crisis ocasionada por la pandemia de COVID-19. Si bien, entre 2021 y marzo de 2023 ha existido una mejora significativa, aún no se alcanzan los niveles prepandemia. Para una mejor ilustración, la figura 3 muestra el crecimiento de la TO, en comparación con las dinámicas de la tasa global de participación⁹ (TGP) y la tasa de desempleo¹⁰ (TD).

DANE, *Boletín técnico. Gran encuesta integrada de hogares GEIH. Enero – marzo 2023* (Bogotá, 2012), 13-14. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_inactividad/boletin_GEIH_fueradela fuerzadetrabajo_ene23_mar23.pdf

⁸ La *tasa de ocupación* es la relación porcentual entre la población ocupada y la cantidad de personas en edad de trabajar.

DANE, *Boletín técnico. Gran encuesta integrada de hogares GEIH. Enero – marzo 2023* (Bogotá, 2012), 14. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_inactividad/boletin_GEIH_fueradela fuerzadetrabajo_ene23_mar23.pdf

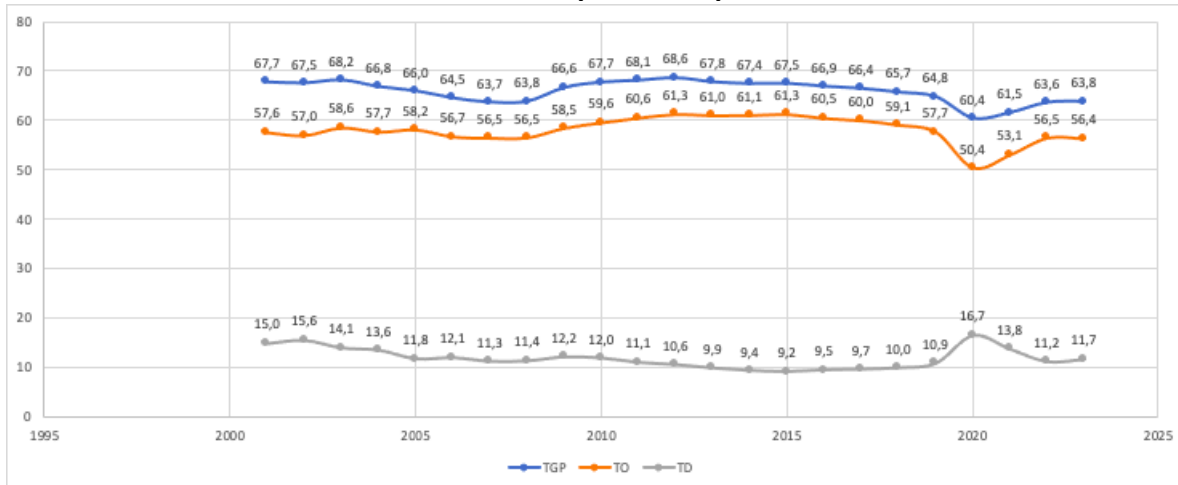
⁹ La *tasa global de participación* es la relación porcentual entre la población económicamente activa la población en edad de trabajar.

DANE, *Boletín técnico. Gran encuesta integrada de hogares GEIH. Enero – marzo 2023* (Bogotá, 2012), 14. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_inactividad/boletin_GEIH_fueradela fuerzadetrabajo_ene23_mar23.pdf

¹⁰ La *tasa de desempleo* es la relación porcentual entre las personas desocupadas y la población económicamente activa.

DANE, *Boletín técnico. Gran encuesta integrada de hogares GEIH. Enero – marzo 2023* (Bogotá, 2012), 14. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_inactividad/boletin_GEIH_fueradela fuerzadetrabajo_ene23_mar23.pdf

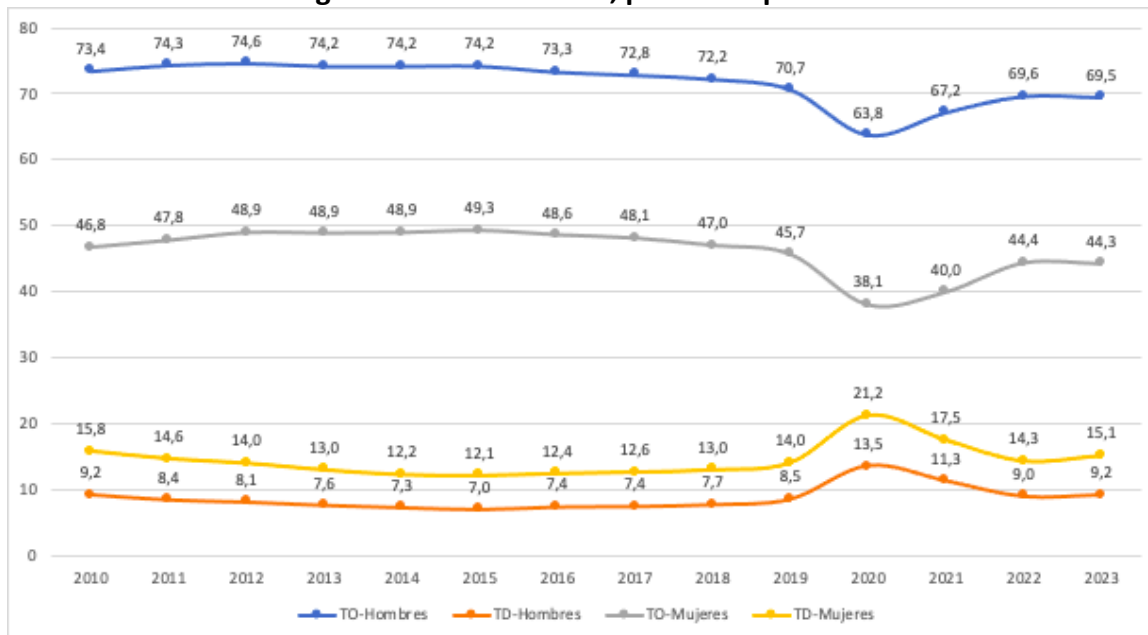
Figura 3. Evolución de los principales indicadores del mercado de trabajo en el siglo XXI. Total nacional, promedio por año



Fuente: Elaboración propia con base en datos del DANE – GEIH, metodología 2018.

Al realizar un análisis por sexo de nacimiento, se observa que las mujeres tienen una menor participación en el trabajo, ya que, del total de mujeres en edad de trabajar, para lo que va del 2023, tan solo el 44,3 % están ocupadas, en tanto que este porcentaje, en el caso de los hombres es del 69,5 %. Estas fuertes desigualdades se han mantenido durante todo el siglo XXI, lo que demuestra que es un problema constante en el tiempo que debe considerarse para crear mejores mecanismos de inclusión de las mujeres.

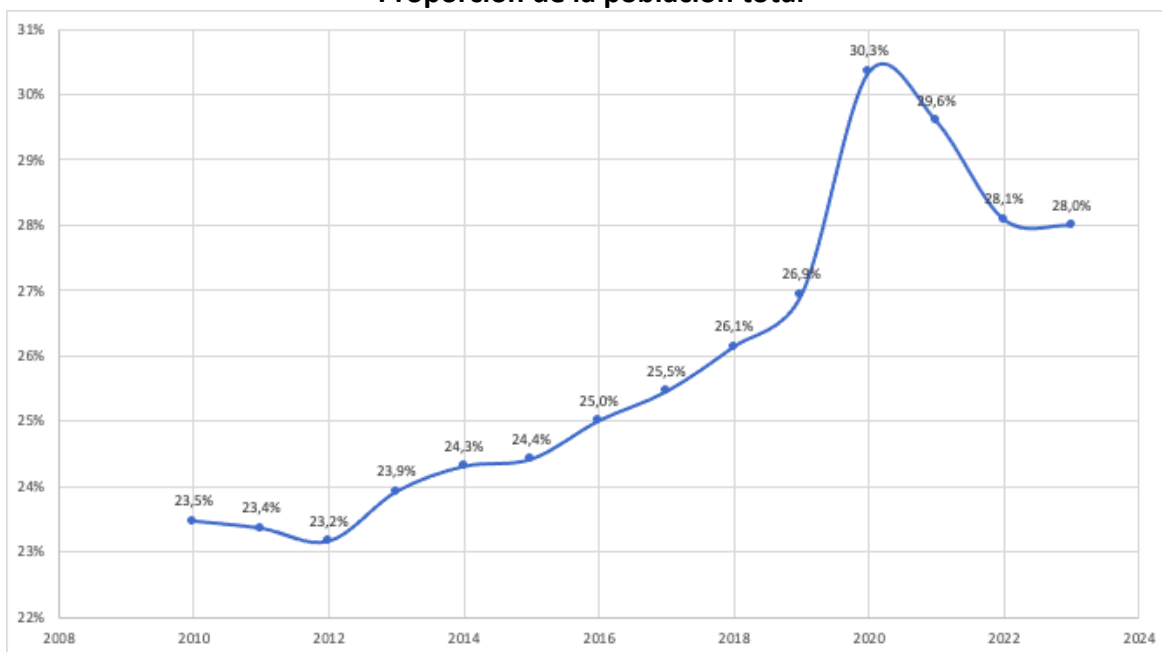
Figura 4. Evolución de los principales indicadores del mercado de trabajo por sexo en el siglo XXI. Total nacional, promedio por año.



Fuente: Elaboración propia con base en datos del DANE – GEIH, metodología 2018.

Otro aspecto que es importante considerar para esta reforma es la evolución de la población inactiva en Colombia. Como se observa en la figura 5, en los últimos 13 años se ha incrementado fuertemente la proporción de población inactiva en el país. Esto se puede explicar por dos razones: o existe un aumento de la población que no está en edad de trabajar —personas menores de 15 años— o las personas que eran activas en el mercado laboral dejaron de serlo, porque cesaron de trabajar o de buscar empleo. Dado que la PET ha aumentado, se puede concluir que la segunda razón es la que predomina. Esto resulta preocupante, toda vez que estas personas no contribuyen a la producción del país, pese a que varias de ellas todavía están en edad de alta productividad.

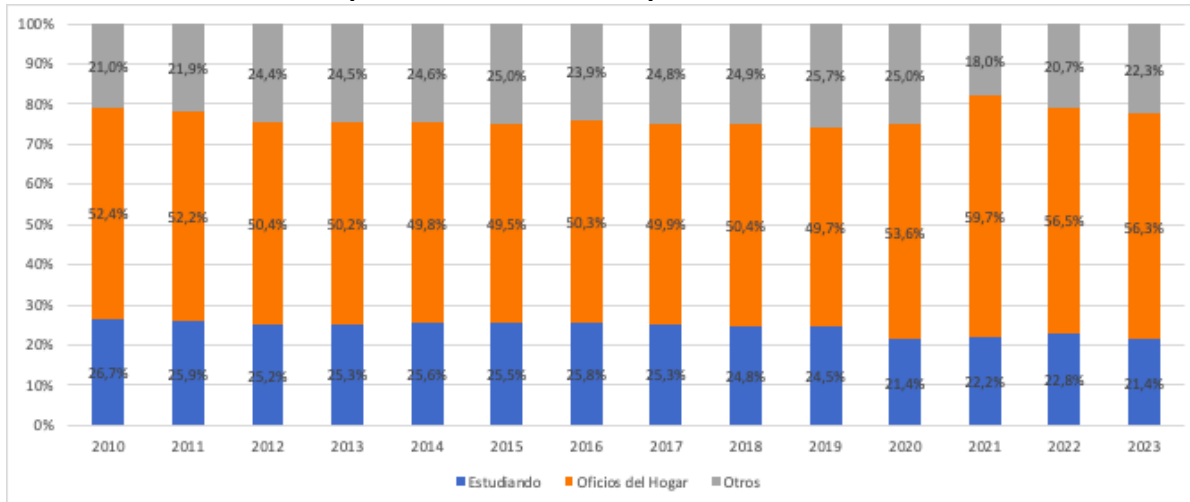
Figura 5. Evolución de la población inactiva de 2010-2023.
Proporción de la población total



Fuente: Elaboración propia con base en datos del DANE – GEIH, metodología 2018.

En términos de caracterización, la población inactiva se divide entre aquellos que están estudiando, las personas que se pensionaron o retiraron y quienes decidieron no hacer parte del mercado de trabajo. Los primeros dos subgrupos, realmente, resultan beneficiosos para la economía, por cuanto las y los estudiantes son la futura fuerza laboral que, además, estará mejor calificada y las personas pensionadas que no trabajan abren puestos de empleo a personas con mayor productividad. Sin embargo, quienes decidieron retirar se del mercado de trabajo sin ser estudiantes o haberse pensionado, son personas que podrían contribuir al PIB y su inactividad va en detrimento del crecimiento económico.

Figura 6. Actividades de la población fuera de la fuerza laboral de 2010-2023
Proporción del total de la población inactiva



Fuente: Elaboración propia con base en datos del DANE – GEIH, metodología 2018.

Los datos de la figura 6 permiten hacer un análisis de las actividades de la población inactiva (PI). Se observa que la mayoría de estas personas se dedican a los oficios del hogar¹¹ y dado que, entre 2010 y 2023, estas representan en promedio el 52,2 % de la PI, es posible concluir que existe una pérdida significativa de personas productivas.

Las cifras presentadas en este apartado permiten concluir que la situación del mercado de trabajo en Colombia necesita mejorar. A continuación, se listan algunos de los puntos en que se debe trabajar:

- Es importante aprovechar mejor el bono demográfico en el que se encuentra el país. Para esto, resulta fundamental generar mayores oportunidades laborales que absorban el crecimiento de la oferta laboral y que ayuden a recuperar la mano de obra productiva que se encuentra inactiva.
- Para reducir la brecha en materia de equidad de género, es necesario que se incentive la contratación de mujeres.
- Como aún se están viendo los efectos del choque económico de la pandemia, se debe procurar proteger los niveles de empleo actuales para evitar el deterioro de las condiciones de vida de la población.

¹¹ Es importante tener en cuenta que en este grupo de personas no se cuentan a aquellos trabajadores familiares sin remuneración, pero sí se consideran las madres y los padres que se dedican a las labores del hogar.

B. SALARIOS E INFLACIÓN

Una de las principales preocupaciones que ha suscitado la reforma laboral propuesta por el Gobierno gravita en torno a los costos laborales, dado que esta propone cambios que aumentarán el pago a los trabajadores. Esto también incide en los ingresos de los hogares, en sus niveles de consumo y, en consecuencia, en su bienestar.

En Colombia, durante el 2022, la distribución de los ocupados por rango salarial muestra que casi el 80% de trabajadores ganan menos de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) y que, de esta población, el 42,22% gana menos de un (1) SMMLV, en tanto que solo el 37,05% percibe entre uno (1) y dos (2) SMMLV. En la tabla 1 se pueden ver estos resultados.

**Tabla 1. Distribución de la población por rango de salario
Total nacional, 2022**

Rango salarial	Cantidad de ocupados	Proporción
Menos de 1 SMMLV	9.301.497	42,22 %
Igual o más de 1 SMMLV y menos de 2 SMMLV	8.163.282	37,05 %
Igual o más de 2 SMMLV y menos de 3 SMMLV	1.500.687	6,81 %
Igual o más de 3 SMMLV y menos de 4 SMMLV	731.200	3,32 %
Igual o más de 4 SMMLV y menos de 5 SMMLV	441.166	2,00 %
Igual o más de 5 SMMLV y menos de 10 SMMLV	619.610	2,81 %
Igual o más de 10 SMMLV	1.274.737	5,79 %
Total	22.032.180	100 %

Fuente: Cálculos propios con base en datos del DANE – GEIH, metodología 2018.

Estas cifras son alarmantes, puesto que la mayoría de trabajadores se encuentra en los rangos salariales más bajos. Aun así, es importante comparar la evolución del salario mínimo real¹², ya que esta tiene en cuenta el índice de precios al consumidor (IPC), lo que permite analizar si los hogares que reciben un salario mínimo han perdido poder de compra en la economía nacional y, por lo tanto, volviéndose más pobres.

La tabla 2 muestra que el salario real aumentó hasta el 2020, pero luego se desplomó a niveles parecidos a los de prepandemia. Es decir, la inflación de 2021 y 2022 ha empobrecido a los hogares de menores ingresos, siendo este un fenómeno aún más pronunciado para quienes reciben menos del salario mínimo. Dado que la mayoría de la población se encuentra en este rango de ingresos, la situación actual de las y los trabajadores está empeorando en términos de su remuneración laboral, pues cada año tienen menor capacidad de compra, lo que también afecta el consumo agregado. En

¹² El salario mínimo real no se calcula con el IPC total, sino con el IPC para ingresos bajos, que incluye a las personas pobres y vulnerables.

consecuencia, esto se refleja en menor demanda agregada que, a su vez, frena el aumento de las ganancias de las empresas y el crecimiento económico.

Tabla 2. Evolución del salario mínimo real¹³ en pesos entre 2013-2021

Año	Nominal - pesos		Real - pesos	
	Salario mínimo	SM + AuxTransp	Salario mínimo	SM + AuxTransp
2013	589.500	660.000	7.208	862
2014	616.000	688.000	7.331	857
2015	644.350	718.350	7.282	836
2016	689.455	767.155	7.215	813
2017	737.717	820.857	7.434	838
2018	781.242	869.453	7.655	864
2019	828.116	925.148	8.496	996
2020	877.803	980.657	9.607	1.126
2021	908.526	1.014.980	9.538	1.118
2022	1.000.000	1.117.772	8.583	1.011

Fuente: Cálculos propios con base en datos del DANE – IPC.

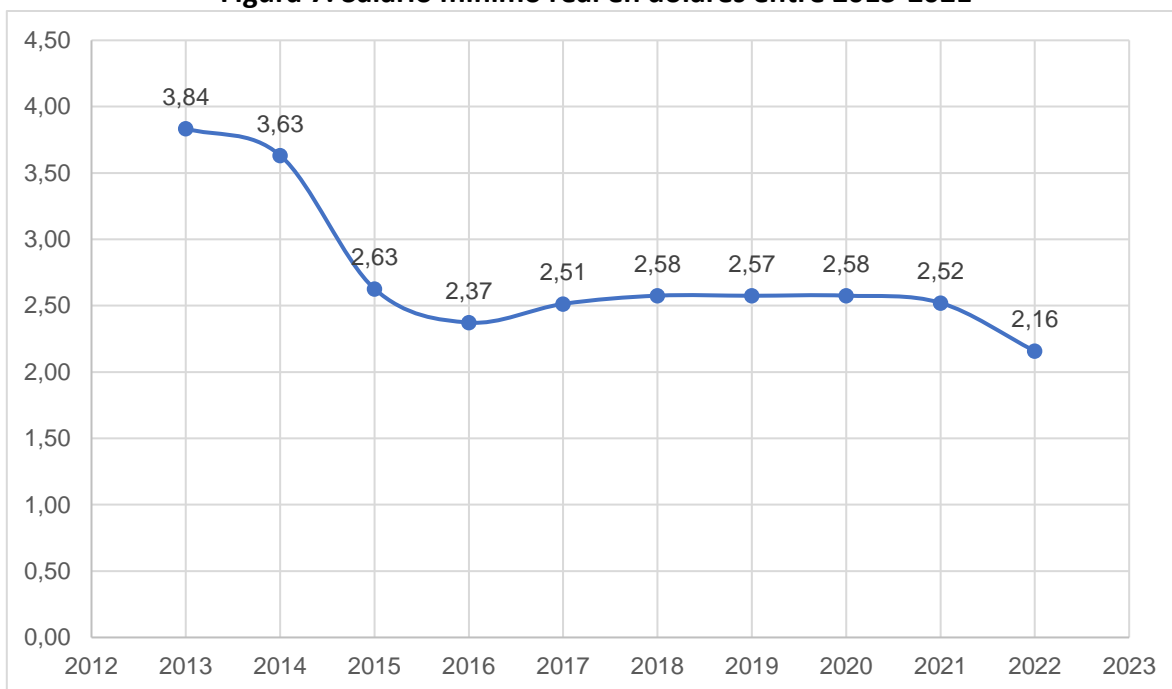
Lo anterior resulta aún más preocupante cuando se convierte el salario mínimo real a dólares. Este indicador muestra cuál es el poder adquisitivo de los hogares con un (1) SMMLV en el mercado internacional y, sobre todo, para adquirir aquellos productos que se importan para la producción y consumo.

Tal como lo muestra la figura 7, el salario mínimo real, en dólares, ha empeorado desde 2014, llegando a un mínimo de 2,16 en el 2022. Es decir, que la capacidad de compra de bienes importados ha caído en un 43,8 %, desde el 2013. Si se tiene en cuenta que las importaciones de bienes de consumo representan el 20,4 % del total de importaciones y que la tasa de cambio se depreció en 34 % entre 2017 y 2023, se tiene un efecto negativo¹⁴ sobre la capacidad de compra de los hogares y, por consiguiente, una disminución de su bienestar.

¹³ El salario real es una medida que tiene en cuenta el efecto de la inflación sobre la capacidad de compra de las personas. Es decir que, a pesar de que una persona reciba el mismo salario nominal todo el año, en el transcurso de los meses pierde poder adquisitivo porque los precios van aumentando, y esta disminución la refleja el salario real. Por ejemplo, si se determina en enero que a una persona le pagarán 1000 pesos mensualmente, durante todo el año parecerá que siempre gana lo mismo, pero si se tiene en cuenta que los precios de los bienes que consume aumentan 1% mensualmente, al final del año la persona ya no podrá comprar la misma cantidad que al principio con esos mil pesos.

¹⁴ Hay más importaciones que exportaciones.

Figura 7. Salario mínimo real en dólares entre 2013-2021



Fuente: Cálculos propios con base en datos del DANE – IPC.

Este análisis de la remuneración laboral muestra que las condiciones económicas nacionales e internacionales han deteriorado de manera progresiva la capacidad de consumo y de bienestar de los hogares. Cuando las personas se percatan de que cada vez les alcanza menos sus ingresos para la compra de su canasta básica de consumo, suelen reasignar su gasto para poder cubrir sus necesidades básicas.

Esta reorganización presupuestal se hace por medio de reducciones en las cantidades de compra, la sustitución de bienes más caros por bienes más baratos y la renuncia a adquirir bienes que, por el aumento en sus precios, se volvieron inalcanzables. Lo anterior implica que los ingresos de las empresas que venden productos y servicios a los hogares de menores ingresos también se reducen, lo que afecta su necesidad de mano de obra y, potencialmente, podría llevar al aumento del desempleo en el sector.

Los cálculos presentados muestran que la mayoría de la población ocupada no gana ni siquiera un (1) SMMLV. Dado que el nivel que se determina está altamente influenciado por la inflación esperada¹⁵ y la productividad de los trabajadores¹⁶, este grupo de personas no se encuentra regido por las normas establecidas para mantener el bienestar de los trabajadores y que, por lo tanto, están aún más expuestas a los cambios económicos y son

¹⁵ En este caso se miran predicciones de la inflación del año para el cual se está determinando el incremento del salario mínimo.

¹⁶ Gustavo Hernández, *Aspectos institucionales, Determinantes y Negociación del Salario Mínimo* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2007).

<https://economia.uniandes.edu.co/sites/default/files/seminariocede/Salario-Minimo.pdf>

más proclives a no tener una remuneración justa con respecto a su aporte en la producción. En otras palabras, la mayor parte de la fuerza laboral en Colombia es extremadamente vulnerable.

C. INFORMALIDAD

Una de las características principales de los ocupados en Colombia es que la mayoría son informales. Para el análisis que se hace de este factor, en este documento se ha utilizado la nueva definición de informalidad adoptada por el DANE, que es comparable con las definiciones propuestas por la Organización Internacional del Trabajo y según la cual los ocupados informales

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

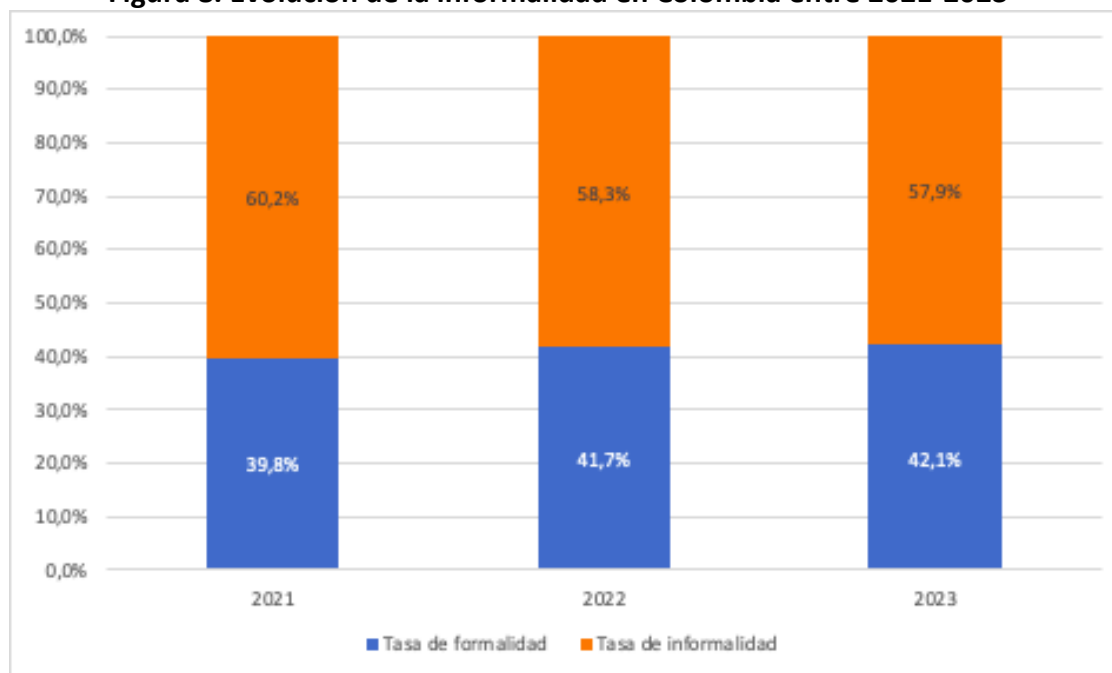
1. Los empleados particulares y los obreros que laboran en establecimientos, negocios o empresas que no se encuentran registradas ante la cámara de comercio;
2. Los empleados particulares y los obreros que laboran en establecimientos, negocios o empresas que no poseen una contabilidad completa o simplificada que les permita realizar una efectiva separación de sus gastos;
3. Los empleados particulares y los obreros que laboran en establecimientos, negocios o empresas que ocupen hasta cinco personas en todas sus agencias y sucursales, incluyendo al patrono y/o socio;
4. Los trabajadores por cuenta propia y los patrones empleadores que laboran en establecimientos, negocios o empresas que no se encuentra registrada ante cámara y comercio;
5. Los trabajadores por cuenta propia y los patrones empleadores que laboran en establecimientos, negocios o empresas que no poseen una contabilidad completa o simplificada que les permita realizar una efectiva separación de sus gastos;
6. Los trabajadores por cuenta propia y los patrones empleadores que laboran en establecimientos, negocios o empresas que ocupen hasta cinco personas en todas sus agencias y sucursales, incluyendo al patrono y/o socio;
7. Los trabajadores por cuenta propia y los patrones empleadores que laboran en establecimientos, negocios o empresas que se encuentra registradas ante cámara y comercio, pero no han realizado la renovación del registro mercantil, que no poseen una contabilidad completa o simplificada que les permita realizar una efectiva separación de sus gastos y que ocupen hasta cinco personas en todas sus agencias y sucursales, incluyendo al patrono y/o socio;
8. Los empleados particulares y los obreros que no cuentan con cotización a salud ni a pensión por concepto de su vínculo laboral con el empleador que los contrató;
9. Los trabajadores familiares sin remuneración;
10. Los trabajadores Otro;

11. Se excluye a las entidades de gobierno y Organizaciones sin fines de lucro.¹⁷

Con esta definición no solo se logra determinar la informalidad desde las condiciones contables y de registro del establecimiento que emplea a las y los trabajadores, sino también desde la cotización a salud y pensión de estos hacen.

En 2022, los ocupados colombianos informales representaban el 58,3 % del total de los ocupados, pero en lo transcurrido de 2023 este porcentaje se ha reducido al 57,9 %. Es decir, el nivel de informalidad es extremadamente alto y aunque se ha reducido en 2,3 puntos porcentuales, todavía representa más de la mitad de la fuerza laboral.

Figura 8. Evolución de la informalidad en Colombia entre 2021-2023¹⁸



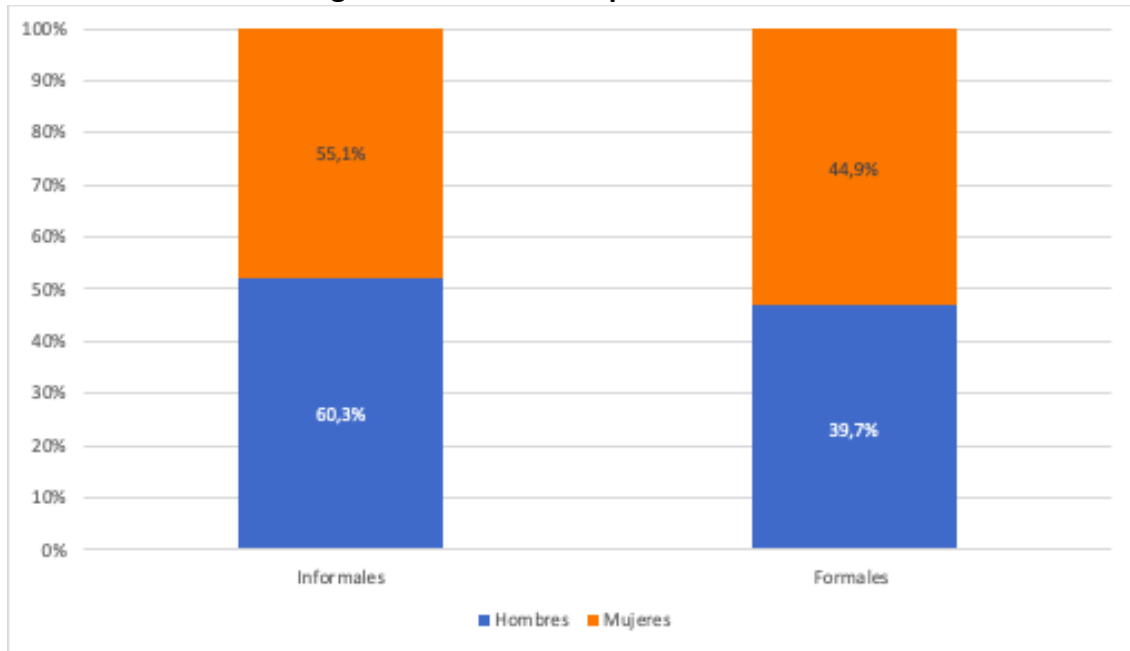
Fuente: Elaboración propia con base en datos del DANE – GEIH, metodología 2018.

En cuanto a la tasa de informalidad caracterizada por sexo, la figura 9 muestra que los hombres tienden más a la informalidad que las mujeres, lo que podría indicar que las mujeres que trabajan buscan más la seguridad en sus empleos que los hombres. Por otra parte, el hecho de que los hombres participen más en el mercado laboral, en comparación con las mujeres, también puede explicar la razón por la que esta población, represente un porcentaje más alto en los cálculos, pues —formales o informales— tienen mayor probabilidad de estar empleados y, por lo tanto, de tener esta condición.

¹⁷ DANE, *Boletín técnico. Gran encuesta integrada de hogares GEIH. Enero – marzo 2023* (Bogotá, 2012), 13-14. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_inactividad/boletin_GEIH_fueradela fuerzadetrabajo_ene23_mar23.pdf

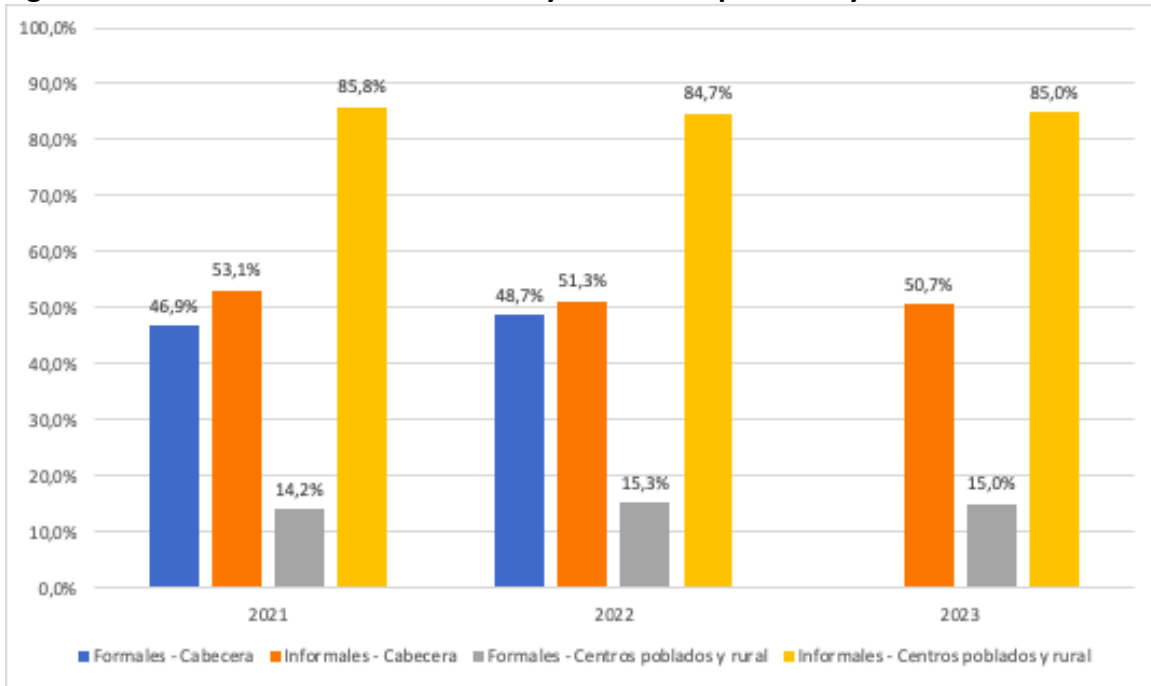
¹⁸ No se puede realizar un análisis previo, porque el DANE implementó la nueva definición de informalidad con el cambio de metodología de la GEIH, que permite recolectar los datos del mercado laboral colombiano.

Figura 9. Informalidad por sexo en 2022



Fuente: Cálculos propios con base en datos del DANE – GEIH, metodología 2018.

Figura 10. Informalidad en las cabeceras y los centros poblados y rural entre 2021-2023



Fuente: Elaboración propia con base en datos del DANE – GEIH, metodología 2018.

Al analizar la informalidad en los sectores urbano y rural, se encuentra que entre 2021 y lo transcurrido del 2023, en las cabeceras municipales¹⁹ la población informal rondaba el 50 % de los ocupados, mientras que la informalidad en los centros poblados y rural²⁰ era de más del 80 %. Esta diferencia es característica de los tipos de trabajos que se encuentran en cada una de estas categorías geográficas.

Por la cercanía y centralidad de los centros urbanos con respecto a las unidades administrativas gubernamentales, el control de registros y la facilidad para las afiliaciones a la seguridad social, los ocupados de las cabeceras son más propensos a la formalidad laboral. En cambio, en las zonas rurales, por no tener estas facilidades, los índices de informalidad suelen ser mayores.

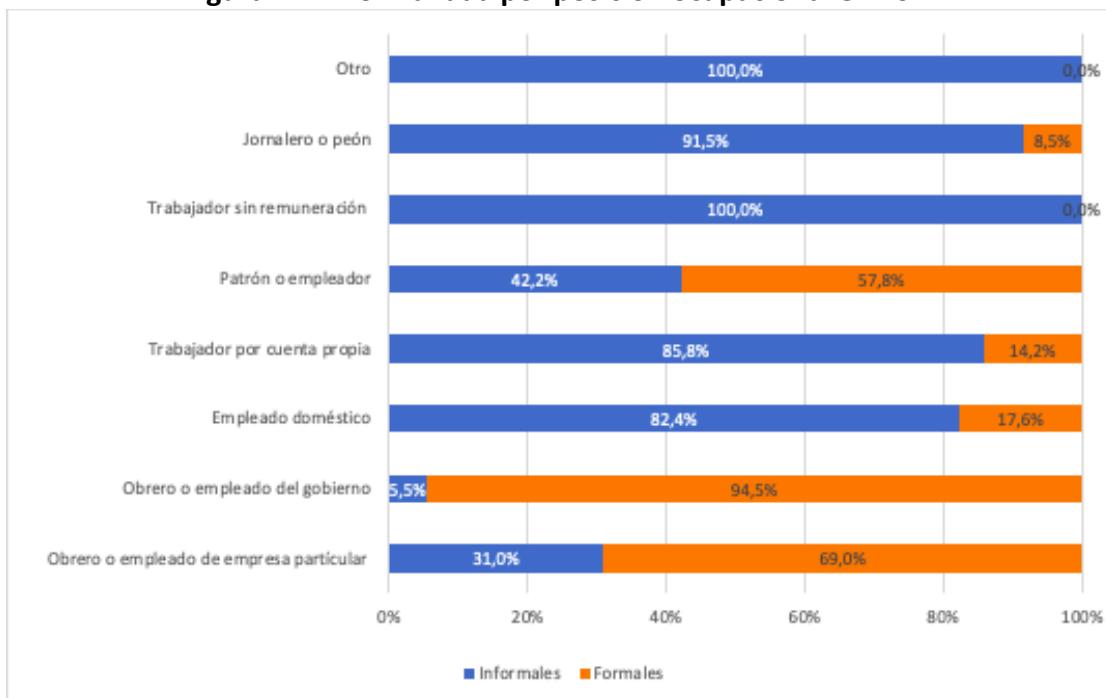
Los resultados por zonas dan lugar a preguntarse si la informalidad laboral tiene mayor incidencia en alguna posición ocupacional. En la figura 11 se observa que las y los trabajadores clasificados como jornaleros o peones, cuenta propia o empleados domésticos tienden más a la informalidad. Además, como es esperado, quienes trabajan sin remuneración o quienes se clasifican como “Otro” son informales. Por el contrario, las personas empleadas en empresa particular, el gobierno y quienes figuran como empleadores²¹ son en su mayoría formales.

¹⁹ Según el DANE, la cabecera es el área geográfica que está definida por un perímetro urbano, cuyos límites se establecen por acuerdos del Consejo Municipal. Corresponde al lugar en donde se ubica la sede administrativa de un municipio.

²⁰ Según el DANE, los centros poblados y rural son poblaciones que, si bien están aglomeradas y presentan características urbanas, no cuentan con la precisión de la autoridad municipal de que sí se trata de un caserío, de una inspección de policía o de un corregimiento municipal. Además, en esta categoría se incluye las áreas rurales que se caracterizan por la disposición dispersa de viviendas y explotaciones agropecuarias existentes en ella, y que no cuentan con un trazado o nomenclatura de calles, carreteras, avenidas y demás, u otras facilidades propias de las áreas urbanas.

²¹ Los empleadores informales están conformados por todos aquellos que quedaron clasificados bajo el sector informal. Es decir, que son de unidades económicas que no tienen registro mercantil en la Cámara de comercio y tampoco puedan ser clasificadas como cuasi-sociedades.

Figura 11. Informalidad por posición ocupacional en 2022



Fuente: Cálculos propios con base en datos del DANE – GEIH metodología 2018.

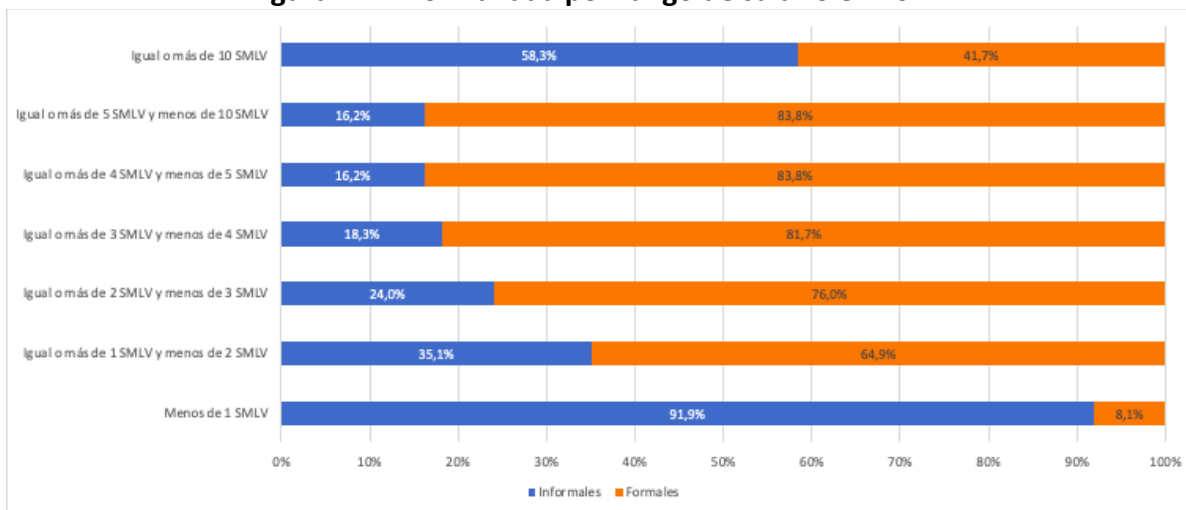
Si se comparan estos resultados con los que se presentan en la figura 10, es posible observar que las personas registradas como jornaleros se ubican en la zona rural, mientras que quienes se reportan como empleados gubernamentales y particulares se encuentran en las zonas urbanas.

La informalidad, medida por rango salarial, muestra que los rangos superior e inferior de la distribución presentan la mayor cantidad de informales.

Las personas con salarios superiores a diez (10) SMMLV se caracterizan por ser trabajadores por cuenta propia que tienen un nivel educativo alto y suelen dedicarse a trabajos como la consultoría, o se trata de empleadores que reciben altos ingresos derivados de su actividad económica. Dado que es su responsabilidad el pago de la seguridad social y los registros comerciales, existen muchos que prefieren no realizarlos.

Por otro lado, quienes ganan menos de un (1) SMMLV suelen ser trabajadores con empleos en empresas sin registros mercantiles, que no realizan el pago de seguridad social, pues para hacerlo, deben cotizar como mínimo sobre un (1) SMMLV. Además, estas obligaciones generan una presión mayor sobre el ingreso, ya que lo que ganan alcanza para lo mínimo de la canasta básica familiar.

Figura 12. Informalidad por rango de salario en 2022



Fuente: Cálculos propios con base en datos del DANE – GEIH, metodología 2018.

Los niveles altos de informalidad causan varias desventajas en la calidad del trabajo y el bienestar social, lo que se ha estudiado ampliamente en la literatura económica. Por ejemplo, del análisis hecho por Galvis y Pérez en su artículo “Informalidad laboral y calidad del empleo en la Región Pacífica colombiana”²², se concluye que las y los trabajadores con mayor probabilidad de ser informales hacen parte de las poblaciones más vulnerables — mujeres, trabajadores domésticos, trabajadores por cuenta propia o personas con bajos niveles de escolaridad— que, además, enfrentan altas probabilidades de tener trabajos de baja calidad²³.

Tal como se ve con la figura 12, esto afecta ampliamente la remuneración salarial de los colombianos y, en consecuencia, los niveles de consumo, ingresos y crecimiento económico.

²² GALVIS APONTE, Luis Armando, PÉREZ VALBUENA Gerson Javier. Informalidad laboral y calidad del empleo en la Región Pacífica colombiana. Bogotá: Banco de la República. 2015.

https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/dtser_233.pdf

²³ En este estudio se usa el índice multidimensional de calidad del empleo (IMCE) propuesto por Gómez et al. (2015).

II. ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE UNA REFORMA LABORAL

¿Qué tipo de reforma necesita el país? Cuando el Gobierno anunció que presentaría un proyecto de reforma laboral no era claro si el alcance sería resolver asuntos de desempleo, informalidad o devolver a los trabajadores algunos de los derechos que habían sido restringidos mediante reformas laborales anteriores y que, en campaña electoral, se ofreció restablecer. El 4 de abril de 2023, la ministra del Trabajo manifestó claramente que lo que se buscaba con esta propuesta de reforma no era la generación de empleo, sino mejorar las condiciones de los trabajadores y garantizar sus derechos, pues es de esperar que la generación de empleo como política de Estado, se garantice a través de los programas del Plan Nacional de Desarrollo²⁴.

Ideas principales

- Esta propuesta de reforma no debe ser tramitada como ley ordinaria o ley estatutaria en su totalidad. El proyecto de ley es mayoritariamente ordinario, pero el capítulo 3, relacionado con el derecho a la huelga debería tramitarse como una ley estatutaria por lo exhaustivo que resulta la regulación de derecho a la huelga.
- La estabilidad laboral no puede ser entendida de manera ilimitada o absoluta. Debe entenderse el contexto del mercado laboral colombiano y las implicaciones económicas que la misma conlleva.
- En materia de estabilidad reforzada, con el proyecto de reforma laboral se hacen más rígidos ciertos fueros como el de maternidad o prepensión. Por su parte, en el tema de la estabilidad laboral reforzada por salud, el proyecto de ley acoge la postura de la Corte Constitucional, según la cual todo trabajador que tenga una afectación de la salud que impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus funciones está protegido. Esto puede generar rigidez e inequidad en el mercado laboral, en la medida que los empleadores pueden tener en cuenta el estado de salud como criterio determinante en la contratación.
- El artículo 10 del proyecto de reforma puede generar inseguridad jurídica, por cuanto refiere a despidos arbitrarios sin indicar en qué consisten. En consecuencia, surge la duda de si se refiere a los despidos sin justa causa o lo tiene como un sinónimo del despido discriminatorio.

²⁴ "El objetivo de la reforma laboral no es generar empleo, sino mejorar condiciones laborales: Mintrabajo", *Forbes Colombia*, 10 de abril de 2023, ["https://forbes.co/2023/04/10/economia-y-finanzas/el-objetivo-de-la-reforma-laboral-no-es-generar-empleo-mintrabajo](https://forbes.co/2023/04/10/economia-y-finanzas/el-objetivo-de-la-reforma-laboral-no-es-generar-empleo-mintrabajo)

A. TRÁMITE LEGISLATIVO DEL PROYECTO DE LEY

El primer aspecto que se debe tener en cuenta es la oportunidad en la presentación de la ley, toda vez que esta se radicó al final de la primera legislatura²⁵. Dada la importancia de los temas que el proyecto de ley aborda, este debió haberse presentado al inicio de la legislatura, lo que habría permitido una discusión más enriquecedora que involucrara a todos los sujetos interesados en debates y discusiones amplias y abiertas.

El tema de oportunidad cobra un papel relevante si se tiene en cuenta que en este periodo legislativo el tiempo es muy reducido y que el Congreso debe tramitar otros proyectos de relevancia como el Plan Nacional de Desarrollo o el proyecto de reforma del sistema de salud.

Es importante plantear cuál es la tipología legal que resulta más pertinente para tramitar la reforma propuesta. La Corte Constitucional, a lo largo de treinta años, ha creado una jurisprudencia sobre la forma en que deben tramitarse las leyes y el carácter de estas. Tratándose de derechos fundamentales, la regla general es que prevalece la competencia ordinaria del Congreso para tramitar una ley ordinaria, porque la obligación del Legislador de acudir a la legislación estatutaria debe ser excepcional²⁶.

El Gobierno nacional debe, por excelencia, expedir leyes ordinarias ya que es el medio para maximizar el principio democrático y para que el Congreso tenga capacidad de innovar y cambiar el ordenamiento.

Según la sentencia C-295 de 2002, una ley será estatutaria cuando

- se va a regular el derecho fundamental de manera estructural y completa,
- se impacte el núcleo esencial, o
- cuando se refiera a elementos estructurales que indiquen que se está afectando el derecho²⁷.

Los mínimos que hacen parte del derecho al trabajo y las cuestiones que se circunscriben al artículo 53 de la Constitución Política constituyen el núcleo esencial del derecho laboral. Cuando se regula de manera completa e integra un derecho, es que se recurre a una ley estatutaria, por esto, no todo lo relacionado al derecho al trabajo debería tener una regulación de carácter estatutario. La Corte Constitucional ha determinado que el derecho al trabajo es un derecho fundamental, pero eso no implica que el estatuto del trabajo o una reforma laboral que se vaya a presentar deba ser regulada por ley estatutaria, pues el

²⁵ Constitución Política de Colombia, art. 138.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-212 de 2022 (M.P. Alejandro Linares Cantillo, 15 de junio de 2022), en la que se reitera la excepcionalidad del legislador estatutario.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-295 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis, 23 de abril de 2002), sobre los requisitos para que una ley se tramite como estatutaria.

trámite de esta, como se ha indicado, se debe dar cuando se trate de una regulación completa, estructural y que impacte el núcleo esencial del derecho.

Al revisar el proyecto de ley, se encuentra que los primeros sesenta artículos que regulan diferentes aspectos del derecho laboral se refieren a contenidos propios de una ley ordinaria. Sin embargo, por su desarrollo estructural y alcance, el capítulo tercero, relacionado con el derecho a la huelga, debería ser tramitado como ley estatutaria, por su regulación exhaustiva, en la medida que determina cómo debe ser la huelga en servicios esenciales, los requisitos para una huelga contractual, cómo esta debe desarrollarse, cuáles deben ser las funciones de la autoridad, entre otros aspectos.

Determinar el trámite que se le debe dar a la reforma propuesta es importante, ya que no es lo mismo radicarla como proyecto de ley ordinaria que como uno de ley estatutaria. La ley estatutaria requiere una mayor cantidad de debates, una mayoría absoluta para su aprobación y requiere un control previo de constitucionalidad.

La solución para la situación que se plantea con el proyecto de ley sería una especie de saneamiento legislativo, en virtud del principio de instrumentalidad de las formas. A partir de este “se entiende que los procedimientos no son un fin en sí mismo, sino que se justifican en atención a la existencia de otros altos propósitos de interés público, entre ellos la seguridad jurídica, el debido proceso, la transparencia, la participación o el respeto a la voluntad de las mayorías”²⁸. Lo anterior quiere decir que, además de la posibilidad de corregir los defectos que puedan presentarse en el trámite de una ley, no toda irregularidad en el procedimiento necesariamente conducirá a la inexecutable de la norma jurídica, por tanto, podría surtir un saneamiento que permita seguir adelante con el proyecto.

En los textos legales puede haber contenidos orgánicos y otros estatutarios. Es allí cuando las comisiones respectivas juegan un papel importante, pues deben aprobar y advertir que los artículos con reserva de ley estatutaria deben ser aprobados con las mayorías requeridas constitucionalmente para no afectar el procedimiento legislativo.

En resumen, al hacer un estudio completo del proyecto de reforma laboral, se estima conveniente que esta se tramite como ley ordinaria, salvo el capítulo tercero relacionado con el derecho a la huelga que, tal como está planteado, debe tramitarse como ley estatutaria, por cuanto se desarrolla de manera amplia y estructural, y con este se afecta el núcleo esencial del derecho.

Por otra parte, para evitar incurrir en vicios es aconsejable que dicho capítulo tenga control previo de constitucionalidad. En este punto es importante resaltar que, por tratarse de una

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-386 de 2014 (M.P. Andrés Mutis Vanegas, 25 de junio de 2014), sobre el principio de instrumentalidad de las formas.

ley estatutaria, debería aprobarse dentro de una misma legislatura²⁹, esto es para el 20 de junio de 2023, con la mayoría establecida en el artículo 153 de la Constitución Política³⁰.

1. UNIDAD DE MATERIA

Sobre la *unidad de materia*, la Constitución Política, en el artículo 158, dice lo siguiente:

Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas.

Por otra parte, el artículo 53 indica que el Congreso debe expedir el estatuto del trabajo. Sin embargo, es claro que este proyecto no es un estatuto, sino una reforma de algunas disposiciones vigentes.

Dentro del texto de propuesta de reforma se presentan una serie de normas que, en principio, por tratar asuntos laborales o del trabajo tienen relación entre sí, pero más allá de esto, vale la pena preguntarse si en realidad existe una sistematicidad en el documento, pues se incluyen materias que deberían tramitarse en proyectos distintos. Por ejemplo, en el proyecto de ley hay disposiciones para trabajadores privados, trabajadores públicos, trabajadores económicamente dependientes, trabajadores agropecuarios, migrantes, deportistas y para contratos civiles.

Frente al artículo 158 de la Constitución, relativo a la unidad de materia, el proyecto podría pasar dicho control constitucional, en la medida que no es solo una reforma parcial del Código Sustantivo del Trabajo (CST), sino que, como su nombre lo indica, se trata de una reforma laboral para el trabajo digno y decente. Sin embargo, abordar tantos temas de distinta índole en una sola propuesta y que estos queden en un solo texto normativo, no es conveniente por la falta de sistematicidad que resultaría de la misma. Basta pensar en que, si el proyecto fuera aprobado en su totalidad, varios de los artículos quedarían en el CST, pero otros tanto no.

B. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO LABORAL

El proyecto de ley presentado por el Gobierno busca modificar el artículo primero del CST para incluir los principios constitucionales enunciados en el artículo 53 de la Carta Política y los principios relativos a los derechos fundamentales en el trabajo a los que se refiere la Declaración de la OIT de 1998, lo cual es innecesario.

²⁹ Constitución Política de Colombia, art. 138.

³⁰ Constitución Política de Colombia, art. 153.

Lo anterior, no supone una modificación sustancial de la legislación laboral, en la medida que se limita a incorporar el contenido del artículo 53 en el CST, señalando que este sería aplicable a todo tipo de trabajadores, junto con los principios fundamentales de la OIT. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha sostenido que la efectividad de los principios establecidos en el mencionado artículo no depende de su regulación por parte del legislador, sino que deriva directamente del valor normativo de la Constitución, conforme a lo previsto en su artículo cuarto³¹.

Otro tanto sucede con los principios fundamentales del trabajo de la OIT, pues los convenios que los desarrollan han sido incorporados al bloque de constitucionalidad en diversas sentencias³², de modo que su aplicación a las relaciones de trabajo deriva de los mandatos superiores, incluso sin la consagración legal expresa que pretende incluir la propuesta de reforma.

C. PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL

Una de las motivaciones del proyecto de reforma es mejorar los niveles de estabilidad de los trabajadores, para lo cual se da prevalencia a la vinculación laboral mediante contratos de trabajo a término indefinido y se crean varias restricciones para el uso de los contratos a término fijo y por duración de la obra o labor contratada. Asimismo, se establece legalmente la figura de la estabilidad laboral reforzada y se promueve la estabilidad mediante la consagración de nuevas posibilidades de declaratoria de ineficacia de las terminaciones de los contratos con el consecuente reintegro. Además, se incrementan los montos de las indemnizaciones por despido sin justa causa.

Aspectos jurídicos

La estabilidad laboral en Colombia se encuentra consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política, como uno de los principios mínimos fundamentales del trabajo.

Según la Corte Constitucional, esta opera como un mandato constitucional por el cual se establece que el trabajador tiene derecho a conservar su trabajo, según la modalidad contractual de duración pactada entre las partes, “excluyendo la posibilidad de que el empleador sea absolutamente libre para prescindir de los servicios acordados, al sujetar la facultad de terminación del contrato de trabajo a varias reglas que, teniendo en cuenta la voluntad de los contratantes o la carencia de ella, consagran distintas condiciones previas para poder adoptar válidamente una decisión...”³³.

³¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1064 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, 10 de octubre del 2001).

³² A modo de ejemplo, los convenios 87 y 98 fueron incorporados al bloque mediante sentencia T-568 de 1999, mientras que los convenios 138 y 182 lo fueron en la sentencia C-170 de 2004.

³³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-449 de 2020 (M.P. Alejandro Linares Cantillo, 15 de octubre del 2020).

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional ha explicado que “la estabilidad en el empleo no es una categoría homogénea que se aplique por igual a todas las personas, ya que depende del vínculo laboral y de las características personales del trabajador”³⁴. Por ello, ha mencionado que

- existe una estabilidad precaria para quienes pueden ser despedidos sin que se evidencie una justa causa y sin tener derecho a una indemnización, como sucede con quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción;
- hay una estabilidad laboral impropia cuando el empleador puede despedir con justa causa o sin justa causa, pero pagando una indemnización al trabajador, y
- una estabilidad absoluta o reforzada, cuando el vínculo solo puede ser terminado “ante la existencia de una justa causa, sin importar si el contrato de trabajo es a término fijo o indefinido. De lo contrario, el despido se torna ineficaz y se debe reintegrar al trabajador en los casos en que resulte pertinente”³⁵.

Otra posible definición de estabilidad podría ser la expuesta por Jairo Villegas Arbeláez, para quien, a grandes rasgos, se trata del “derecho de permanencia de quien trabaja, mientras subsista la materia de la relación del trabajo y no se le aduzca y compruebe una justa causa de terminación de la relación de trabajo”³⁶.

D. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

La figura de la estabilidad laboral reforzada es de creación jurisprudencial. Por ello, la novedad del artículo 7 del proyecto de reforma radica en que se establece quiénes tienen derecho a este tipo de estabilidad. Allí se incluye, además de varias de las categorías que ha fijado la jurisprudencia, a los trabajadores que gozan del fuero sindical.

De acuerdo con dicho artículo, las personas que se encuentren en cualquiera de las situaciones que en él se mencionan solo podrán ser desvinculadas cuando exista justa causa o causa legal, siempre y cuando su empleador cuente con autorización del inspector del trabajo. La única excepción aplica a los trabajadores amparados por el fuero sindical, frente a quienes se exige la autorización del juez laboral.

Las categorías incluidas en el texto de la reforma propuesta coinciden, casi en su totalidad, con las que actualmente se encuentran previstas en la ley o en la jurisprudencia, sin embargo, omitieron incluir en estas categorías a las madres o padres cabeza de familia. Cabe precisar, que esta omisión no significa que no tengan esa estabilidad, en la medida que la Corte Constitucional ha señalado que se trata de una protección que deriva

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-449 de 2020.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-449 de 2020.

³⁶ Jairo Villegas Arbeláez, *Derecho Administrativo Laboral* (Bogotá: Legis Editores, 2016), 271.

directamente de los artículos 13³⁷ y 43³⁸ de la Constitución³⁹, por tanto, para su aplicación no se requiere desarrollo a nivel legal.

Frente a esto debe señalarse que puede resultar inconveniente el hecho de que, en la mayoría de los casos de estabilidad laboral reforzada, la autorización para proceder con el despido se deba tramitar ante el inspector del trabajo. La inconveniencia de este trámite se extrae de la experiencia, debido a que los inspectores del trabajo no tienen la posibilidad de declarar derechos⁴⁰, pues esta facultad le corresponde es a los jueces, por tanto, por el riesgo de que se considere que autorizar un despido o autorizar que un empleador invoque una causa legal para terminar un contrato de trabajo, es una forma de declarar derechos, estarían excediendo sus competencias, y por tanto, terminan negando la autorización.

Asimismo, debe considerarse que los tiempos de respuesta de la inspección del trabajo pueden ser inadecuados para resolver sobre este tipo de autorizaciones, por lo que será necesario estudiar lo indicado por la OIT y su oficina de proyectos en Colombia. Esto permitirá determinar si se debe ampliar la planta de inspectores del Ministerio del Trabajo —con el fin de atender en debida forma esta función— o si, por el contrario, la falta de oportunidad para resolver este tipo de trámites se debe a otros factores. En el segundo caso, además, se debería determinar cómo estos se deben resolver para no afectar a las empresas ni a los trabajadores en la definición de este tipo de autorizaciones.

Por lo anterior, lo más conveniente sería fijar un procedimiento con términos precisos y unos criterios objetivos que le permitan a los inspectores cumplir adecuadamente esa función que se les atribuye frente a las autorizaciones de despido a las que se refiere el artículo 7 del proyecto de reforma.

Una consideración importante en el proyecto, de cara a equilibrar las garantías brindadas a los trabajadores con las cargas impuestas a los empleadores, es la contenida en el párrafo segundo del artículo 7. En esta se excluye de la protección de estabilidad laboral reforzada a quienes fueron contratados, conociéndose la condición que le generaría dicha protección. Así, en el caso de las personas con fuero de salud, en situación de discapacidad, fuero de maternidad y paternidad o en situación de prepensión no será necesaria la autorización del

³⁷ El artículo 13 obliga al Estado a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y a adoptar medidas a favor de grupos tradicionalmente discriminados o marginados. Precisamente, la Corte Constitucional ha señalado que el principio de igualdad “implica el deber de reconocer y brindar un trato especial y diferenciado a los grupos de personas que tienen un alto grado de vulnerabilidad o que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-084 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 5 de marzo de 2018).

³⁸ El artículo 43 consagra la obligación del Estado de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

³⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-803 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla, 12 de noviembre de 2013).

⁴⁰ CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. Artículo 486 “... La imposición de multas, de otras sanciones o de otras medidas propias de su función como autoridades de policía laboral por parte de los funcionarios del Ministerio del Trabajo que cumplan funciones de inspección, vigilancia y control, no implican en ningún caso, la declaratoria de derechos individuales o definición de controversias”.

inspector del trabajo para su desvinculación cuando, además de conocerse la condición, se deje expresa constancia de aquella en el contrato.

Esta se trata de una medida que puede contribuir a eliminar las barreras de acceso al mercado de trabajo que, hoy en día, afectan a trabajadores que se benefician de la estabilidad laboral reforzada, posiblemente como consecuencia de la rigidez existente para la terminación de los contratos, incluso cuando existe una justa causa o causa objetiva de desvinculación. Esta circunstancia fue puesta de presente por la propia Corte Constitucional en la sentencia SU-075 de 2018 y sirvió como uno de los fundamentos para modificar el precedente en lo relacionado con el conocimiento del empleador frente al fuero de maternidad⁴¹.

En relación con las categorías concretas de sujetos protegidos, se encuentran modificaciones relevantes en los siguientes aspectos:

- En cuanto al fuero de prepensionados, el proyecto considera que gozarán de esta condición las personas a las que les falten tres (3) años o menos para cumplir el mínimo de semanas de cotización o que, habiéndolas alcanzado, les falte tiempo para cumplir la edad. En este punto, se contraría la jurisprudencia constitucional vigente, la cual sostiene que, si una persona ya cumplió la densidad de semanas requeridas y solo le falta cumplir el requisito de edad, no se considera prepensionada, en la medida que el requisito de la edad se puede alcanzar con o sin cotizaciones al sistema, sin que se vea frustrado el derecho pensional⁴².
- Con respecto al fuero de salud, se prevé su aplicación para las personas que tienen una situación clínica que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño del cargo para el cual fueron contratadas, lo que implica acoger la definición de debilidad manifiesta por salud dada por la jurisprudencia constitucional⁴³.
- Las personas en situación de discapacidad se dejan en una categoría distinta del fuero de salud, al señalar que serán objeto de protección constitucional quienes tengan una limitación física, mental, sensorial o intelectual a mediano o largo plazo sin importar la escala. Esto implica una ampliación en el ámbito subjetivo de protección de la estabilidad laboral reforzada, ya que, para estos efectos, no resultará relevante la escala de la discapacidad, como tampoco que exista una calificación de pérdida de capacidad laboral. Esto corresponde a que en el proyecto

⁴¹ "Por ende, los anteriores datos demuestran que el hecho de desnaturalizar las acciones afirmativas para las mujeres en el ámbito laboral, al establecer medidas que no tienen fundamento en la discriminación contra las mujeres en el empleo, sino en el principio de solidaridad para la familia, contraviene los artículos 13, 25 y 43 de la Constitución. En efecto, al generar un sobre costo para la contratación femenina en edad reproductiva respecto a la masculina, se contribuye a fomentar espacios de mayor discriminación para las mujeres, aspecto que implica imponer barreras en su acceso a la fuerza laboral". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-075 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 24 de julio de 2018).

⁴² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-003 de 2018 (M.P. Carlos Bernal Pulido, 8 de febrero de 2018).

⁴³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-380 de 2021 (M.P. Diana Fajardo Rivera, 3 de noviembre de 2021).

de ley se asuma la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en contravía de la posición de la Corte Suprema de Justicia que ha establecido que la protección es para quienes tienen una pérdida del 15% o más de su capacidad laboral.

En relación con estas dos últimas categorías, es importante señalar que la sentencia SU-087 de 2022 definió una serie de criterios que permiten establecer cuándo se entiende que una persona se encuentra en situación de debilidad manifiesta por salud y, por tanto, cobijada por la estabilidad laboral reforzada. En ese sentido, algunos aspectos que deberán tener en cuenta los jueces son los siguientes:

- el examen médico de egreso da cuenta de la existencia de la enfermedad;
- existen incapacidades de varios días, vigentes al momento de la terminación del contrato;
- la enfermedad es diagnosticada en el mes previo al despido, entre otras⁴⁴.

Sin embargo, las anteriores consideraciones parecen ser insuficientes, porque sigue siendo un concepto abierto e indeterminado que debe ser dotado de contenido por el juez en cada caso concreto. Además, se deja de lado lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual afirma que no toda enfermedad puede llegar al exceso de generar estabilidad. Como se advierte desde la doctrina, esta situación conduce a que “en la práctica judicial no haya univocidad respecto a los criterios y requisitos aplicables a la garantía en mención, situación que deviene en inseguridad jurídica tanto para empleadores como trabajadores”⁴⁵.

En este punto, cabe preguntarse si los fueros establecidos en el artículo 7 del proyecto de ley constituyen una forma adecuada para responder a la necesidad de fortalecer el mercado laboral. En términos generales, esta propuesta legislativa plantea una estabilidad laboral más amplia, lo que genera un impacto en el aspecto económico y en el mercado laboral, pues se ha evidenciado que entre mayor sea la protección que se pretenda brindar a las personas, esta resulta menos efectiva⁴⁶. Lo anterior, debido a que se crea un sesgo en contra de la empleabilidad de quienes padecen cualquier afectación de salud, así esta no sea incompatible con el cargo, pues de manera indirecta se estaría promoviendo que, para trabajar, una persona debe estar completamente sana, lo que difícilmente pasa. Además, este planteamiento genera un nuevo sesgo discriminatorio en contra de las personas de más edad, que por la etapa de vida en la que se encuentran son más susceptibles a padecer enfermedades o tener mayores dificultades para incorporarse al mercado de trabajo.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-087 de 2022 (M.P. Jose Fernando Reyes Cuartas, 9 de marzo de 2022).

⁴⁵ Jorge Benítez, Katerine Bermúdez y Cristian Orozco, *Estabilidad laboral por debilidad manifiesta en salud: omisión estatal, inseguridad jurídica y alternativas para remediarlas* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018), 135.

⁴⁶ Juanita González Andrade, *Estabilidad laboral reforzada por salud: inamovilidad por debilidad manifiesta* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2016), 53.

También resulta importante cuestionarse si la reforma laboral planteada por el Gobierno, al reforzar el concepto de estabilidad, descarga en el empleador —en cierto sentido— una responsabilidad que hoy en día tiene el sistema de seguridad social integral. En efecto, la seguridad social, como figura previsional, es importante frente al mercado laboral, porque tiene como función esencial gestionar el riesgo que genera la actividad laboral, de tal forma que la obligación de seguridad y salud en el trabajo no resulte tan onerosa para el empleador, se logre una protección integral a los trabajadores y haya un nivel eficiente de productividad para la empresa. Así las cosas, es necesario analizar la pertinencia de la “estabilidad” propuesta en el proyecto de ley que presenta el Gobierno en materia presupuestal, por el costo que conlleva, pero también en relación con el rol que juega el sistema de seguridad social en el mercado laboral.

La propuesta reforma no tiene en cuenta aspectos centrales como lo dispuesto por el artículo 47 de la Constitución Política en relación con las políticas públicas en materia de rehabilitación e integración social de las personas. Particularmente, descuida a quienes tienen afectaciones de salud y trabajan en micro o pequeñas empresas en las que, dadas las limitaciones por el reducido número de puestos de trabajo con que estas cuentan, muchas veces no tienen opciones para lograr una reubicación y el empleador no les ofrece opciones para una readaptación, así como sobrecarga a las empresas que ofrecen a sus trabajadores en condiciones de fuero por salud, oportunidades de reconversión y estos de manera arbitraria no las aceptan, porque saben que el empleador no podrá despedirlos porque el inspector del trabajo nunca lo autorizará, por eso, estas inequidades podrían equilibrarse si se hablara de un deber de corresponsabilidad del trabajador y del Estado para contribuir a los procesos de rehabilitación o de adquisición de nuevas competencias laborales mediante programas empresariales o estatales.

De igual forma, el proyecto de ley podría establecer criterios objetivos para definir quiénes son los destinatarios de dicha protección y cuáles, los requisitos que deben cumplirse para aplicar la misma. No basta con la sola mención o reiteración a la protección actual, pues se requiere un ejercicio normativo de mayor espectro. De no hacerlo, continuarán las situaciones derivadas de la multiplicidad de acciones de tutela, por no saber cuándo se está, o no, ante un caso de estabilidad laboral reforzada.

Finalmente, frente al tema de estabilidad laboral reforzada, tal como se ha reiterado, es necesaria una solución que garantice seguridad jurídica para las partes del contrato de trabajo, que no se desproteja a los trabajadores, pero que tampoco imponga una carga excesiva a los empleadores.

Una propuesta señalada por la doctrina ha sido “la creación de un fondo solidario de integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos que funcionaría como un modelo de aseguramiento en el cual los empleadores aporten según el número de

trabajadores que se beneficiarán de sus recursos, en el sentido de estar cubiertos frente al riesgo de algún padecimiento de salud de sus trabajadores”⁴⁷.

De la manera planteada anteriormente habría una solución equitativa para las partes inmersas en la relación laboral y se cumpliría el mandato del artículo 47 constitucional, pues el fondo solidario de integración social, como una medida de política pública de previsión, integración y rehabilitación, tendrá capacidad para asumir el pago de cotizaciones y financiar formación que permita a los trabajadores que se beneficien del mismo aprender nuevos oficios que faciliten su reinserción en el mercado laboral. Así las cosas, se protege económicamente al empleador y se garantizan los derechos fundamentales de los trabajadores.

⁴⁷ Jorge Benítez, Katerine Bermúdez y Cristian Orozco, *Estabilidad laboral por debilidad manifiesta en salud: omisión estatal, inseguridad jurídica y alternativas para remediarlas* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018), 135.

III. CONTRATACIÓN, TERMINACIÓN Y TERCERIZACIÓN

El proyecto de reforma explica que los anteriores gobiernos han promovido la flexibilización laboral mediante formas de tercerización e intermediación, las cuales se han prestado para abusos por parte de los empleadores so pretexto de reducir sus costos laborales y ampliar sus utilidades. Por tanto, aunque no se prohíbe la tercerización, se establece tanto la solidaridad como la extensión de derechos y garantías de las y los trabajadores directos a quienes prestan servicios tercerizados, con el fin de desincentivar su uso.

Ideas principales

- Es necesaria una regulación normativa que permita solucionar los problemas de contratación, precarización y tercerización laboral, asumiendo una serie de políticas y reglas que garanticen los derechos fundamentales de los trabajadores.
- La libertad de empresa conlleva la libertad contractual en todos los órdenes, lo que tiene respaldo en la legislación civil que prevé que el objeto y la causa del contrato deben ser lícitos. Por tanto, si una empresa, para lograr mayor eficiencia y productividad decide tercerizar, esto constituye un acto lícito y, por tanto, tiene respaldo de la ley y la Constitución Política.
- El respeto de los derechos de los trabajadores son un límite a la libertad de empresa, por tanto, la forma de hacer efectivo ese límite es contando con mejores niveles de inspección y vigilancia del cumplimiento de las normas laborales, no limitando el ejercicio de las libertades.
- Frente al tema de contratación sería importante no privilegiar el contrato a término indefinido frente a las demás modalidades contractuales, en tanto, cada una tiene su razón de ser y restringir lo que puede decidir el empleador al respecto, puede afectar su forma de operar e incluso su competitividad.
- La forma de mejorar la eficacia de la regulación es mediante mejores niveles de inspección del cumplimiento de las normas laborales para que los usos indebidos de las modalidades contractuales generen las sanciones que corresponda.
- El texto de la reforma propuesta revive la forma de calcular la indemnización moratoria, como existía antes de la Ley 789 de 2002. En ese sentido, las y los trabajadores pueden hacer la reclamación de salarios y prestaciones sociales incluso después del mes veinticuatro de su retiro y la indemnización continuará siendo un día de salario por cada día de retraso. Adicionalmente, esta abre la posibilidad de que cualquier persona que quiera reclamar indemnización por despido sin justa causa, también pueda reclamar la indemnización moratoria, lo que hace aún más gravosa la situación para el empleador.
- Limitar las ventajas competitivas que genera la tercerización no debe ser la respuesta al uso incorrecto de la misma pues, finalmente, es una figura que se

requiere para que las empresas puedan optimizar recursos y, en muchos casos, mantener unos costos de producción ajustados para participar en un mercado global.

A. PROBLEMAS CON LAS FORMAS DE CONTRATACIÓN

En la actualidad laboral colombiana existen problemas de estabilidad y precarización laboral en la contratación directa e indirecta, específicamente en los procesos de tercerización, pues se ha considerado que esta figura se ha utilizado, en algunos casos, con fines distintos a aquellos para los que fue creada, llevando así a una intermediación laboral ilegal.

La *precarización laboral* es entendida como un proceso continuo y dinámico de degradación y pauperización de las condiciones de trabajo y empleo. Hoy en día es común observar violación de mínimos, por ejemplo, un estudio publicado que analiza la situación de los migrantes venezolanos ocupados en el país menciona que el DANE informaba que, para noviembre de 2019, tan solo el 9% estaba afiliado a salud y apenas el 3% a pensiones⁴⁸, lo que evidencia una forma de precarización.

Como se ha citado, la contratación y la estabilidad laboral en el proyecto de reforma son ejes fundamentales que orientan su contenido, lo que se refleja en artículos que promueven:

- la contratación indefinida de manera prevalente sobre las otras modalidades de la ley;
- nuevas posibilidades de ineficacia de la terminación y, como consecuencia, el reintegro,
- y el incremento de los montos de indemnización por despido.

Sin embargo, el proyecto no responde al problema que tienen muchas personas que son contratadas mediante modalidades distintas a las previstas en el CST, cuando en realidad, la relación que desarrollan se enmarca en un contrato de trabajo, “fenómeno [que constituye] una posible forma de evasión estatal al deber de garantizar las condiciones de seguridad social y estabilidad laboral reconocidas por el ordenamiento jurídico nacional e internacional como elementos esenciales del derecho fundamental al trabajo digno”⁴⁹.

Al respecto, en el artículo 15 del proyecto de ley, se plantea que los contratos de prestación de servicios no podrán celebrarse para realizar actividades permanentes y subordinadas de empresas privadas. Sin embargo, este apartado no indica nada nuevo, pues es sabido que quien presta un servicio de manera subordinada debe tener un contrato de trabajo.

⁴⁸ Juliana Patricia Morad Acero, Víctor Miguel Solano Urrutia y María Paula Uricoechea Castellanos. Análisis de situaciones laborales de migrantes venezolanos en la ciudad de Bogotá, OIT y Pontificia Universidad Javeriana, 2021).

⁴⁹ Héctor Cuesta Osorio. "Contrato realidad: factor de vulneración de acceso a los elementos del derecho fundamental al trabajo", *Derecho & Ciencias Jurídicas* (2016)

Si bien, se agrega que será ineficaz la vinculación que desconozca dicha prohibición, lo que significaría que desde el comienzo hay una relación laboral, esto no es nada distinto a lo que ya existe en el ordenamiento en relación con la aplicación del principio de la primacía de realidad. Al respecto, José María Obando Garrido indica que “la forma de vinculación del trabajador no es la que determina propiamente los derechos, pues impera una realidad objetiva, empírica y verdadera, que en ultimas es la que consolida la relación laboral, más allá de cualquier modalidad contractual adoptada por el empleador, y más allá de cualquier denominación empleada para el contrato.”⁵⁰

En consecuencia, este tipo de norma no previene que las y los trabajadores deban someterse a un proceso judicial para que, con el paso de los años, puedan tener una sentencia favorable que decrete la existencia de una verdadera relación laboral subordinada y les permita ser acreedores de las prestaciones a las que dicha relación da derecho.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo y la Corte Constitucional han señalado reiteradamente que debe haber una mayor vigilancia para evitar abusos y violación de los derechos de los trabajadores. En otras palabras, más que cambiar las normas, lo que se debe hacer es fortalecer la inspección, vigilancia y control de las empresas a nivel laboral.

En resumen, es conveniente cuestionar si las propuestas que se incluyen en el proyecto de reforma brindan una solución real y efectiva a los problemas que se conocen alrededor de estas temáticas. El CST debe responder a las necesidades actuales de las partes y aunque es evidente el rezago de algunas de sus normas, que terminan siendo insuficientes para la protección de los trabajadores, también debe verse el contexto en que se aplican muchas de ellas y cómo su uso, conforme a la ley, es adecuado para los contextos económicos y laborales nacionales e internacionales.

1. CONTRATACIÓN LABORAL

En la legislación colombiana se contemplan diferentes modalidades contractuales, de modo que los empleadores pueden contratar a término indefinido, a término fijo o por la obra o labor contratada. Uno de los principales cambios planteados por el proyecto de reforma, en materia de estabilidad, es que la regla general de contratación será por medio de contratos a término indefinido y, solo excepcionalmente, sería posible usar otras modalidades como las de término fijo u obra o labor, siempre y cuando estos no se utilicen para satisfacer necesidades permanentes del empleador.

⁵⁰ José María Obando Garrido, *Tratado de derecho administrativo laboral*, 2ª. Ed. (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2010), 448.

Conforme a lo que se prevé en el artículo 4 del proyecto de reforma laboral, hay varios cambios en la forma como se podrían utilizar los contratos a término indefinido, término fijo y contrato por obra labor. A continuación, se hace referencia a las condiciones que se establecen en el proyecto para el uso de cada una de estas modalidades de contrato.

a. Contrato a término indefinido

El cambio fundamental en materia de contratación es que el proyecto establece, como regla general, que las y los trabajadores deben vincularse mediante contrato a término indefinido y que los contratos a término fijo por obra o labor contratada han de ser excepcionales. Esto tiene una implicación importante frente al derecho a la libertad de empresa, pues señalar como una obligación que debe existir una forma de contratación específica restringe la autonomía de la voluntad de las partes, entendida esta como “la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones”⁵¹. Además, desconoce que hay trabajos que, aunque pueden tener una duración relativamente larga, desde el inicio se sabe que tienen una fecha de caducidad, por lo que resulta en esos casos más conveniente optar por otras modalidades contractuales, que por el contrato a término indefinido.

Por otra parte, el artículo 4 del proyecto señala que “el contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras no sea terminado conforme a las causales establecidas en la legislación”, lo que da lugar a preguntarse si esto incluye lo que actualmente prevé el artículo 47 del CST, el cual establece que dicho contrato tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. Esto puede plantear un par de inconvenientes.

El primero es que no resulta claro a qué causales de terminación se hace referencia cuando indica “las establecidas en la legislación”, tampoco si eso debe entenderse como una terminación legal y, por tanto, se encuentra exenta del pago de indemnización por despido.

El segundo inconveniente es que los cambios a este contrato se hacen a través de la modificación del artículo 45 del CST, pese a que la regulación del contrato indefinido está en el artículo 47, que no es objeto de modificación en el proyecto de la reforma, lo que quiere decir que quedarían vigentes dos normas que regularían el mismo supuesto de forma contradictoria. En ese sentido, cabría preguntarse si las causas establecidas en la legislación para terminar el contrato indefinido, según el proyecto de reforma, son las mismas del artículo 61 del CST o solo las previstas en el artículo 47 del mismo Código.

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-934 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla, 11 de diciembre de 2013).

b. Contrato a término fijo

La contratación a término fijo también se modifica con el artículo 5 del proyecto de reforma. En primer lugar, este señala que el contrato a término fijo podría tener una duración mínima de un mes y máxima de dos años, contando el tiempo inicial y sus prórrogas, cuestión que implica que la posibilidad de renovar de manera indefinida este contrato queda eliminada del ordenamiento y que, en todo caso, nunca una persona podría estar vinculada a una empresa más de dos años, bajo esta modalidad contractual.

El cambio más significativo radica en el carácter excepcional que se da a la contratación a término fijo, en la medida que su uso se circunscribe a la atención de necesidades temporales de la empresa. Adicionalmente, se exige que en el texto del contrato aparezca claramente determinada la necesidad que se pretende atender y su conexión con el término de duración pactado.

Esta modificación supone una limitación importante a la autonomía de la voluntad de las partes y un giro diametral en cuanto a la regulación vigente, ya que el contrato a término fijo deja de ser una de las opciones de contratación con las que cuentan los empleadores al introducirse el elemento causal relacionado con la temporalidad de las actividades o necesidades empresariales. Por otra parte, el proyecto no otorga las herramientas o criterios para definir cuándo se está en el marco de una necesidad temporal. ¿Son las mismas situaciones que en la actualidad permiten la contratación con empresas de servicios temporales?, ¿son las necesidades temporales equivalentes a las actividades ocasionales o transitorias?

Por otra parte, el proyecto de reforma señala que, si el contrato a término fijo no cumple con ciertos requisitos específicos, este mutará a uno a término indefinido. Si este no se celebra por escrito, si no se especifica la necesidad temporal, si en la realidad tiene por objeto satisfacer necesidades permanentes del empleador, si el plazo inicial pactado y sus prórrogas superan los dos años o si treinta días antes del vencimiento de la última prórroga ninguna de las partes manifiesta querer darlo por terminado, se entenderá celebrado a término indefinido desde el inicio de la relación laboral.

Pese a lo bien intencionada que pueda resultar la modificación, nada garantiza su eficacia, porque es posible que se dé preaviso a una persona antes de cumplir los dos años y que, en un tiempo relativamente corto, la vuelvan a contratar a término fijo. Por tanto, es muy dable que el problema de las contrataciones sucesivas entre las mismas partes se siga repitiendo, pese a lo previsto en la propuesta de reforma.

c. Contrato por obra o labor contratada

Frente al contrato por obra o labor en el proyecto de ley se incluyen previsiones similares a las del contrato a término fijo: su uso debe ser excepcional y se debe indicar, de forma precisa, la obra o labor que se requiere atender.

Como novedad, se incluye que este contrato también debe constar por escrito pues, en caso contrario, se entiende celebrado a término indefinido, lo cual, claramente es un exceso porque la obra o labor contratada depende de la naturaleza de la actividad que se contrata y no de la formalidad contractual. En ese sentido, la consecuencia por no pactar por escrito la obra o labor contratada no puede ser la ineficacia de la duración porque iría en contravía del principio de primacía de la realidad.

El proyecto adopta la misma solución para los eventos en que no se especifique la obra o labor contratada, cuando se pretenda satisfacer una necesidad permanente del empleador o cuando el trabajador continúe prestando sus servicios una vez finalizada la obra o labor contratada, lo cual, es la consecuencia lógica de la aplicación del principio de primacía de la realidad porque así lo ha determinado la jurisprudencia y en todo caso, preverlo en la ley, dado el poco desarrollo normativo que tiene este contrato en el Código Sustantivo del Trabajo es pertinente para dar seguridad jurídica respecto a las consecuencias de un mal uso de este contrato.

2. INCIDENCIA DEL TIPO DE CONTRATO EN LA ESTABILIDAD

Los datos que se muestran en la tabla 9. “Aumento del costo por despido” también dan indicios sobre la estabilidad laboral. Mientras la razón principal para cambiar de trabajo sea la terminación del contrato por vencimiento del plazo es importante considerar las diferentes situaciones por las que esto sucede, dado que se trata de una característica exclusiva de los contratos a término fijo, que implica comportamientos de consumo y ahorro completamente diferentes para las personas.

Cuando una persona está bajo dicha condición laboral tomará decisiones con base en la incertidumbre de que su contrato puede ser, o no, renovado, tratando de protegerse frente a la posibilidad de perder el empleo. En primer lugar, es probable que sus niveles de consumo disminuyan, porque necesita ahorrar para poder sortear las contingencias en caso de quedar en desempleo o sus ingresos disminuyan. En segundo lugar, comenzará a buscar otro trabajo cuando el término del contrato esté cercano a finalizar, para evitar el desempleo temporal. Esto último no significa, necesariamente, que cambiará de trabajo, pero sí, que se genera más competencia entre los ocupados o desocupados para conseguir empleo.

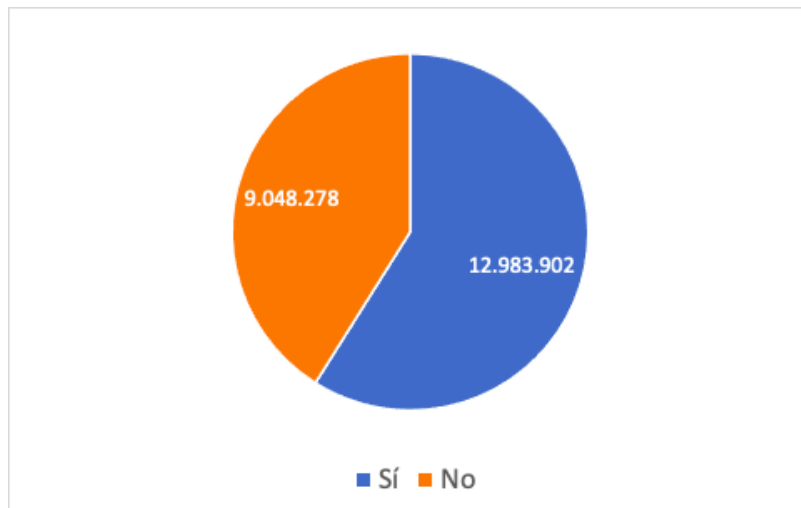
En relación con las personas que cambiaron de empleo por la terminación de su contrato (ver tabla No. 4. Motivos de los ocupados para cambiar de empleo 2022, Colombia) se pueden señalar dos situaciones diferentes. Por un lado, existe un grupo que acordó el

contrato para prestar un servicio temporal y no requería la renovación, ya que se cumplió con la totalidad de las funciones dentro del proceso productivo. Esto explica, sobre todo, las condiciones contractuales de personas dedicadas a la consultoría o a la asesoría, quienes son necesarias para partes muy específicas y especializadas de ciertos proyectos. En este caso, desde un principio, las personas ajustan sus expectativas con respecto a su ingreso y consumo, de acuerdo con los tiempos acordados y con menor incertidumbre que otros empleados.

Por otro lado, están quienes son contratados de manera temporal, pero es para la prestación de una actividad permanente en la empresa, y cuando llega la finalización del término no son contratados, pese a que sí exista la posibilidad de renovarlo. En este caso, las razones de terminación del contrato pueden variar entre la decisión de no renovarlo por razones financieras o por la voluntad de desvincular a la persona por vencimiento del término, para no incurrir en los costos de las indemnizaciones que esto implica. Esto sucede con las personas vinculadas mediante un contrato a término fijo, que fácilmente pueden ser reemplazadas sin que los empleadores incurran en costos adicionales.

Si bien, estas razones pueden sustentar que la reforma laboral proponga cambiar las condiciones para la contratación de personas a término fijo, dicha modificación constituye una gran preocupación para los gremios empresariales, por la dificultad que supondría terminar los contratos a término indefinido y porque esto se podría traducir en un argumento para la reducción de la generación de empleo.

Figura 13. Existencia del contrato en el mercado laboral colombiano (2022)

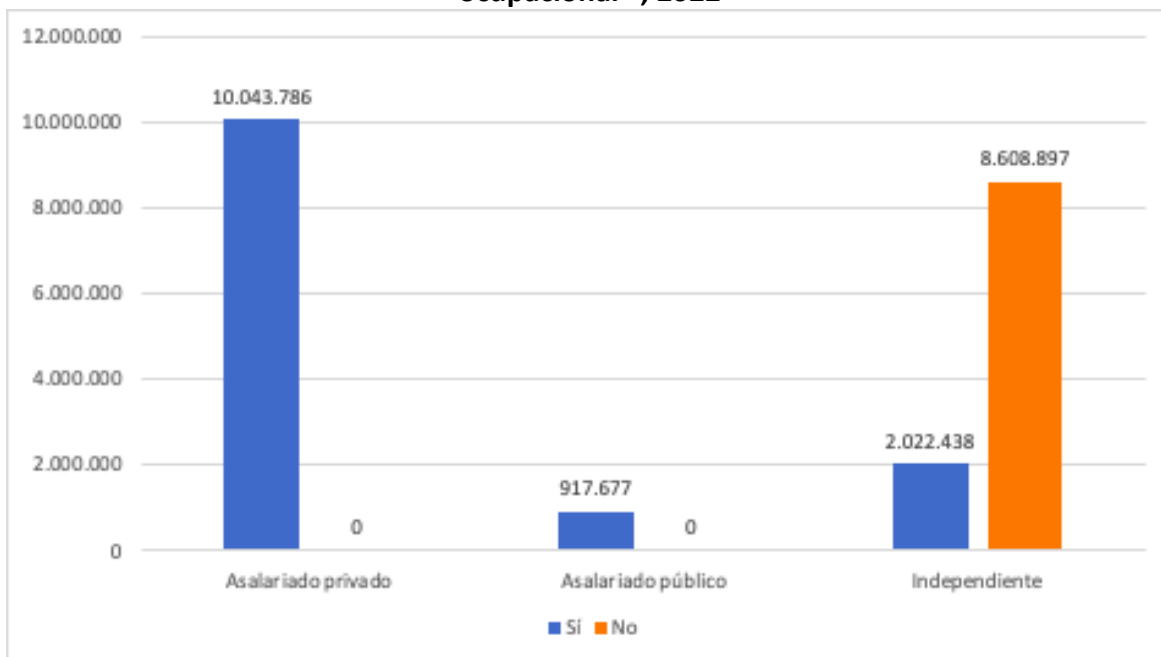


Fuente: Cálculos propios con base en los microdatos de la GEIH - DANE.

En ese sentido, se debe comprobar si realmente es necesario adoptar este tipo de medidas para mejorar la estabilidad laboral. Lo primero que se debe determinar es si en el mercado laboral colombiano la mayoría de ocupados tiene o no vínculo contractual. Tal como lo muestra la figura 13, a partir de un análisis de los datos de la GEIH se concluye que

12.983.902 (58,93%) de trabajadores tienen un contrato de trabajo, mientras que 9.048.278 (41,07%) no lo tienen.

Figura 14. Existencia del contrato en el mercado laboral colombiano por posición ocupacional⁵², 2022

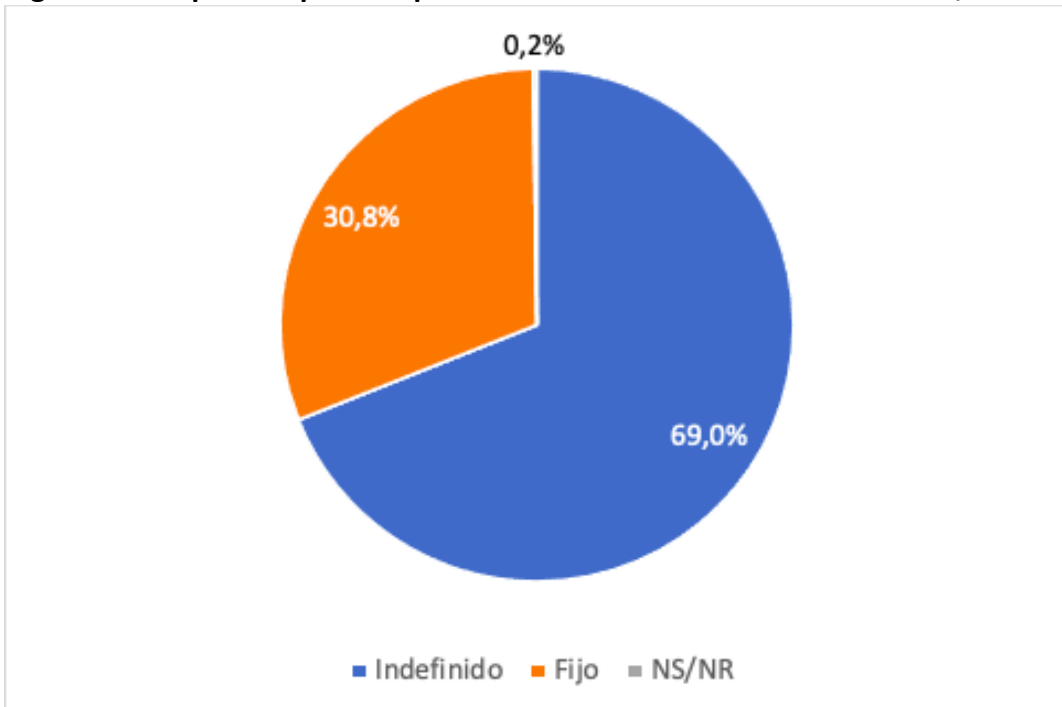


Fuente: Cálculos propios con base en los microdatos de la GEIH - DANE.

Además de la existencia del trabajo, es importante considerar su duración. En 2022, el 68,97 % de los contratos celebrados fueron a término indefinido, sobre todo para la vinculación de asalariados privados y públicos quienes representan el 45,6% de todos los ocupados. Por el contrario, se observa que las personas que trabajan como independientes tienden más a vincularse por medio de contratos con duración determinada. Esto responde a las mismas dinámicas contractuales de sus trabajos, quienes que usualmente requieren de la prestación de servicios específicos.

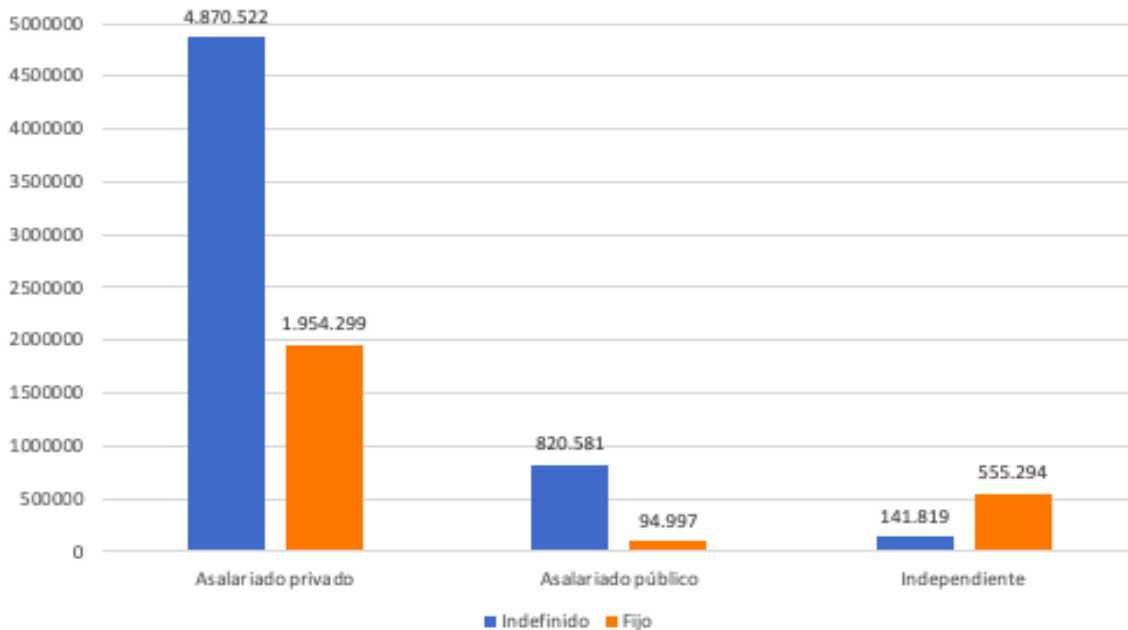
⁵² En este caso, se consolidaron las posiciones ocupacionales que determina el DANE en tres grupos; (1) los asalariados privados corresponden a la suma de los empleados privados y los empleados domésticos; (2) los asalariados públicos son los que declaran se empleados del gobierno; y (3) los independientes se compones de los trabajadores por cuenta propia, los jornaleros o peones y los empleadores.

Figura 15. Proporción por tiempo de duración del contrato en Colombia, 2022.⁵³



Fuente: Cálculos propios con base en los microdatos de la GEIH - DANE.

Figura 16. Proporción de contratos por tiempo que dura el contrato y posición ocupacional (Colombia, 2022)



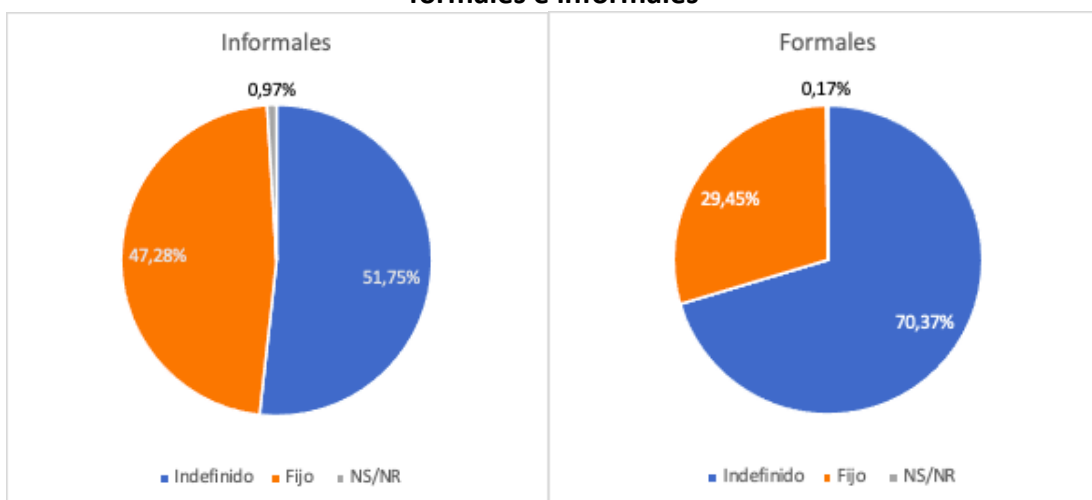
Fuente: Cálculos del Observatorio de Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, con base en los microdatos de la GEIH - DANE.

⁵³ En la gráfica se observa un valor de 0,23 % que corresponde a las personas que no sabían el término del contrato o que simplemente no respondieron la pregunta, a pesar de haber tenido un contrato.

En la figura 17 se observa que tanto los formales como los informales son más propensos a tener contratos indefinidos que fijos, lo cual es un resultado inesperado.

Esto se explica porque en ambos grupos se encuentran asalariados privados y públicos, contratados, en su mayoría, a término indefinido. Sin embargo, los independientes sí tienden más a tener contratos de duración determinada, porque la mayoría de las personas que se encuentran en este grupo, también son informales.

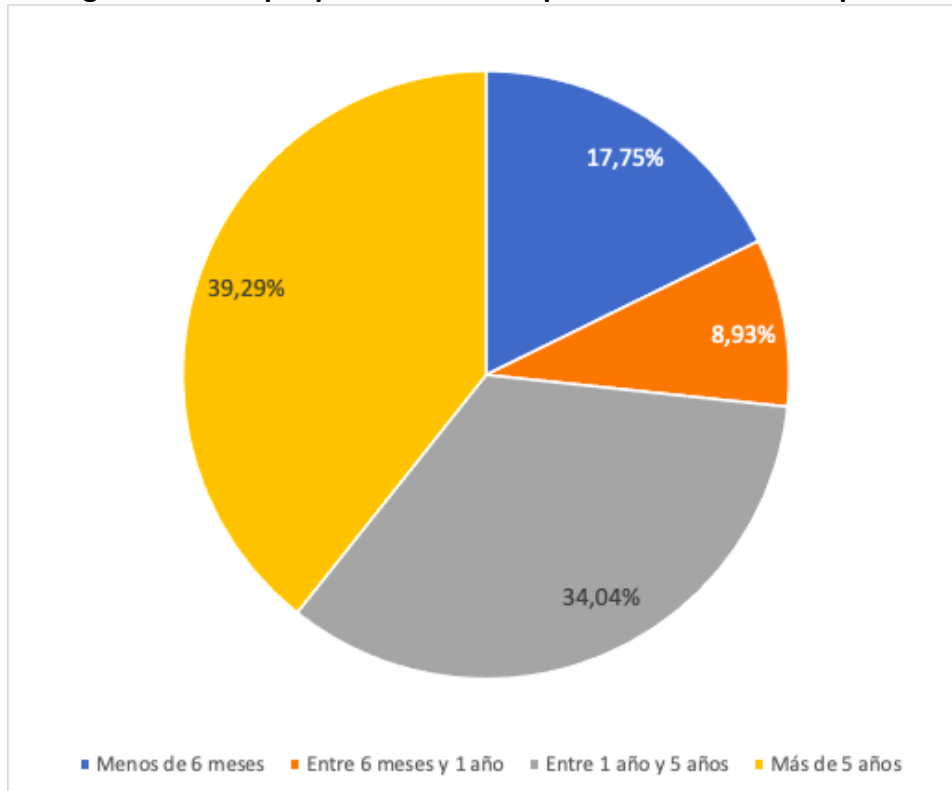
Figura 17. Proporción de contratos por temporalidad del contrato y trabajadores formales e informales



Fuente: Cálculos del Observatorio de Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, con base en los microdatos de la GEIH - DANE.

Otra variable que se debe tener en cuenta para analizar la estabilidad es el tiempo que lleva el trabajador en la misma empresa, pues este elemento también genera expectativas de conservación del empleo en las y los trabajadores, tal como sucede con el término de duración del contrato. Cuando una persona permanece durante mucho tiempo en un mismo lugar de trabajo, independientemente de que su contrato sea a término fijo, sus expectativas de renovación tienden a ser positivas. Es decir, para ellas crece la probabilidad de renovación del contrato a medida que crece la antigüedad en la empresa. En ese sentido, la estabilidad es mayor y, por lo tanto, sus decisiones de consumo y ahorro cambian. Tenderán a gastar más en el presente y a destinar menos dinero a sus ahorros. Esto no necesariamente implica que no prevean la situación de desempleo, pero sí que la consideren menos factible.

Figura 18. Tiempo que llevan los ocupados en la misma empresa

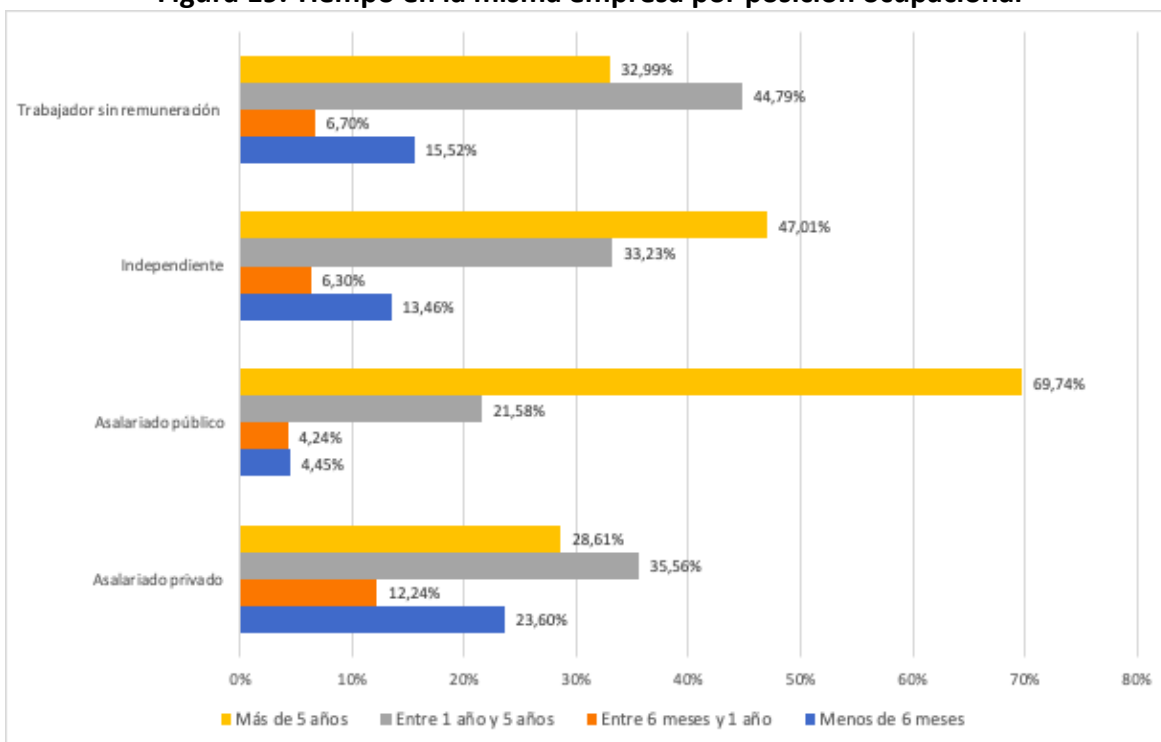


Fuente: Cálculos del Observatorio de Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, con base en los microdatos de la GEIH - DANE.

En Colombia, el 39,3 % de los ocupados lleva más de 5 años en su empresa y el 34,04 %, entre 1 y 5 años. Esto indica que las personas empleadas suelen durar en su trabajo bastante tiempo y se podría decir que tienen estabilidad laboral. Tal fenómeno se explica de dos maneras. Por un lado, la tendencia a permanecer varios años refuerza que la importancia de los despidos en la finalización de una relación laboral no es alta. Por otro, esto muestra que la terminación unilateral no es una herramienta usada frecuentemente por los empleadores para reemplazar rápidamente a sus trabajadores. Además, la terminación del contrato no parece ser un determinante en la estabilidad, ya que existe la alta probabilidad que este sea renovado.

Sin embargo, el promedio de años que una persona permanece en un empleo es de tres (3) años. Si este tiempo se pone en perspectiva con el consumo de bienes como una casa o un carro, el cual requiere endeudamiento, podemos ver que tres años de ingreso continuo no es suficiente para tomar decisiones de compra para este tipo de bienes.

Figura 19. Tiempo en la misma empresa por posición ocupacional



Fuente: Cálculos del Observatorio de Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, con base en los microdatos de la GEIH – DANE.

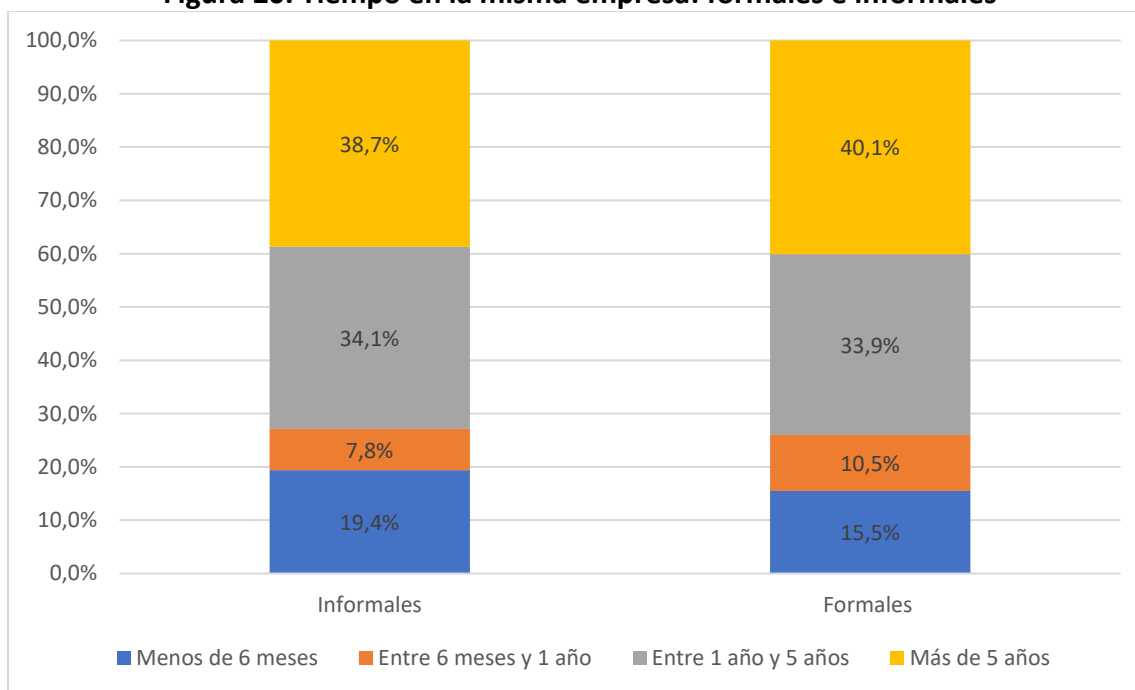
Si se analiza el tiempo de permanencia por posición ocupacional, se observa que los asalariados públicos gozan de más estabilidad en el tiempo, ya que el 69,74 % de estos llevan en su lugar de trabajo más de cinco (5) años. En cambio, los asalariados privados suelen estar entre uno (1) y cinco (5) años. Un resultado inesperado es la estabilidad laboral que tienen los independientes, pues el 47,01 % de ellos lleva más de cinco (5) años en la misma empresa y el 33,23 %, entre uno (1) y cinco (5) años.

También se encuentran tendencias inesperadas al analizar el tiempo de duración de una persona en una misma empresa en relación con estatus de formalidad. En primer lugar, la proporción de informales⁵⁴ y formales que están en la misma empresa hace más de cinco (5) años es la más grande para ambos grupos, siendo esta de 38,7% y 40,1%,

⁵⁴ Se debe tener en cuenta lo indicado por el DANE respecto a quienes se consideran informales y que se citarán en la página 18 de este documento en particular: “6. Los trabajadores por cuenta propia y los patrones empleadores que laboran en establecimientos, negocios o empresas que ocupen hasta cinco personas en todas sus agencias y sucursales, incluyendo al patrono y/o socio; 7. Los trabajadores por cuenta propia y los patrones empleadores que laboran en establecimientos, negocios o empresas que se encuentra registradas ante cámara y comercio, pero no han realizado la renovación del registro mercantil, que no poseen una contabilidad completa o simplificada que les permita realizar una efectiva separación de sus gastos y que ocupen hasta cinco personas en todas sus agencias y sucursales, incluyendo al patrono y/o socio; 8. Los empleados particulares y los obreros que no cuentan con cotización a salud ni a pensión por concepto de su vínculo laboral con el empleador que los contrató...”.

respectivamente. Además, la segunda proporción más grande de ambos tipos de trabajadores corresponde a la permanencia entre uno (1) y (5) años.

Figura 20. Tiempo en la misma empresa: formales e informales



Fuente: Cálculos del Observatorio de Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, con base en los microdatos de la GEIH - DANE.

3. VARIACIÓN DE SALARIOS

La Corte Constitucional ha sostenido que el principio de remuneración mínima, vital y móvil previsto en el artículo 53 de la Constitución Política implica el derecho de las y los trabajadores a mantener el poder adquisitivo del salario, sin que ello signifique que todos los salarios deban incrementarse en el mismo porcentaje en que incrementa el salario mínimo legal⁵⁵.

En el artículo 70 del proyecto de reforma se propone que aquellas personas que devenguen hasta dos salarios mínimos se les aumente anualmente un porcentaje, por lo menos, igual al del IPC causado al 31 de diciembre de año anterior. Sin embargo, la conveniencia de esta disposición sale de la esfera de lo jurídico, pues tiene implicaciones económicas e incide en el mercado laboral.

Si el objetivo principal de la reforma es proteger a una mayor cantidad de personas, la solución no debería ser volver más oneroso el contrato ni ocuparse de regular las formas de empleo existentes, sino acercarse a las instituciones adecuadas para la generación de

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-911 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo, 7 de noviembre de 2012).

empleo. Al respecto, Gladys Vega, presidenta de la Federación Colombiana de Gestión Humana (Acrip) ha señalado que, de implementarse la propuesta de la reforma laboral, tal como está, esta generará sobrecostos que afectarán la productividad y, por ende, un mayor desempleo⁵⁶.

4. COSTOS PARA LA CONTRATACIÓN

La reforma laboral no solo tiene efectos económicos sobre los trabajadores, sino también sobre las empresas. Por tanto, para entender mejor los efectos que tienen las propuestas es necesario caracterizar a los principales empleadores del país.

En Colombia, los ocupados se encuentran principalmente trabajando en mipymes que emplean al 80,7 % de trabajadores del país. De estas organizaciones, las microempresas son las que más trabajo generan, representado el 63,1 % de la ocupación; de este porcentaje de ocupados, el 85 % son informales.

Tabla 3. Distribución de ocupados por tamaño de empresas (2023)

Tamaño empresa	Ocupados	Informales	%
Microempresa	13.969	11.876	85,0%
Empresa pequeña	2.228	553	24,8%
Empresa mediana	1.677	165	9,8%
Mipymes total	17.874	12.594	70,5%
Empresa grande	4.275	225	5,3%
Total	22.149	12.819	57,9%

Fuente: ACOPI – Reforma laboral y mipymes⁵⁷.

Como el mercado laboral se concentra principalmente en las mipymes, se debe considerar que los cambios en la reforma que afectan los costos laborales generarían mayor presión sobre estos empleadores, por cuanto estas empresas son trabajo-intensivas⁵⁸ y entre ellas existe mayor competencia, caso contrario a lo que sucede con las empresas grandes.

La importancia que tiene la mano de obra en su producción es alta, ya sea porque su capacidad de invertir en capital es menor o porque los métodos de producción que utilizan requieren más de los trabajadores que del capital. Así, los aumentos en el costo del trabajo, —que no solo están relacionados con el salario—, tienen mayor incidencia sobre las decisiones de producción de estas empresas. En cuanto a la competencia, las mipymes

⁵⁶ Laura Lucía Becerra Elejalde. “La reforma laboral traerá sobrecostos entre 12% y 20%”, *Portafolio*, <https://www.portafolio.co/economia/gobierno/reforma-pensional-cuales-pueden-ser-los-sobrecostos-segun-la-acrip-580296>

⁵⁷ La definición de una empresa en la categoría mipymes aparece en el Decreto 957 del 5 de junio de 2019, en cuyo capítulo 13 aparecen los criterios de clasificación.

⁵⁸ Es decir, que las empresas utilizan más mano de obra que capital para producir.

tienen estructuras de mercado más competitivas, por lo que sus precios tienden a acercarse más al costo medio de producción y, por lo tanto, sus ganancias también son menores.

En ese sentido, se deben analizar los cambios en los costos laborales y no laborales, las implicaciones sobre las empresas y sus posibles efectos económicos. La reforma propone cambios en cuanto a la jornada laboral, los pagos de horas extras, nocturnas y dominicales, la cuota de aprendices y la indemnización. Todos estos modifican la estructura de costos de las empresas e inciden en sus decisiones de contratación.

Tabla 4. Costo de un trabajador formal

Concepto	Sin reforma	Con reforma
Salario	1.160.000	1.160.000
Subsidio de transporte	140.609	140.609
Vacaciones	48.372	48.372
Prima de servicios	108.471	108.471
Cesantías	108.471	108.471
Intereses de las cesantías	11.600	11.600
Nocturnas, extras, dominicales	35.960	107.880
Pensión	139.200	139.200
Recibidos en el año por el trabajador	1.752.683	1.824.603
Caja de compensación familiar	46.400	46.400
ARL	6.055	6.055
Dotación aproximada	23.200	23.200
Día de la familia	5.047	5.047
Incapacidades	3.960	3.960
Cuota de Aprendices	7.372	22.115
Valores no recibidos por el trabajador	92.034	106.777
Indemnización	96.667	145.000
Total	1.941.384	2.076.380

Fuente: ACOPI – Reforma laboral y mipymes.

B. TERCERIZACIÓN Y EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la tercerización es "un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas"⁵⁹. Esto quiere decir que dicha figura puede ser utilizada sin problema, siempre y cuando no se desconozcan derechos de los trabajadores, es decir, desde que esta no se use para deslaborarlos.

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4479 de 2020 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, 4 de noviembre de 2020).

Por su parte, Fedesarrollo indica que esta figura no puede desconocer los derechos laborales de las y los trabajadores ni debe degradar las condiciones en las que se realiza el trabajo ni mucho menos se debe utilizar como medio para eliminar las relaciones de trabajo directo⁶⁰. Además, la Federación propone que los inconvenientes generados por mecanismos de tercerización deben solucionarse a través del refuerzo de medidas de vigilancia y control que eviten el incumplimiento de las normas laborales, en lugar de eliminar un instrumento que genera empleo y ofrece ventajas a los sectores de la economía que requieren esta figura⁶¹.

En materia de tercerización e intermediación, el artículo 12 del proyecto de ley propone la modificación de artículo 34 del CST en lo que respecta a contratistas y subcontratistas. En este punto se señala directamente el deber de los contratistas de tener una organización empresarial propia y especialización productiva, lo que resulta importante, toda vez que parte de la problemática actual en los procesos de tercerización se da porque no se cuenta con una especialización productiva y tercerizar termina por constituirse en un mecanismo para que las empresas beneficiarias eviten la contratación directa y, consecuentemente, resten garantías a las personas contratadas a través de terceros.

Como indica la sentencia CSJ SL467-2019, “si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 Código Sustantivo del Trabajo) sino frente a un simple intermediario”⁶². Esto permite evidenciar que existen casos de empresas con nombres genéricos que ejercen ilegalmente la intermediación, ya sea actuando como simples intermediarios o realizando suministro de trabajadores sin ser empresas de servicios temporales (EST). Así, en concordancia con lo reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, exigir la especialización productiva es un acierto cuyo propósito será evitar conductas ajenas a la norma.

Por otra parte, el artículo 14 del proyecto de reforma señala que cuando se trate de las actividades principales de una empresa, las personas que trabajen para los contratistas o subcontratistas gozarán de los mismos derechos salariales y prestacionales de aquellas vinculadas a la empresa usuaria, especialmente en materia de aplicación de las convenciones colectivas. Sin embargo, esto genera dudas sobre lo que se entiende por servicios relativos a la actividad principal. Actualmente, la Corte Suprema de Justicia habla de actividades ordinarias, normales, necesarias y conexas o complementarias, pero no es claro si este concepto es extensible a lo que se refiere en el artículo del proyecto o, por el

⁶⁰ Fedesarrollo, “Evolución de la figura de tercerización laboral en Colombia”, Informe mensual del mercado laboral (Bogotá: Acip y Fedesarrollo, 2017), 7.

⁶¹ Fedesarrollo, “Evolución de la figura de tercerización laboral en Colombia”, 7.

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL467 de 2019 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, 6 de febrero de 2019).

contrario, será necesario definir las características que deben tener las actividades para considerarse relativas a las principales.

La disposición también señala que, en el evento de que no existan disposiciones salariales y prestacionales aplicables a los trabajadores de las empresas contratistas, la respectiva empresa beneficiaria diseñará o acordará con las organizaciones sindicales los derechos aplicables. Frente a este punto, cabe comentar que normalmente cuando una empresa contratante contrata a una empresa contratista, es esta última la que determina los costos del servicio y dentro de estos está el costo laboral, por ello, no se entiende por qué tendría que ser la empresa cliente y su sindicato, los que le impongan a ese contratista los precios de la mano de obra, pues esto no solamente es una violación de su independencia técnica y administrativa sino un desconocimiento del uso correcto de una verdadera tercerización, que se da, por ejemplo, cuando las labores que hacen los trabajadores de los contratistas no las realizan ningunos de los trabajadores de la empresa contratante, pues esta última “se desprendió” por completo de un proceso o subproceso y lo dejó en manos de un tercero.

Lo anterior permite deducir que existe una necesidad de intervenir en la normatividad laboral para solucionar los problemas identificados⁶³. Sin embargo, las medidas no pueden partir de la idea de que toda la tercerización debe implicar los mismos costos laborales de una contratación directa, porque esto dejaría por fuera del mercado a muchas empresas que, además de ser verdaderas contratistas independientes, resultan atractivas para sus clientes, no solo por la especialidad del servicio que ofrecen, sino porque tienen unos precios más competitivos por trabajar bajo economías de escala.

Frente a las empresas de servicios temporales, los parágrafos del proyecto de reforma laboral indican que estas empresas no podrán celebrar contratos con empresas usuarias para la atención de sus actividades y necesidades permanentes. Aquí se debe precisar un punto importante: si bien las empresas de servicios temporales deben prestar de forma temporal su servicio, en la legislación actual no hay una limitación frente al tipo de actividades para las que se les puede contratar. Por ejemplo, cuando una persona realiza un reemplazo de una vacancia temporal, si bien la prestación de su servicio no será de manera permanente, puede que la actividad sí lo sea. Entonces, resulta necesario que se exponga de manera clara que la necesidad de la empresa usuaria de contratar con la empresa de servicios temporales debe tener un límite en el tiempo, y que puede requerirse tanto para actividades temporales como permanentes en la empresa usuaria.

De no ser así, con la nueva incorporación que trae el proyecto de ley, a pesar de que no se diga de manera expresa, se derogaría la posibilidad de contratar personal en misión prevista

⁶³ Johanna Elizabeth Castañeda Espinosa, “La tercerización laboral en Colombia” (Trabajo de grado, Especialización en Alta Gerencia, Universidad Militar de Nueva Granada, 2016), 1-36.

en los numerales 2 y 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990⁶⁴, ya que esas actividades en muchos de los casos podrían llegar a ser permanentes en la empresa usuaria y quedarían por fuera del espectro que busca la ley.

Un punto favorable para las y los trabajadores en misión es la extensión de derechos salariales y prestacionales. En la actualidad, solamente se tiene la extensión o la igualdad de salarios, recreación, alimentación y transporte, pero no se habla de derechos prestacionales. Aquí también habría una ampliación en las prestaciones sociales a los trabajadores, lo que sería una manifestación del derecho a la igualdad, respecto de los trabajadores de planta y garantizaría, en últimas, el artículo 53 de la Constitución Política.

Un análisis integral de lo expuesto en relación con la tercerización permite proponer algunos puntos que darían mayor articulación a la regulación y la respuesta a los problemas claramente identificados.

Las siguientes son algunas propuestas que podrían mejorar ostensiblemente el proyecto de ley.

- Abordar más ampliamente la discusión e incluir dentro del capítulo de tercerización e intermediación la regulación de todas las figuras, no solo del contratista independiente y las empresas de servicios temporales.
- Presentar las definiciones y conceptos que siempre han generado confusión o ambigüedad como intermediación, suministro, tercerización.
- Abordar el debate del régimen de responsabilidad de una forma transversal a las figuras que se utilicen para la tercerización.
- Discutir la posibilidad de tener un régimen de responsabilidad gradual —solidario o subsidiario— que incentive la protección de los derechos de las y los trabajadores en cabeza de las empresas beneficiarias.
- Generar un enfoque preventivo de las violaciones de derechos.
- Estudiar la posibilidad de generar derechos u obligaciones en cabeza de las empresas beneficiarias para realizar auditorías o retención de pagos con giro directo a trabajadores o instituciones de la seguridad social.
- Implementar bases de datos obligatorias para terceros, lo cual puede mejorar el ejercicio de la inspección, vigilancia y control a cargo del Ministerio del Trabajo.

Pretender solucionar problemas tan complejos como la precarización e intermediación ilegal con el cambio de unos pocos artículos es un esfuerzo que difícilmente podrá dar los frutos esperados.

C. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: PROCEDIMIENTO PREVIO

⁶⁴ Ley 50 de 1990. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. 28 de diciembre de 1990. DO 39618, art. 77 (reglamentado por el Decreto 1707 de 1991).

El artículo 11 del proyecto de reforma señala un procedimiento previo para aplicar sanciones y para la terminación del contrato con justa causa, que debe garantizar, entre otros, los principios de dignidad de los trabajadores, presunción de inocencia, proporcionalidad, derecho de defensa y contradicción, entre otros. Este artículo extiende el trámite para imponer sanciones disciplinarias a la terminación con justa causa, pese a que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional coinciden en que esta última no es una sanción disciplinaria.

De esta manera, el proyecto de ley modifica el artículo 115 del CST, relativo a las reglas dadas por la jurisprudencia constitucional para las sanciones disciplinarias que obligaban a los empleadores a garantizar el debido proceso de los trabajadores en el ejercicio de la potestad sancionatoria⁶⁵, y extiende esas mismas reglas a los despidos con justa causa.

Además, este incorpora algo que no se había previsto en la jurisprudencia, pues consagra expresamente el cumplimiento del procedimiento previo como requisito de eficacia del despido. Esta disposición desconoce que, desde la sentencia SU-449 de 2020, la Corte Constitucional unificó su tesis de que el despido no es una sanción, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia y, en consecuencia, el empleador solo debe escuchar al trabajador como garantía del derecho de defensa, sin tener que cumplir con un procedimiento previo y, mucho menos, restarle eficacia a la decisión por no agotarlo.

La doctrina, sin embargo, ya señalaba la necesidad de un procedimiento, por parte del empleador, para el despido con justa causa que cumpliera con las condiciones establecidas tanto por la Constitución Política como por el CST y la jurisprudencia constitucional. Al respecto, Alejandro Páez Medina señala que se deberán respetar las garantías mínimas establecidas anteriormente, por lo que se será necesario establecer cada una de las etapas del proceso y determinar, de forma clara y completa, las causales establecidas como justas causas para dar por terminado el contrato⁶⁶.

Si bien, en la sentencia C-593 de 2014, cuando la Corte Constitucional revisó lo previsto del artículo 115 del CST sobre el procedimiento para aplicar sanciones, incluyó la posibilidad de recurrir la decisión disciplinaria ante otra instancia de la empresa, esta impugnación es opcional para los empleadores, que pueden establecerla o simplemente informar a sus trabajadores que la impugnación deberá realizarse ante la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, en los términos del proyecto, es obligatorio establecer un mecanismo de revisión en las empresas, pero no se indica la forma como este debería operar.

⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-539 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 20 de agosto de 2014)

⁶⁶ Alejandro Páez Medina, "Terminación del contrato por el empleador con justa causa; una visión desde el derecho al debido proceso" (Tesis Maestría, Universidad Nacional, 2019).

<https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/78440>

Lo anterior debe revisarse detenidamente, pues según las cifras publicadas por el DANE para mediados del 2022⁶⁷, las mipymes generan más del 78% del empleo en el país, y aunque se entiende que la finalidad de las disposiciones de la propuesta legislativa es dotar de garantías al procedimiento para la imposición de sanciones —e incluso para despidos con justa causa—, la creación de una segunda instancia puede resultar, en la práctica, de difícil cumplimiento por parte de este tipo de empresas que, por su estructura organizacional⁶⁸, no cuentan con los órganos necesarios para la revisión de las decisiones.

En esa medida, se considera más adecuado que la reforma reitere lo que han definido de forma unánime en su jurisprudencia tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, las cuales han optado por exigir la garantía del derecho de defensa, sin que resulte obligatorio para los empleadores brindar una segunda instancia ni sancionar el hecho de no otorgarla con la ineficacia de la actuación.

1. TERMINACIÓN ARBITRARIA O DISCRIMINATORIA DEL CONTRATO

Las formas de terminación del contrato de trabajo están establecidas en el artículo 61 del CST. Dentro de ellas, la legislación colombiana contempla el despido sin justa causa, en el que debe mediar el pago de una indemnización.

El párrafo del artículo 10 del proyecto de la reforma indica lo siguiente:

Están proscritos los despidos arbitrarios o discriminatorios. Cuando un trabajador o trabajadora alegue haber sido despedido por un motivo discriminatorio, el empleador tendrá la carga de probar que ello obedeció a razones objetivas o no discriminatorias; en caso contrario el despido se tendrá por ineficaz y el trabajador tendrá el derecho al reintegro sin solución de continuidad o una indemnización equivalente a la del despido unilateral sin justa causa.

En este punto es importante analizar qué se entiende por arbitrario. ¿Acaso este término implica que no se puede terminar un contrato sin justa causa? Preguntas como esta son de especial relevancia, porque precisamente la terminación del contrato sin justa causa es la ruptura unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador con la consecuencia de tener que pagar la indemnización.

⁶⁷ “Mipymes generan el 78% del empleo total en Colombia”, *El Nuevo Siglo*, 26 de junio de 2022, <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/06-26-2022-mipymes-generan-el-78-del-empleo-total-del-pais>

⁶⁸ Conforme a lo estipulado en el Decreto 957 de 2019, el tamaño de las empresas depende de sus ingresos por actividades ordinarias anuales y del sector económico en el cual desarrolla su actividad. Por ejemplo, se considera que, en el sector servicios, una microempresa es la que tiene ingresos anuales iguales o inferiores a 32.988 UVT, que a un valor de UVT de \$42.412 para 2023, corresponde a \$1.399.087.056 anuales, por tanto menos de \$116.590.588 mensuales. En consideración de lo anterior, si una microempresa de dicho sector destinara el 30 % de sus ingresos mensuales para gastos de personal (\$38.863.529), ¿cuántas personas tendría para manejar personal?, ¿cómo podría garantizar esa revisión de la decisión, para que dicha omisión, no genere la ineficacia de la terminación?

No debe olvidarse que la posibilidad de terminar el contrato de trabajo sin justa causa obedece a la condición resolutoria de los contratos y al ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes⁶⁹. Por lo tanto, privar a las partes de la posibilidad de ejercer dicha autonomía y perpetuar un vínculo contra su voluntad desconocería no solo principios básicos del derecho sino, además, derechos fundamentales atados al ejercicio de la libertad. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

el reconocimiento de la libertad para contratar contempla también un aspecto negativo, cual es el de la autonomía para dar por terminada la relación contractual, sin perjuicio de la asunción de las responsabilidades patrimoniales que dicho evento pueda generar respecto de la parte afectada con esa conducta⁷⁰.

La *arbitrariedad* hace referencia a aquello que se realiza por capricho y no por motivos razonables o especificados por una norma. Por lo anterior, podría decirse que el despido sin justa causa tiene como una de sus características la arbitrariedad, pues se hace sin un motivo justificable y, por ello, la consecuencia es la indemnización que debe pagar el empleador.

Entonces, la duda que surge del párrafo del artículo 10 es si realmente se quiere abrir la posibilidad de que, ante un despido sin justa causa, amparado en lo previsto en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, previo pago de la indemnización correspondiente, los trabajadores terminen alegando que la terminación es ineficaz.

Igualmente, es importante precisar lo que se entenderá por *motivo discriminatorio*, pues no es claro si el término se refiere al despido por discriminación a personas amparadas por fueros o si cualquier persona podría llegar a alegar una causal discriminatoria para que su despido se declarara ineficaz. Lo anterior, toda vez que se están ampliando de una forma absoluta los fueros, llevándolos a algo no delimitado.

Por estas razones, el artículo 10 debe ser aclarado, ya que genera la duda de si la estabilidad laboral va a implicar una limitación a la terminación del contrato de trabajo sin justa causa. Al respecto, Diego Valdivieso Rueda indica que

la configuración propuesta del artículo 10, supondría que basta con que el trabajador o trabajadora considere que su despido fue por razones discriminatorias, para que en ese caso se traslade al empleador la carga de probar una razón objetiva, lo cual no necesariamente se podría lograr cuando el despido es sin justa causa, es

⁶⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 449 de 2020. (M.P. Alejandro Linares Cantillo, 15 de octubre de 2020).

⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1507 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 8 de noviembre del 2000).

decir sin razón o motivo, caso en el cual entonces el trabajador estaría habilitado para reclamar el reintegro laboral⁷¹.

Si la norma queda redactada tal como está planteada, en cierta medida, cualquier persona podría solicitar su reintegro aludiendo arbitrariedad. No obstante, esto genera preocupación a los empleadores, que ven restringido el derecho a la libertad de empresa por la petrificación de los contratos de trabajo, pese a las necesidades económicas que requieran enfrentar.

D. INDEMNIZACIONES

No solo la modalidad contractual, la estabilidad laboral y la terminación del contrato tienen un impacto con la propuesta a la reforma laboral, pues en materia de indemnizaciones se propone un cambio considerable respecto a la cuantía que, según el proyecto de reforma, en ningún caso podría ser inferior a cuarenta y cinco (45) días de salario.

1. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO

Con el propósito de fortalecer la estabilidad laboral hay un cambio importante: el aumento del valor a pagar por indemnización de despido sin justa causa. En los contratos a término indefinido cambia el número de días pues, en caso de aprobarse la reforma, serían cuarenta y cinco (45) días por el primer año y cuarenta y cinco (45) días por segundo año y siguientes, o proporcional. En el caso del contrato a término fijo continuaría la regla que indica para la indemnización el salario que faltare para cumplir el tiempo; sin embargo, el mínimo serán 45 días de salario. Finalmente, en lo que respecta al contrato por obra o labor contratada, también se establece que serían los días de salario que faltaren para terminar la obra; para este caso se establece el mismo valor mínimo, es decir, que pasa de quince (15) a cuarenta y cinco (45) días de salario.

Esto tendría efectos en el mercado laboral, pues es muy probable que los empleadores vean el incremento del valor de las indemnizaciones como un incentivo para no contratar laboralmente, ya que finalizar un contrato de trabajo podría ser una carga económica elevada. En un estudio realizado por Fenalco a partir de cifras obtenidas de diversas empresas en relación con el impacto de la reforma en los costos, se indica que “el 27 % de los consultados evitaría al máximo la contratación de nuevo personal, en tanto que un 18 % señala que trataría de sustituir mano de obra por más automatización de procesos y tecnología”⁷².

⁷¹ Diego Valdivieso Rueda, “Impactos jurídicos y económicos de la reforma laboral”, *La República*, 10 de abril de 2023, <https://www.larepublica.co/analisis/diego-felipe-valdivieso-rueda-3573827/impactos-juridicos-y-economicos-de-la-reforma-laboral-3589010>

⁷² “¿Por qué la reforma laboral generaría más desempleo? Fenalco responde”, *Portafolio*, 2 de marzo de 2023, <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/reforma-laboral-por-que-alertan-de-posible-aumento-de-desempleo-con-el-proyecto-579340>

2. INDEMNIZACIONES Y COSTOS PARA LA EMPRESA

Las preocupaciones de algunos sectores por el aumento de los costos asociados a la terminación del contrato que trae el proyecto de reforma⁷³ radican en que consideran que esto disminuye la flexibilidad en la contratación, no responde a la realidad del mercado laboral colombiano y limita la capacidad de los empleadores de ajustar los factores de producción para responder a coyunturas económicas. Por lo tanto, es necesario, en primer lugar, caracterizar los motivos por los que se terminan las relaciones contractuales en el país y, en segundo lugar, estimar los costos que esta terminación implica para los empresarios.

Con el aumento en el costo del despido surgen dudas sobre qué efectos puede tener esto en el mercado laboral y si realmente es necesario. Históricamente hablando, este tipo de penalidades económicas al empresario surgen para proteger a los trabajadores, ya que en el mercado laboral estos se verán principalmente afectados por los ciclos económicos⁷⁴. En los momentos de crecimiento económico, el empleo crece junto con la remuneración salarial, lo que beneficia a los ocupados. No obstante, en los momentos de crisis a los productores les resulta más fácil disminuir los costos despidiendo trabajadores.

Las situaciones mencionadas implican que, en el mercado laboral, las y los trabajadores son más vulnerables y, por tanto, es necesario desincentivar la terminación de los contratos de trabajo, principalmente, a través de indemnizaciones que disuadan al empleador a despedir. En ese sentido, es necesario determinar si en el mercado laboral colombiano se debe aumentar esta protección o si tal medida no es necesaria.

Para tal fin, se consulta la GEIH que realiza el DANE, por ser la fuente estadística principal, en la medida que realiza una caracterización socioeconómica de ocupados, desocupados y las personas fuera de la fuerza de trabajo. En la encuesta se pregunta, entre otros aspectos, cuál fue el motivo por el que la o el encuestado cambió de empleo, y, por ende, sirve para establecer si aumentar las indemnizaciones por la terminación de contrato es necesario para disuadir al empleador de despedir a los trabajadores.

En la tabla 5 se evidencia que las tres razones principales por las que hubo un cambio de empleo en 2022 fueron que el contrato laboral terminó (32,1 % de los casos), seguido por condiciones laborales insatisfactorias (21,4 %) y la búsqueda de mejores ingresos laborales (15,4 %).

⁷³ Sobre todo, se han preocupado los gremios como Acopi y la ANDI, que representan mayoritariamente a los empleadores.

⁷⁴ Un ciclo económico se compone por los momentos de bonanza y crisis. En el primero se puede evidenciar un buen nivel de crecimiento económico y de desarrollo, mientras que en el segundo niveles bajos o negativos de crecimiento.

Tabla 5. Motivos de los ocupados para cambiar de empleo en 2022

Motivo para cambiar de empleo	%
Terminó el contrato	32,1 %
Condiciones laborales insatisfactorias	21,4 %
Renunció porque deseaba un empleo con mejores ingresos	15,4 %
Por quiebra o cierre de la empresa	11,6 %
Renunció por razones personales	6,7 %
Lo despidieron	3,2 %
Reducción de personal	2,9 %
Renunció por motivos de salud	2,7 %
Renunció para estudiar	2,4 %
Porque se jubiló	0,8 %
Otra	0,7 %
Por su edad	0,2 %

Fuente: Cálculos del Observatorio de Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, con base en los microdatos de la GEIH - DANE.

A partir de estos resultados es posible identificar que, realmente, la mayoría de ocupados no cambian de trabajo por despido, sino por el cumplimiento del tiempo estipulado en el contrato. Tan solo al 3,2 % de las personas se les terminó el contrato unilateralmente, por lo que aparentemente el aumento de las indemnizaciones no es realmente una medida imprescindible. Si el porcentaje de la terminación unilateral del contrato fuera mayor, esto significaría que los empleadores perciben relativamente bajo el costo del despido, lo que vulneraría los derechos de las y los trabajadores y, en consecuencia, afectaría su bienestar. En este punto, es importante indicar que la GEIH indica que casi el 50 % de las personas encuestadas cambiaron de empleo por decisiones propias.

Si se analizan los motivos por los que las personas desempleadas dejaron su último empleo, se evidencia que los despidos solo representan el 5,4 % de los casos. En realidad, la mayoría de las personas suelen renuncian por responsabilidades familiares (21,9 %), enfermedades o accidentes (18,7 %) y porque en otros casos, las personas quedan desempleadas porque el trabajo que desempeñaban era temporal (17,6 %). Esto refuerza la idea de que el costo de terminar el trabajo unilateralmente ya está en un nivel que disuelve la arbitrariedad y, en ese sentido, aumentarlo no parece ser necesario.

Tabla 6. Motivos de los desocupados para dejar el último empleo en 2022

Motivo	Proporción de ocupados que dejaron su empleo por este motivo
Responsabilidades familiares	21,9 %
Enfermedad o accidente	18,7 %
Trabajo temporal terminado	17,6 %
Jubilación o retiro	13,6 %
Cierre o dificultades de la empresa	8,8 %
Condiciones de trabajo insatisfactorias	6,5 %
Por despido	5,4 %
Otro	5,1 %
Para dedicarse a estudiar	2,4 %

Fuente: Datos del Observatorio de Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, con base en los microdatos de la GEIH - DANE.

Dado que la terminación del contrato puede darse con o sin justa causa, podemos concluir que la proporción de personas que se despiden injustamente es aún menor, sin embargo, no es posible identificarla con mayor grado de exactitud.

Aumentar la indemnización no necesariamente va a tener impactos significativos en los despidos. Sin embargo, es importante calcular el aumento de la indemnización, con respecto a lo que se estipula actualmente. Para esto es necesario considerar diferentes casos con respecto al salario que ganan y el tiempo que la persona lleva vinculada a la empresa. En la tabla 6 se muestran los resultados de este ejercicio, tomando en cuenta el valor actual del SMMLV) para 2023⁷⁵.

Tabla 7. Aumento del costo por despido

Tiempo en la empresa	Salario en SMMLV de 2023	Indemnización actual	Indemnización con la reforma	Aumento porcentual del costo
1 año o menos	1	1.160.000	1.740.000	50 %
	10	7.733.333	17.400.000	125 %
2 años	1	1.933.333	3.480.000	80 %
	10	13.533.333	34.800.000	157 %
10 años	1	8.893.333	17.400.000	96 %
	10	59.933.333	174.000.000	190 %

Fuente: Cálculos del Observatorio de Mercado de Trabajo y la Seguridad Social

⁷⁵ Estos cálculos se realizan con base en la explicación presentada en la sección de indemnización que hace parte de la descripción de los aspectos jurídicos que acarrea la reforma.

Se puede observar que, cuando una persona percibe un (1) SMMLV, el aumento de la indemnización varía entre 50 % y 165%, mientras que el aumento de la indemnización para una persona con 10 SMMLV varía entre 125 % y 190 %. Esta diferencia en la indemnización permite pensar que las empresas buscarán retener a los trabajadores de mayores ingresos, por cuanto les resulta mucho más onerosa su indemnización. Distinto sucederá con las personas de menores ingresos, que serán más susceptibles a ser despedidas sin justificación y cuya vulnerabilidad será mayor si llevan poco tiempo en la empresa.

3. INDEMNIZACIÓN MORATORIA

El artículo 65 del CST consagra lo siguiente:

Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

Lo anterior quiere decir que, a partir del mes 25, no se pagará una indemnización de un día de salario por cada día de retraso, sino intereses moratorios a la tasa máxima definida por la Superintendencia Financiera.

Con el cambio propuesto por la reforma laboral, la indemnización moratoria no solo aplicaría por la mora en el pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo, sino también por las indemnizaciones, y siempre será de un día de salario por cada día de retardo. Esto genera un inconveniente pues como indica la sentencia C-892 de 2009, citando a la sentencia C-079 de 1999, “la indemnización moratoria no podía considerarse, en estricto sentido, como una sanción en contra del empleador, sino como un mecanismo que salvaguardaba al trabajador de los efectos de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda.”⁷⁶

La regla, como se encuentra consagrada actualmente en el CST, tiene como objetivo que quienes ganan más de un (1) SMMLV sean precavidos y acudan a la jurisdicción antes de

⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-892 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 2 de diciembre de 2009)

que hayan pasado dos años desde la terminación del contrato de trabajo, porque después ese término la moratoria ya no será de un día de salario por cada día de retardo sino los intereses por mora para créditos de libre asignación.

En este punto, el proyecto retrocede a algo que se había superado con la Ley 789 de 2002 porque vuelve a establecer que la moratoria será de un día de salario por cada día de retardo desde la terminación del contrato hasta que se dé el pago, es decir, el cálculo de la moratoria podrá ser perfectamente ser de tres, cuatro, cinco o más años, dependiendo de cuánto dure el pleito. Como los derechos laborales prescriben a los tres años, si el trabajador reclama salarios, prestaciones y moratoria, puede revivirse la mala práctica de algunos abogados de esperar casi los tres años para presentar la demanda con lo cual, cuando el proceso inicia, perfectamente se han causado casi tres años de indemnización moratoria, lo cual es un mecanismo para “engordar” el monto del fallo más que buscar la resolución de los conflictos jurídicos a favor de los trabajadores.

Finalmente, frente a la indemnización moratoria por el no pago de la indemnización por finalización injusta del contrato de trabajo, queda la duda de si este pago solo aplica cuando un empleador, sabiendo que debe indemnizar por despido injusto, incumple su obligación o si también aplicaría a los casos en que un empleador despide con justa causa a alguna o alguno de sus trabajadores, pero en un proceso judicial, se determina que el despido fue injusto.

En este último caso, ¿se podría reclamar el pago de la indemnización por despido sin justa causa y, adicionalmente, se podrá pedir la indemnización del artículo 65? Como no es claro si la respuesta a este interrogante sería positiva, por lo menos se debería tener en cuenta lo definido jurisprudencialmente: la indemnización moratoria no opera de forma automática, sino que requiere, para su causación, un componente subjetivo como lo es la mala fe del empleador⁷⁷. Por tanto, lo propuesto por la reforma debe interpretarse en el siguiente sentido: si un empleador obró con pleno convencimiento de haber actuado conforme a la ley —es decir, de buena fe—, no debe imponerse la indemnización moratoria.

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, Sentencia SL16967-2017, radicación 46007 (M.P. Jorge Prada Sánchez).

IV. DERECHO LABORAL COLECTIVO

El proyecto de reforma busca cumplir con los estándares internacionales en materia de derechos laborales colectivos como la libertad sindical, en especial, lo previsto por los órganos de control de la OIT que, durante años, le han pedido al Estado colombiano adecuar sus normas a los compromisos adquiridos internacionalmente ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos e, incluso, ante socios comerciales como Canadá, Estados Unidos, la Unión Europea y la OCDE.

Ideas principales

- Actualmente, Colombia es un país con tasas de sindicalización bajas en el sector privado y con una estigmatización alta frente a las organizaciones sindicales. Por tanto, es importante hacer una reforma en el ámbito del derecho colectivo, que permita fortalecer el derecho de asociación y el trabajo decente.
- La figura del pacto colectivo no debe ser prohibida en el ordenamiento jurídico colombiano. Por el contrario, debe fortalecerse con mecanismos de inspección, vigilancia y control para evitar el uso indebido que desincentive la asociación sindical. Es importante proteger esta figura, porque de esa manera se garantizan derechos fundamentales de trabajadores no sindicalizados.
- Para fortalecer la capacidad negocial del movimiento sindical, el proyecto de reforma plantea que la negociación colectiva se haga a nivel de rama o sector de actividad, o en cualquier otro nivel y bajo el criterio de unidad negocial. En otras palabras, esta debe adelantarse con unidad de pliego, unidad de comisión negociadora, unidad de mesa de negociación y debe concluir en una única convención colectiva de trabajo, por nivel, para lograr que los sindicatos coordinen sus actividades y se evite la multiplicidad tanto de negociaciones como de convenciones en una misma empresa.
- La reforma planteada busca flexibilizar algunas de las regulaciones actuales del derecho a la huelga, eliminando algunas barreras legales para su ejercicio. El ejemplo más claro es la norma que permitiría la huelga en los servicios públicos esenciales, siempre y cuando se garantice la prestación del servicio mínimo para evitar su interrupción.

A. PERTINENCIA DE UNA REFORMA DEL DERECHO LABORAL COLECTIVO

Frente al cuestionamiento de si realmente es necesaria una reforma laboral en esta materia, la respuesta es afirmativa por varias razones. Entre estas destaca el fomento de la unidad sindical, la búsqueda de la paz laboral y, sobre todo, la adaptación normativa al contexto económico, social, cultural y laboral actual.

Colombia se encuentra en un escenario difícil en materia de relaciones laborales colectivas. En primer lugar, las tasas de sindicalización en el sector privado no superan el 5%, mientras que otros países como Argentina supera el 35 %, según datos de la OIT⁷⁸.

Además, hay una escasa cobertura de la negociación colectiva y poca representatividad de los sindicatos en el sector privado. Esto genera efectos negativos que conllevan un menor desarrollo del Estado social de derecho y una afectación de la calidad de la democracia social, entendida como la calidad de participación de las y los trabajadores y sus voceros en todos los asuntos que los afecten.

La debilidad del movimiento sindical en Colombia tiene diferentes causas que pueden clasificarse en socioeconómicas y jurídicas.

Las causas socioeconómicas están íntimamente relacionadas con la informalidad laboral y el desempleo estructural. Si bien, la legislación no contempla una prohibición que impida que los trabajadores informales puedan sindicalizarse, la realidad es que resulta muy difícil que ejerzan su derecho de asociación sindical, por la dispersión que existe y la dificultad que implicaría laborar un proyecto común.

En lo que respecta a las causas jurídicas, estas incluyen una regulación anacrónica de los sindicatos, que se refleja en figuras como la atomización de la negociación colectiva. Lo anterior implica que cada sindicato, sin importar su nivel de representatividad, adelanta su propia negociación colectiva, conforme a lo que consideró la Corte Constitucional en la Sentencia C-567 de 2000, en el sentido de que la representación conjunta menoscabada la autonomía sindical o que la declaración de la huelga en una empresa paraliza toda la organización, afectando incluso a los trabajadores que no hacen parte de una organización sindical o del sindicato que declara la huelga.

El mercado laboral de América Latina se caracteriza por la presencia de una gran cantidad de micro y pequeñas empresas. Esto implica que, en la mayoría de los casos, no existen sindicatos debido a que no se cumple con el mínimo de trabajadores requeridos por la ley para su constitución que, en Colombia, por ejemplo, es de veinticinco (25) trabajadores. Dicho esto, si la mayoría de las empresas tienen menos de cinco (5) trabajadores, se excluye automáticamente la posibilidad que estos tienen de afiliarse a sindicatos de empresa, aunque sí podrán sindicalizarse acudiendo a sindicatos gremiales o de industria.

La inseguridad laboral y la falta de estabilidad en el empleo son problemas que también inciden en las tasas de sindicalización. Cuando las personas no tienen seguridad en su empleo, les resulta difícil unirse a un sindicato. Por ejemplo, alguien que tenga un contrato

⁷⁸ Organización Internacional del Trabajo, *Estadísticas de afiliación sindical*, 2019, https://www.ilo.org/shinyapps/bulkexplorer32/?lang=es&id=ILR_TUMT_NOC_RT_A

a término fijo o por obra o labor podría abstenerse de unirse a un sindicato por temor a que su contrato no sea renovado.

En consecuencia, la reforma laboral debe propender por varios aspectos, entre los que se encuentra la autonomía sindical, la protección de las garantías sindicales, la reducción de la conflictividad laboral, la unidad sindical y la seguridad jurídica.

B. DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL

La Corte Constitucional ha establecido que el derecho de asociación sindical tiene una estrecha relación con el de libertad sindical, en la medida que aquel permite el cumplimiento de este. En la sentencia C-399 de 1999, el tribunal señaló que el derecho de asociación es “la facultad de toda persona para comprometerse con otra en la realización de un proyecto colectivo, libremente concertado, de carácter social, cultural, político, económico, etc. a través de la conformación de una estructura organizativa, reconocida por el estado (...)”⁷⁹. Lo anterior quiere decir que el objetivo de las organizaciones sindicales es mejorar las condiciones de vida de las personas y propiciar la productividad en condiciones de trabajo decente y trabajo digno.

En ese sentido, el artículo 47 del proyecto de reforma establece una serie de garantías para el ejercicio de la libertad sindical que usualmente se encontraban en los pliegos de peticiones y, por ende, en las convenciones colectivas. Algunas de estas son: el reconocimiento sindical, los permisos sindicales, la comunicación con la empresa, los espacios de diálogo bipartito y, el acceso a los lugares de trabajo o a la información, entre otros.

Frente a estas garantías que trae el proyecto es importante recordar lo que la Corte Constitucional expuso en la sentencia T-502 de 1998 al decir que estas “no son meros instrumentos legales para el desarrollo de la actividad sindical. Su relación inescindible con el derecho de asociación y representación sindical, hacen de éstos un mecanismo esencial para el desenvolvimiento de este derecho y, por tanto, requieren de protección judicial cuando se empleen o desplieguen conductas tendientes a desconocerlos o limitarlos”⁸⁰.

Algunos representantes sindicales consideran que, con la reiteración de estas garantías, se brindan las herramientas para promover y aumentar los índices de afiliación que, en la actualidad, son muy bajos por las políticas antisindicales y la discriminación ejercida frente a las y los trabajadores sindicalizados. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que varios de los aspectos a los que refiere el artículo 47 del proyecto de ley pueden configurar una violación del derecho a la igualdad, en cuanto se privilegia el papel de las organizaciones sindicales más representativas, desconociendo que constitucionalmente todos los

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-399 de 1999. (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 2 de junio de 1999).

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-502 de 1998. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 17 de septiembre de 1998).

sindicatos gozan de iguales garantías frente a trabajadores y empleadores, sin importar su número de afiliados.

En el mismo artículo, el proyecto establece una serie de conductas antisindicales, varias de las cuales han sido estudiadas por la jurisprudencia. Ejemplo de estas es la desmejora de las condiciones de trabajo de directivos, fundadores, representantes, negociadores o de quienes hayan participado en una huelga o la terminación de los contratos de trabajo con el fin de afectar la organización sindical.

Aunque las conductas que se listan en el proyecto pueden presentarse en la práctica, por técnica legislativa no es conveniente legislar con casuística, porque se puede terminar excluyendo conductas que no se identificaron cuando se redactó el artículo. Por esta razón, sería recomendable mantener lo que dice el artículo 354 del CST, que refiere a los aspectos genéricos de lo que constituye violaciones a la libertad sindical, en los cuales puede quedar tipificada cualquiera de las conductas que se den en la realidad.

En el mismo sentido aparecen conductas en el proyecto de ley, cuya constitucionalidad es muy discutible, dado que pueden colisionar con otros derechos fundamentales como la libertad de expresión y el libre desarrollo de la personalidad. Ciertamente, consagrar como conducta antisindical el “denigrar de los sindicatos y difundir *informaciones difamatorias acerca de los mismos, entre sus afiliados, entre los trabajadores de las empresas y ante la comunidad en general*⁸¹”, puede generar dificultades de encuadramiento semántico, provocar choques entre los actores sociales y llevar a radicalizar posiciones en el manejo de las relaciones laborales colectivas, toda vez que el alcance de la expresión *denigrar*, además de ser amplio y ambiguo, no constituye un delito o una conducta prohibida, conforme a lo dicho por la amplia doctrina constitucional relacionada con la libertad de expresión. Sería menester identificar, caso por caso, el supuesto fáctico acusado, situación que no es de fácil manejo y se torna, en definitiva, en una norma que ofrece dificultades constitucionales y operativas.

El proyecto refiere a que las sanciones administrativas por las conductas violatorias del derecho de asociación sindical se tasarán conforme al tamaño de la empresa, lo que puede resultar inconveniente y desincentivar el crecimiento empresarial, si se tiene en cuenta que Colombia es un país de empresas pequeñas. Asimismo, se pone de presente que, si con la reforma no se estimula la creación de nuevas empresas, nuevos puestos de trabajo o el desarrollo económico, difícilmente podrán alcanzarse los tan anhelados incrementos en las tasas de sindicalización.

⁸¹ Literal m, numeral 2 del artículo 47 del proyecto de reforma. (cursivas fuera del texto).

1. SUBDIRECTIVAS Y COMITÉS SINDICALES DE LOS SINDICATOS DE INDUSTRIA

Por disposición del marco legal vigente, los sindicatos de industria, rama o sector de actividad solo pueden tener una subdirectiva en aquellos municipios distintos de su domicilio principal en los que tenga por los menos 25 afiliados o un comité seccional cuando en municipios, distintos a su domicilio principal tengan un número de afiliados no inferior a 12 miembros. Sin embargo, con lo planteado en el artículo 49 del proyecto de reforma se podrían tener varias subdirectivas en un mismo municipio, distinto al del domicilio principal del sindicato, si se cuenta con el mínimo de veinticinco (25) trabajadores en cada una de las empresas que estén en esos municipios o ciudades. Además, podrían existir varios comités seccionales en un mismo municipio, distinto al del domicilio principal del sindicato, si se cuenta con el mínimo de doce (12) trabajadores en cada una de las empresas que estén en esos municipios o ciudades

Dicha disposición constituye una ampliación de los fueros sindicales, por cuanto en una misma empresa habría fueros por sindicatos de empresa y por sindicatos de industria. Esto desconoce lo indicado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-043 de 2006:

Debe señalarse que el derecho de participación democrática en las organizaciones sindicales no puede soportarse en la simple existencia de un gran número de directivas o comités seccionales en un mismo municipio, lo que podría entorpecer su normal funcionamiento, sino en garantizar la real y efectiva participación de todos los trabajadores en las decisiones que los afectan y en la defensa de sus intereses comunes, lo que se logra con la posibilidad de crear una subdirectiva o comité sindical por municipio y en un lugar distinto al domicilio principal del sindicato⁸².

Es decir, la propuesta desconoce que la normativa actual contempla la participación de las personas asociadas a los sindicatos mediante mecanismos de representación en asambleas de delegados, sin necesidad de crear diversas subdirectivas o comités que burocraticen o incluso deriven en una mayor fragmentación y rivalidad al interior de las organizaciones sindicales.

Se considera, entonces, que se desconocen los principios de necesidad y proporcionalidad al permitir más subdirectivas y comités seccionales por empresa, ya que esto acarrea el incremento de fueros sindicales, afecta la unidad sindical y promueve que algunas organizaciones se presten para favorecer fines individuales sobre los colectivos. Todo lo anterior afecta la función principal de los sindicatos, que es la negociación y la consecuente suscripción de una convención colectiva⁸³. Esto se ha evidenciado con la creación de

⁸² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-043 de 2006. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 1 de febrero de 2006).

⁸³ López & Asociados Abogados, *Panorama sindical en Colombia. Explosión de estructuras sindicales* (Bogotá, 2022), HYPERLINK "[66](https://www.lopezasociados.net/wp-content/uploads/2022/09/Informe-Sindicatos-05-</p></div><div data-bbox=)

sindicatos que no presentan pliegos de peticiones, no cobran cuotas sindicales, no cumplen procesos democráticos para la toma de decisiones, pero sí tienen juntas directivas que benefician a algunos afiliados con el fuero sindical.

Conforme a lo anterior, resulta contradictorio que con el proyecto de reforma se busque la representatividad y unidad sindical, pero se incluyan disposiciones que favorecen la fragmentación e incentivan la creación de organizaciones sindicales de papel, como lo es la posibilidad de crear de varias subdirectivas en una misma ciudad.

2. MEDIDAS CAUTELARES PARA LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LA ASOCIACIÓN

El artículo 52 del proyecto de ley propone la creación de un procedimiento sumario para la proyección judicial contra conductas antisindicales. Con este se prevé que los jueces ante los que se adelante este procedimiento dispongan de amplias facultades para proteger los derechos y las libertades sindicales de las y los trabajadores, así como de sus organizaciones, tales como decretar medidas cautelares o definitivas, o imponer multas de entre uno (1) y cien (100) SMMLV a las personas naturales que realicen, promuevan, instiguen o asesoren tales conductas.

Este procedimiento representa un riesgo para algunos derechos fundamentales como el debido proceso, el derecho a la defensa y la libertad probatoria, pues la persona demandada, sin posibilidad de controvertir lo que alega la parte demandante, terminaría con una sanción de multa en salarios mínimos que, por demás, no garantiza la terminación de la supuesta conducta por la que se le sanciona. Además, en esta propuesta no se indica que otras actuaciones tendrán relación con esa medida cautelar, como tampoco se especifica qué pasaría con las multas pagadas cuando la persona demandada sea absuelta.

Debe tenerse en cuenta que la protección de derechos sindicales está ligada a la asociación como derecho fundamental. En ese sentido, la acción de tutela es un mecanismo expedito para proteger a trabajadores y sindicatos. Si lo que se quiere es presionar con sanciones a quienes violan la libertad sindical, no es necesario modificar el procedimiento previsto en el artículo 380 del CST, basta con adicionar el artículo 85A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social para establecer otras medidas cautelares.

3. CLASIFICACIÓN SINDICATOS DE TRABAJADORES Y LIBERTAD SINDICAL

El artículo 356 del CST clasifica los sindicatos de trabajadores en sindicatos de empresa, de industria, gremiales y de oficios varios⁸⁴. Esto permite cuestionar si dicha normatividad constituye una limitación a las y los trabajadores para el ejercicio de su derecho de libertad

09-2022.pdf"<https://www.lopezasociados.net/wp-content/uploads/2022/09/Informe-Sindicatos-05-09-2022.pdf>

⁸⁴ Código Sustantivo del Trabajo. Decreto Ley 3743 de 1950, art., 356, 7 de junio de 1951.

sindical, toda vez que la decisión de creación o afiliación a un sindicato debe, necesariamente, circunscribirse a una de las cuatro opciones permitidas.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-180 de 2016, señaló que esta clasificación

no afecta el núcleo esencial del derecho fundamental de libertad sindical, ya que no interfiere en los asuntos de funcionamiento, estructura o administración de las organizaciones, sino que conforme al mandato del segundo inciso del artículo 39 Superior determinó un orden legal para el ejercicio de ese derecho fundamental... el hecho de que se establezcan cuatro formas de asociación -empresa, industria, gremial u oficios varios -Supra numeral 46-, no implica una afectación grave al derecho de libertad sindical, pues la potestad de autodeterminarse a través de sus estatutos, no tiene el alcance de modificar o estar por encima de la Constitución o la Ley⁸⁵.

El artículo 48 del proyecto introduce una modificación a esta disposición, al señalar que los trabajadores podrían crear las organizaciones sindicales que estimen convenientes y que, además de los cuatro tipos de sindicatos que existen en el CST, podría haber sindicatos de grupos de empresas o de cualquier forma que se estimara conveniente. Esta redacción se fundamenta en el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, en cuyo artículo 2 se dispone que “trabajadores y empleadores sin ninguna distinción y sin autorización previa tienen el derecho de constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes”⁸⁶.

El Comité de Libertad Sindical, a su vez, señala que “el derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones de su elección incluye el de constituir organizaciones a nivel de empresa además de las organizaciones de nivel superior a las que ya pertenecen” y que “los trabajadores deberían poder, si lo desearan, afiliarse simultáneamente a un sindicato de rama y a un sindicato de empresa”⁸⁷. Ahora bien, esa posibilidad ilimitada de crear las organizaciones sindicales que a bien se tenga no implica alterar su clasificación, simplemente hace referencia a la posibilidad que tienen los trabajadores de afiliarse a cuantas organizaciones sindicales les sea posible.

Podría indicarse, entonces, que la eliminación de la clasificación sindical propuesta en el proyecto de ley tiene como objetivo el fortalecimiento del movimiento sindical, deteriorado por situaciones de fragmentación y atomización que han perjudicado la organización

⁸⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-180 de 2016. (M.P. Alejandro Linares Cantillo, 13 de abril de 2016).

⁸⁶ Organización Internacional del Trabajo, *C087 - Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948*, art. 2.

⁸⁷ Organización Internacional del Trabajo, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, sexta edición (Ginebra, 2018), párr. 505 y 547, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_635185.pdf

sindical. Sin embargo, se debería precisar conceptualmente a qué corresponde el sindicato de grupos de empresa y no debería permitirse la existencia de sindicatos de “cualquier forma que estimen conveniente”, por cuanto se abriría la posibilidad de que se funden sindicatos con cualquier finalidad, incluso no laboral, como se ha evidenciado en el Ministerio del Trabajo. Un caso que sirve como referencia es el de clubes nocturnos que se constituyen como sindicatos para obtener ventajas tributarias y evitar la intervención de las autoridades de policía cuando realizan fiestas por fuera de los horarios permitidos por la ley, argumentando que gozan de libertad sindical.

C. NEGOCIACIÓN COLECTIVA: NIVELES DE NEGOCIACIÓN Y UNIDAD NEGOCIAL

La OIT ha señalado que la *negociación colectiva* es el mecanismo fundamental del diálogo social, a través del cual empleadores y sindicatos pueden convenir salarios justos y condiciones de trabajo adecuadas, y que, además, constituye la base del mantenimiento de buenas relaciones laborales⁸⁸. Lo anterior quiere decir que esta se configura como la herramienta que permite a los trabajadores conseguir esas mejoras y tener un trabajo digno.

1. NEGOCIACIÓN SECTORIAL

El artículo 55 del proyecto de reforma establece la negociación colectiva a nivel de rama o sector de actividad, grupos empresariales y empresa, o en cualquier otro nivel que las partes estipulen conveniente. Frente a este punto es importante aclarar que no se deroga la negociación de empresa prevista en el CST, pero se entiende que la disposición busca priorizar la negociación sectorial.

Esta disposición se enmarca en las previsiones de los convenios 98 y 154 de la OIT y en el consenso doctrinario que señala la falta de normas para estructurar la negociación colectiva como una debilidad del ordenamiento jurídico colombiano⁸⁹.

Aunque existen como referencia dos experiencias de negociación de industria en Colombia —sector eléctrico y bananero— y en el proyecto de ley se establece que se pueden pactar capítulos especiales o acordar fórmulas para regular las condiciones de trabajo y de empleo en las micro y pequeñas empresas de una misma industria, ante las asimetrías que hay entre las empresas de un mismo sector, es posible que los mismos sindicatos de industria prefieran adelantar la negociación a nivel de empresa, previendo las dificultades para cumplir las obligaciones pactadas.

⁸⁸ Organización Internacional del Trabajo, *Negociación Colectiva y relaciones laborales*,. <https://www.ilo.org/global/topics/collective-bargaining-labour-relations/lang-es/index.htm#:~:text=La%20negociaci%C3%B3n%20colectiva%20es%20un%20mecanismo%20fundamental%20del%20di%C3%A1logo%20social,mantenimiento%20de%20buenas%20relaciones%20laborales>.

⁸⁹ Francisco Ostalu de la Font de León Francisco Rafael Ostau de Lafont de León,. “*Modelo jurídico sindical colombiano*” (Bogotá: Universidad Libre, 2011).

En relación con este punto, la reforma no establece cómo se fijan los sectores para la negociación, cómo se convocan los actores que participarían ni cómo se garantizará su participación. Aunque esto podría ser una apuesta para que en su libertad de autocomposición de las partes fueran las que fijaran esos criterios, lo más conveniente hubiera sido que el proyecto de reforma trajera una regulación más clara sobre este aspecto.

2. UNIDAD NEGOCIAL

Con el objetivo de fortalecer el movimiento sindical, el artículo 58 del proyecto de reforma propuesta plantea que la negociación colectiva, en cualquier nivel, debe adelantarse con unidad de pliego, unidad de comisión negociadora, unidad de mesa de negociación y concluir en una única convención colectiva de trabajo por nivel.

La norma prevista busca que en los escenarios de negociación se presenten pliegos de peticiones unificados. Esta tarea implica que las organizaciones sindicales renuncien a sus intereses particulares y apliquen lo que demandan de los empleadores: opciones verdaderas de concertación para lograr acuerdos y restablecer la unidad sindical que se perdió desde 2008, cuando la Corte Constitucional permitió, mediante sentencia C-063 de 2008, que en una misma empresa hubiera paralelismo sindical; esto es, varios sindicatos de empresa a la vez.

El título del artículo del proyecto de reforma refiere a la representatividad. Sin embargo, lo que este regula son temas de representación de las partes de la negociación colectiva, es decir, confunde los conceptos de *representatividad* y *representación*, desconociendo que la primera refiere a la capacidad del sindicato de aglutinar y sintetizar los dispares intereses de sus afiliados⁹⁰—que depende del electorado que se manifiesta a través del voto⁹¹—, mientras que la segunda es la consecuencia de la *representatividad*, en la medida que el sindicato más representativo es el que debería llevar la representación de los intereses de todos los trabajadores en la empresa.

El proyecto de reforma laboral establece que, para los empleadores, la legitimación en las negociaciones colectivas del sector de actividad, rama o industria estaría a cargo de las organizaciones que ellos mismos designen libremente por consenso o, en su defecto, a cargo de la organización u organizaciones de empleadores más representativas del respectivo nivel. Sin embargo, en este punto no se especifica si la representatividad se medirá por el número de trabajadores contratados o por aspectos netamente económicos.

⁹⁰ Este hecho legitima a los sindicatos como representantes de las personas que se afilian a ellos.

⁹¹ Antonio Baylos y Nunzia Castelli, *Notas sobre la representación y la representatividad sindical en España* (Universidad Castilla La Mancha, 2013). Este texto es parte del trabajo de investigación titulado *Trade Union representation in the European Union member Countries: Spanish Report*, dirigido por la CGIL italiana bajo la dirección de Stefano Oriani, publicado a comienzos de 2013.

Si la reforma pretende establecer una serie de reglas para estructurar la negociación colectiva de industria, estas deberían expresar de manera clara qué se entiende por *consenso* y cómo se debe actuar si no lo hay. Por ejemplo, en una negociación de industria, si una empresa otorga poder para ser representada en la mesa de negociación, pero cuando ve lo acordado sabe que no tiene cómo cumplirlo, ¿podría oponerse a aplicar la convención colectiva alegando que no tiene capacidad económica para ello?

Si con la reforma se piensa estructurar la unidad negocial, es necesario que se estudie a fondo la representatividad y que, además, se den unas reglas claras respecto a los acuerdos y su cumplimiento, porque de otra forma esto podría incrementar la conflictividad por las dificultades que en la práctica representara contar con una convención colectiva a nivel de industria y la pretensión de implementarla para todo el sector.

El artículo 58 del proyecto establece, en el caso de los trabajadores, que la representación en la comisión negociadora sería por acuerdo y si esta no se lograra, sería proporcional al número de afiliados con derecho y pago a cuota sindical. Además, fija un máximo de diez (10) negociadores en negociaciones de empresa y de quince (15) en negociaciones de niveles superiores. Esto sin duda representa un problema porque es una realidad que muchas empresas tienen múltiples sindicatos, algunos de los cuales son poco representativos y tienen un número bajo de afiliados, entonces, puede suceder que estos no alcancen a tener ninguna posibilidad de estar representados en la mesa de negociación y para esta situación en el proyecto no se prevé ninguna alternativa.

3. CONVENCIÓN COLECTIVA

El artículo 54 del proyecto de reforma modifica la definición de la convención colectiva prevista en el artículo 467 del CST, toda vez que la define como un acuerdo que pueden suscribir empleadores, grupos de empleadores, organizaciones de empleadores, por una parte, y una o varias organizaciones de trabajadores por la otra, y establece que su fin ya no es solo regular las condiciones de trabajo, sino también de empleo y sus relaciones recíprocas. Además, el contenido de este artículo impone al Estado la carga de promover y garantizar el libre ejercicio de la negociación colectiva en todos los niveles, como también de adoptar las medidas necesarias para facilitar y fomentar la negociación entre empleadores y organizaciones sindicales.

Debe ponerse de presente que constituye un error de técnica legislativa incluir dentro del artículo que se encarga de definir lo que debe entenderse por convención colectiva una disposición que nada tiene que ver con este aspecto y que debería regularse de forma independiente en otro artículo, como es la de imponer al Estado la obligación de promover el libre ejercicio de la negociación colectiva.

Esta modificación va de la mano con el Convenio 154 de la OIT sobre el fomento de la negociación colectiva y el artículo 55 de la Constitución Política que preceptúa como “deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución de los conflictos colectivos del trabajo”⁹². Con lo anterior, se reafirma el deber del Estado de promover y garantizar la negociación colectiva, el cual debe quedar en un artículo distinto al que define lo que es una convención colectiva.

Extensión de la convención

Actualmente, el artículo 470 del CST prevé que

las convenciones colectivas del trabajo suscritas con sindicatos cuyos afiliados no excedan de la tercera parte del total de trabajadores de la empresa, solamente es aplicable a los miembros del sindicato, por el contrario, aquellas convenciones suscritas con trabajadores sindicalizados que constituyan más de la tercera parte de trabajadores de la empresa, por extensión la convención se aplicará a toda la empresa⁹³.

Con el artículo 56 del proyecto de reforma laboral se modifica esa extensión y se señala que “cuando la convención colectiva sea parte un sindicato o sindicatos que afilien cuando menos a la quinta parte del total de los trabajadores, las normas de la convención se extienden a trabajadores del respectivo nivel... estén sindicalizados o no”.

Ampliar la extensión de la convención colectiva como consecuencia de la negociación hecha con alguno o algunos sindicatos cuya representatividad en la empresa es relativamente baja —pues solo comprendería el 20 % de los trabajadores— es desproporcionado porque en consonancia con el artículo 58 del proyecto que habla de unidad negocial, en un supuesto hipotético, llevaría a que todos los sindicatos que hay en la empresa, que participaron en la negociación colectiva, aunque representen solo al 20% de los trabajadores, estarían decidiendo temas que el 80 % restante no tuvo oportunidad de discutir con el empleador, lo cual, desconoce el principio democrático.

Sin embargo, es importante tener en cuenta un aspecto que ha sido expuesto tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, relativo a que estas disposiciones no deben interpretarse en el sentido de que la extensión de la convención sea de forzosa aceptación para las y los trabajadores no sindicalizados, pues esto desconocería su derecho de asociación sindical en su dimensión negativa.

Se trata entonces de la consagración de un beneficio legal que apunta a la salvaguarda del principio de igualdad, cuya aplicación —como se infiere de su rigor

⁹² Constitución Política de Colombia. Art. 55.

⁹³ Código Sustantivo del Trabajo. Decreto Ley 3743 de 1950, art., 470, 7 de junio de 1951.

normativo— no se impone de forma forzosa, tanto es así que los trabajadores no sindicalizados, como lo ha admitido la Corte Suprema de Justicia, pueden renunciar a dicho beneficio y, por ende, abstenerse de tener que pagar la cuota sindical que surge como contraprestación de la extensión.

Por lo anterior, en su origen, es claro que el precepto acusado en ningún momento se refirió a las reglas que permiten ejercer la titularidad o representación sindical en los procesos de negociación colectiva, limitándose a consagrar el efecto expansivo de la convención a terceros, sin que la misma se impusiese de forma forzosa a los trabajadores no sindicalizados⁹⁴.

Conforme a lo expuesto, de aprobarse el texto propuesto, debe quedar claro que la interpretación que debe darse a estas disposiciones es el ya expuesto por la jurisprudencia.

4. CONTRATO SINDICAL

Lo que plantea este proyecto de reforma en materia de contrato sindical es su prohibición. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en el 2018, ha enviado mensajes en distintas ocasiones en los que manifiesta su preocupación por la existencia de la figura del contrato sindical en Colombia. Sin embargo, la preocupación no debería radicar en la existencia de la figura, sino en su uso para precarizar e incurrir en intermediación ilegal.

El problema de la precarización no debe ser resuelto con la eliminación de la figura, sino mejorando los niveles de inspección y vigilancia en materia de cumplimiento de normas laborales. Aun cuando se eliminara debería reformarse también el artículo 373 del CST sobre las funciones sindicales, porque en él se indica que una función de los sindicatos es celebrar contratos sindicales.

5. PACTOS COLECTIVOS

Un pacto colectivo “es el mecanismo que tienen los trabajadores no sindicalizados como instrumento de negociación utilizado para acordar mejorar condiciones laborales o poner fin a conflictos. También repercute en mejores condiciones y un ambiente laboral más armónico, así como en mayor productividad y un consecuente crecimiento económico”⁹⁵.

Esta figura ha generado rechazo porque en algunas ocasiones ha sido utilizada para vulnerar el derecho de asociación sindical o como una forma de desincentivar la formación y

⁹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-495 de 2015 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 5 de agosto de 2015).

⁹⁵ Consejo Gremial Nacional, *Comentarios del Consejo Gremial Nacional sobre la agenda normativa del Ministerio del Trabajo* (Bogotá, 2017), 5, <https://acopi.org.co/wp-content/uploads/2017/07/PRONUNCIAMIENTO-06-Comentarios-del-Consejo-Gremial-Nacional-sobre-la-agenda-normativa-del-Ministerio-del-Trabajo-DL-y-AMR-daniel-lopez.pdf>

permanencia de organizaciones sindicales. Algunos actores sociales afirman que los pactos colectivos corresponden a instrumentos que transgreden el derecho de asociación sindical, debilitan fuertemente las organizaciones sindicales e incluso, en la práctica, amenazan su supervivencia y efectividad⁹⁶. Incluso, desde organismos internacionales se han generado recomendaciones que invitan a su prohibición. Por ejemplo, “la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos... ha asumido una posición más tajante respecto de los pactos colectivos, recomendando explícitamente a Colombia su eliminación en la legislación laboral, por cuanto estos desestimulan la afiliación a los sindicatos y disminuyen los beneficios de su existencia en el país”⁹⁷.

Tal propuesta debe ser analizada integralmente, es decir, no debe estudiarse únicamente el impacto negativo que los pactos colectivos puedan generar en las organizaciones sindicales, sino que también debe verse desde la perspectiva del derecho de las personas que voluntariamente deciden no afiliarse a un sindicato, pero desean promover un ejercicio y escenario de diálogo social que será materializado y concretado en una negociación colectiva.

Es importante precisar que la acepción negativa del derecho de asociación consiste en el derecho del trabajador a que “nadie pueda ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada”⁹⁸. Por lo anterior, prohibir los pactos colectivos resultaría inconstitucional, toda vez que desconocería esa acepción negativa del derecho de asociación sindical. En este sentido, Diego Valdivieso indica que “la defensa de los derechos laborales y la mejora de las prerrogativas económicas se pueden desarrollar mediante el ejercicio individual o colectivo, sin que medie, *per se*, la obligación de afiliarse a una organización sindical”⁹⁹. Por ende, para evitar desconocer el derecho a no sindicalizarse, lo más apropiado no es prohibir, sino fortalecer la regulación y vigilancia frente a la figura.

Una propuesta frente al uso de los pactos colectivos puede ser el refuerzo de las funciones de inspección, vigilancia y control por parte del Ministerio de Trabajo. De esta manera, se evita el mal uso del pacto colectivo y se castiga a quienes lo implementen como método para desincentivar o violar los derechos de asociación, al tiempo que se protege el derecho

⁹⁶ Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, “Seis casos que muestran cómo pactos colectivos atentan contra derecho de asociación sindical”, 2014, <https://www.colectivodeabogados.org/seis-casos-que-muestran-como-pactos-colectivos-atentan-contra-los-derechos-de-asociacion-y-libertad-sindical/>

⁹⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Estudios de la Oede sobre el mercado laboral y las políticas sociales: Colombia 2016* (Bogotá: Ministerio del Trabajo, 2016), <https://www.oecd.org/fr/els/emp/OECD-Reviews-of-Labour-Market-and-Social-Policies-Colombia-AR-Spanish.pdf>

⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1030 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 9 de agosto del 2000)

⁹⁹ Diego Valdivieso, “Eliminar los pactos colectivos sin debate y vía ‘fast track’ es políticamente incorrecto”, *Ámbito Jurídico*, 24 de marzo de 2017, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral-y-seguridad-social/eliminar-los-pactos-colectivos-sin-debate-y-fast-track-es>

de asociación y de negociación de las y los trabajadores no sindicalizados, quienes en el ámbito de su libertad pueden decidir no estar afiliados a un sindicato.

D. DERECHO A LA HUELGA

El derecho a la huelga se encuentra consagrado en el artículo 56 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual este se garantiza “salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador”. Tal como indica la sentencia C-122 de 2012, este derecho se encuentra estrechamente relacionado con los principios constitucionales de solidaridad, dignidad y participación, así como con la realización de un orden social justo. En la jurisprudencia se ha hecho referencia a cuatro tipos de huelga: contractual, por solidaridad, imputable al empleador y sociopolítica, pero lo cierto es que hay más fines del ejercicio de este derecho que es principalmente la defensa de los intereses de los trabajadores.

1. HUELGA VOTADA POR LAS MINORÍAS EN LA EMPRESA: PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

La reforma laboral busca flexibilizar el ejercicio de la huelga en lo relacionado con la votación, la exigencia de mayorías, la prohibición expresa de la huelga en empresas que presten servicios esenciales y con permitir despedir o liquidar las organizaciones sindicales cuando la huelga se declara ilegal.

El texto propuesto es el siguiente:

Para que los trabajadores puedan ejercer la huelga en el marco de una negociación de un convenio de empresa, es necesario que sea aprobada por la mayoría simple de las y los trabajadores afiliados al o los sindicatos involucrados en el conflicto, cuando estos agrupen a la tercera parte de los trabajadores de la empresa. En caso contrario, será necesario que sea aprobada por la tercera parte del total de los trabajadores y trabajadoras de la empresa.

Es preocupante y podría llevar a que se agudice el conflicto colectivo el hecho de que el artículo 62 del proyecto de la reforma plantee que la decisión de los trabajadores de ir a huelga dependa de un número menor de personas al previsto actualmente en el artículo 444 del CST. Con esta disposición, una decisión tan relevante para el mundo del trabajo podría ser declarada con solo la mayoría simple de trabajadores afiliados a los sindicatos en conflicto que agrupen la tercera parte de los trabajadores de la empresa y si no se tuviera esa mayoría, se acudiría al total de trabajadores de la empresa, aunque, también en ese caso, solo se requeriría de la tercera parte de ellos para aprobarla.

A continuación, se presenta un ejemplo para explicar el escenario propuesto en la norma:

- Una empresa tiene 1.000 trabajadores.
- De estos trabajadores, 334 se encuentran afiliados a organizaciones sindicales (es decir, 1/3 del total de trabajadores en la empresa).

- La mayoría simple de los afiliados a las organizaciones sindicales la componen 168 trabajadores.
- Es decir, el 16,8 % de los trabajadores de la empresa podrían imponer a 83,3 % de los trabajadores de la empresa la realización de la huelga con sus consecuencias tales como la suspensión de los contratos de trabajo y, por tanto, el no pago de salario.

En definitiva, no es democrático que la huelga pueda ser votada por las minorías y que esta tenga la capacidad de paralizar toda la empresa. Por esta razón, el Congreso debe revisar con detalle esta parte del proyecto, no solo por los impactos económicos que genera la huelga, sino por lo arbitrario que resultaría para los trabajadores de una empresa que son mayoría, no poder incidir en una decisión de la magnitud de un cese colectivo de trabajo, por acatar la decisión de una minoría.

2. HUELGA EN SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES

El artículo 62 del proyecto de reforma permite la huelga en los servicios públicos esenciales, siempre y cuando se garantice la prestación del servicio mínimo para evitar su interrupción.

Aunque en dicho artículo se recoge lo dicho por la OIT en cuanto a que “se consideran esenciales los servicios cuya interrupción pudiera poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población”, este desconoce que el derecho de huelga no es absoluto y puede limitarse tratándose de servicios públicos.

El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse: 1) en la función pública sólo en el caso de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, o 2) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población)¹⁰⁰.

El proyecto de reforma laboral plantea que la fijación de los servicios mínimos será realizada de común acuerdo entre los empleadores y las organizaciones de trabajadores, estipulando que, si no se logra un acuerdo, dicha fijación ser decidida por un comité independiente. La disposición anterior puede acarrear inconvenientes en el sentido de no lograr un acuerdo frente a la fijación de servicios mínimos, aun con la participación del comité mencionado.

El proyecto explica que el Ministerio proferirá la reglamentación sobre la integración y funcionamiento del comité independiente que definirá los servicios públicos esenciales. De aquí surgen algunas dudas como las que se presentan a continuación: ¿El sindicato podría iniciar la huelga sin contar con el acuerdo de cuáles son los servicios mínimos? ¿Qué pasaría si el comité define el servicio mínimo y las partes no están de acuerdo, se acudiría a la

¹⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-122 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 22 de febrero de 2012). Las cursivas son propias del texto.

jurisdicción? ¿Qué pasaría si el cese colectivo se ha iniciado en actividades que en principio no se consideraron esenciales, pero que posteriormente recibieron ese carácter? ¿Bajo qué calidad obrarían los miembros del comité, como funcionarios públicos o como particulares que ejercen funciones públicas?

Si bien, se puede creer que los anteriores puntos son propios de la reglamentación que haga el Ministerio, no se considera que esta sea la alternativa para determinar los servicios esenciales y los mínimos de funcionamiento. Para ello está el Congreso de la República, que es la instancia responsable de dar ese marco jurídico para que un asunto tan importante no quede a discreción de las partes o un tercero ni que se defina según cada caso en concreto.

Es necesario que el Congreso estudie cuál debe ser el procedimiento de fijación de los servicios mínimos y quiénes serán los intervinientes en la determinación de estos, a fin de evitar la agudización de los conflictos colectivos.

Desde una perspectiva de derecho comparado, la Constitución española, en el artículo 28.2, reconoce el derecho de los trabajadores para defender sus intereses e indica el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad durante la huelga¹⁰¹. Por lo anterior, en desarrollo de su principio constitucional, el artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 17/1977 indica que es la autoridad gubernativa la que acordará las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. En otras palabras, es el propio gobierno o sus delegados quienes cuentan con la facultad de fijar los servicios mínimos por acto motivado y exteriorizado de las medidas que adopte. Uno de los aspectos más relevantes de esa legislación es que la disposición que fija los servicios mínimos puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa¹⁰². Lo anterior evidencia que un órgano independiente puede dirimir las controversias y estudiar la legalidad de los actos administrativos que determinan el carácter esencial del servicio.

3. INICIO DE LA HUELGA

De forma desafortunada, el artículo 65 del proyecto modifica los tiempos para declarar e iniciar la huelga ampliándolos, en el primer caso, a veinte (20) días, con lo que también amplía la duración de la incertidumbre por el conflicto, y generando inseguridad jurídica, en el segundo caso, porque la hora cero de la huelga queda al arbitrio del sindicato, pues ya no se le obliga a iniciarla en los tiempos de dos (2) a diez (10) días hábiles posteriores a su declaración, sino que puede hacerse en cualquier tiempo, con la única condición de avisarle al empleador con dos días de anticipación.

¹⁰¹ Manuel Alonso Olea y María E. Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, 14ª edición (Madrid: Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1995).

¹⁰² José Tribuizo, La Huelga en los servicios esenciales, *Revista de Derecho*, <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/curso-cidct-C2P2-03-4-la-huelga-DERECHO-COLECTIVO-GARCIA-MATERIAL-1.pdf>

4. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE ILEGALIDAD DE LA HUELGA

La propuesta legislativa también elimina los numerales 2 y 3 del artículo 450 del CST que permiten, por un lado, despedir a las y los trabajadores que participan en la huelga declarada ilegal y, por otro, solicitar la disolución del sindicato por esta razón.

Lo anterior se armoniza con la doctrina internacional en materia de huelga, y que va de la mano con la posición de la Corte Suprema de Justicia cuando señala que “el solo hecho de haber organizado y/o participado en una huelga ilegal no es causa suficiente de despido... es necesario un examen de la conducta del trabajador con el propósito de constatar si durante la misma incurrió en actos indebidos, extralimitaciones o desviaciones no protegidas por el orden jurídico”¹⁰³.

Aunque esta norma puede constituir un avance, debería quedar claro en el proyecto que la interpretación de la norma misma debe hacerse de conformidad con la jurisprudencia citada. Esto, en el sentido de que, si bien el solo hecho de haber participado en la huelga no constituye una causal de despido, sí debe permitirse a un empleador realizarla valoración individual sobre la conducta de cada trabajador o trabajadora para constatar si durante este paro laboral incurrió en algún acto indebido que justifique su desvinculación.

5. PROHIBICIÓN DEL ESQUIROLAJE

El CST prohíbe el esquirolaje tradicional, es decir, la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros trabajadores contratados. En el numeral 2 del artículo 67 del proyecto de reforma laboral se mantiene la prohibición, pero esta se amplía al indicar que se deben prohibir nuevos tipos de esquirolaje, producto de las nuevas formas de organización del trabajo como el esquirolaje organizativo o comercial que aplicaría cuando, en el escenario de una huelga, una empresa encomiende a un tercero la prestación de los servicios que antes estaban en manos de los trabajadores que se encuentran en huelga. Esta ampliación también incluiría la prohibición al esquirolaje tecnológico que, en términos sencillos, implicaría la sustitución de los trabajadores por herramientas tecnológicas.

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL-1947-2021, radicación 84263 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, 19 de mayo de 2021).

V. TRABAJO EN PLATAFORMAS DE REPARTO

El proyecto de reforma refiere a nuevas formas de trabajo que representan retos para los Estados, los empleadores y los trabajadores. Por ello, la necesidad de regular las relaciones de trabajo que se generan a partir de las plataformas de reparto de bienes y servicios.

Ideas principales

- Por su importancia en la economía actual resulta relevante la discusión sobre el tipo de vinculación que se presenta entre la persona que presta un servicio a través de plataformas digitales y las empresas operadoras de estas. No se puede negar que es importante una regulación que proteja a los trabajadores y permita que gocen de los derechos que les corresponden.
- La jurisprudencia señala que la mayoría de los casos presentados brindan los indicios para determinar que la relación entre la persona que presta el servicio y la plataforma está regida por contrato de trabajo. Sin embargo, es importante analizar el caso concreto y verificar que se cuente con los indicios suficientes (teoría de la ajenidad, test de laboralidad) para determinar esta relación laboral, pues puede haber casos en los que no se presente el elemento de subordinación y, por tanto, no se trate de una relación en el marco de un contrato de trabajo.
- Para realizar un planteamiento vía reforma laboral, es necesario que se estudien factores económicos que pueden influir al determinar la relación como un contrato de trabajo. Además, es importante analizar cómo el mismo incidirá en las plataformas digitales y la incidencia en los ingresos de los trabajadores.

A. TIPO DE TRABAJO A TRAVÉS DE PLATAFORMAS

El trabajo en plataformas digitales es un tema que cada vez se hace más relevante en el contexto de nuestro mercado laboral, teniendo en cuenta que según el estudio de Fedesarrollo de 2021 “se estima que el número de colaboradores brutos es del orden de 200 mil, que corresponden a cerca de 150 mil, después de descontar el fenómeno de multifiliación [a distintas plataformas]”¹⁰⁴. Este tipo de trabajo es visto como una ocupación, una fuente para generar ingresos y lograr obtener beneficios económicos o, en algunos casos, lograr subsistir. La OIT señala que “aproximadamente desde 2015 el trabajo de reparto a domicilio a través de plataformas ha cobrado auge y brindado oportunidades

¹⁰⁴ María Angélica Arbeláez, Cristina Fernández y Daniel Hernández, *Plataformas digitales y contribuciones a seguridad social. El caso de Colombia antes y después de la pandemia* (Bogotá: Fedesarrollo, 2021), disponible en https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/resumen_ejecutivo_1.pdf

de trabajo a un sinnúmero de personas que han encontrado en él un medio para generar ingresos, e incluso para subsistir”¹⁰⁵.

A pesar de la importancia del trabajo mediante plataformas digitales en la economía actual, no hay certeza acerca de la naturaleza jurídica de la relación que existe entre quienes prestan el servicio y las empresas operadoras de plataformas: en algunos casos se ha señalado que se trata de una relación laboral subordinada, mientras que en otros se ha sostenido que se trata de un trabajo prestado de forma independiente y por cuenta propia¹⁰⁶.

La definición acerca de la naturaleza jurídica del vínculo mencionado pasa por analizar las condiciones en que se presta el servicio, pues esto permitirá encontrar las notas de la ajenidad, es decir trabajo por cuenta ajena, y dependencia, propias del trabajo subordinado o las de autonomía, que caracterizan el trabajo independiente. Para ello se debe sentar una premisa como punto de partida: no todos los trabajos que se realizan a través de plataformas digitales presentan las mismas características y, en esa medida, resulta equivocado intentar hacer una regulación uniforme para todos ellos¹⁰⁷. Puesto que el proyecto de reforma laboral solo pretende regular el trabajo de las plataformas tecnológicas de reparto, este análisis se circunscribe a este tipo de plataformas.

1. DE LAS CONDICIONES EN QUE SE PRESTA EL SERVICIO EN LAS PLATAFORMAS DE REPARTO

Las plataformas digitales fijan de forma unilateral los términos y condiciones a los que se sujeta la prestación del servicio, tanto de cara a los consumidores y comercios aliados como de los trabajadores que ejercen la labor de reparto. De la misma forma en que sucede con la mayoría de las licencias de software, los términos de servicio de las plataformas de reparto constituyen contratos de adhesión, es decir, contratos redactados por una sola de las partes y en donde la otra parte solo puede aceptar o rechazar el contenido en su totalidad. El rechazo o desacuerdo, en el caso de las plataformas digitales de trabajo, significa que la única opción de los trabajadores es “no usar la plataforma en absoluto”¹⁰⁸; de modo que quien pretenda trabajar allí solo tiene dos opciones: aceptar o rechazar las condiciones ofrecidas sin espacio a la discusión de dichos términos o su renegociación.

¹⁰⁵ OIT, *El trabajo en las plataformas digitales de reparto en Colombia. Análisis y recomendaciones de política* (Bogotá: Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2021),

https://www.ilo.org/lima/publicaciones/WCMS_832220/lang--es/index.htm

¹⁰⁶ OIT, *El trabajo en las plataformas digitales de reparto en Colombia*.

¹⁰⁷ Maritza Cruz Caicedo, *Trabajo en línea en las plataformas digitales: condiciones para lograr el trabajo decente* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021), 95.

¹⁰⁸ OIT, *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital* (Oficina Internacional del Trabajo, 2019),

https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_684183/lang--es/index.htm.

En el clausulado elaborado por los operadores de las plataformas se utilizan diferentes figuras para indicar que el trabajo realizado por estas es de intermediación entre un cliente final, el oferente de un bien o servicio y el prestador de un servicio. Así, el modelo de negocio se plantea de forma tal que la plataforma aparece como una intermediaria que permite la conexión de tres actores:

- los aliados comerciales;
- los usuarios/consumidores, y
- los repartidores independientes

Para el caso de los repartidores, se establece que estos son independientes y que de forma voluntaria aceptan las órdenes de servicios que provienen de los usuarios o consumidores¹⁰⁹.

Para defender la autonomía de los repartidores, las propias plataformas suelen hacer hincapié en tres argumentos principales¹¹⁰:

- Tienen libertad de elección en cuanto a días y horas de conexión y no existen tiempos mínimos de trabajo, es decir, es el trabajador quien decide cuánto tiempo se conecta a la aplicación,
- No existe un poder subordinante, ya que son los trabajadores quienes deciden si aceptan un servicio o no,
- Las personas pueden trabajar simultáneamente para varias plataformas y la labor se realiza con sus propias herramientas de trabajo (teléfono celular, bicicleta, automóvil, etc.).

Pese a la argumentación expuesta por las plataformas digitales, es necesario adentrarse en el problema jurídico que supone determinar la naturaleza de esta vinculación existente entre quienes prestan el servicio y las plataformas, pues “la legislación colombiana no prevé figuras contractuales específicas para la prestación de servicios de entrega de productos a domicilio o de mensajería, por lo cual deben aplicarse las reglas generales de contratación”¹¹¹. De lo anterior se desprende que el encuadre jurídico del trabajo en plataformas debe determinarse a partir del análisis de los elementos que configuran el contrato de trabajo, a fin de concluir su existencia o, por el contrario, la prestación de un servicio con plena autonomía e independencia.

A nivel internacional, al analizar las decisiones que se han expedido frente a los trabajadores que han acudido a la jurisdicción como método de protección a sus derechos laborales se

¹⁰⁹ OIT, *El trabajo en las plataformas digitales de reparto en Colombia*.

¹¹⁰ ILAW, *Desmontando el modelo: litigio laboral frente a plataformas digitales, informe temático* (2021) <https://www.ilawnetwork.com/es/issue-briefs-reports/taken-for-a-ride-litigating-the-digital-platform-model/>

¹¹¹ OIT, *El trabajo en las plataformas digitales de reparto en Colombia*.

ha logrado establecer que, si bien priman las decisiones judiciales que consideran que se trata realmente de una vinculación subordinada, estas no son unánimes, ya que, algunas de ellas, han concluido que “no se dan las notas propias de la subordinación que caracteriza el contrato de trabajo”¹¹².

En Colombia se presentaron diversos proyectos de ley¹¹³ para regular el trabajo en plataformas y la nota común de todos ellos es que en ninguno se establecía la obligación de vincular a los trabajadores mediante contrato de trabajo. Así, en algunos de los proyectos se consideraba a los prestadores de servicio como colaboradores independientes¹¹⁴, en otros se creaba la categoría de trabajadores digitales económicamente dependientes¹¹⁵ y en otro, simplemente no se incluía ninguna disposición relativa al tipo de vínculo ya que su objeto era determinar los mecanismos de acceso al sistema de protección social de estos trabajadores¹¹⁶.

En todo caso, debe resaltarse que, más allá de que el legislador establezca una categoría de trabajo distinta para los trabajadores de plataformas o que los considere trabajadores independientes, lo cierto es que la naturaleza jurídica del vínculo se define a partir de la existencia de las notas de subordinación y dependencia, prescindiendo de lo que en uno u otro sentido señale la ley. Así, el principio de primacía de la realidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución es el llamado a definir si existe o no contrato de trabajo en función de si se presentan los tres elementos esenciales de aquel cuando se presta el servicio.

¹¹² OIT, *El trabajo en las plataformas digitales de reparto en Colombia*.

¹¹³ Por ejemplo, durante la pandemia se presentaron los proyectos PL 85-2020 Senado, PL 221 -2020 Senado, PL 246-2020 Senado y PL388-2020 Cámara, los cuales todos fueron archivados.

¹¹⁴ Senado de la República. Proyecto de ley número 85-2020 Senado, por medio de la cual se regula la contratación de personas y aportes a la seguridad social en las plataformas digitales y se dictan otras disposiciones, y Proyecto de ley número 246-2020 Senado, por medio de la cual se protege el trabajo en entornos digitales mediante la regulación de la contratación de colaboradores autónomos a través de plataformas digitales de economía colaborativa

¹¹⁵ Cámara de Representantes. Proyecto de ley número 082 de 2018 Cámara, por medio del cual se regula el trabajo digital en Colombia y se dictan otras disposiciones, y proyecto de ley número 190-2019 Senado, por medio de la cual se regula el trabajo digital económicamente dependiente realizado a través de empresas de intermediación digital que hacen uso de plataformas digitales en Colombia.

¹¹⁶ Cámara de Representantes. Proyecto de ley número 388-2020 Cámara, por la cual se establecen las condiciones de acceso a mecanismos de protección social a las personas que prestan servicios personales a través de plataformas digitales, y se dictan otras disposiciones.

2. EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO EN LAS PLATAFORMAS DE REPARTO

El Gobierno colombiano asumió la postura que mayoritariamente se ha adoptado en diversas decisiones jurisprudenciales y es la afirmación de existencia del contrato de trabajo entre el trabajador y la empresa propietaria de la plataforma. El artículo 23 del proyecto de reforma laboral señala que “Los trabajadores y trabajadoras que laboran en empresas de plataformas digitales tecnológicas de reparto o entrega serán vinculados mediante contrato de trabajo y gozarán de todos los derechos y garantías previstos en el código”.

En este sentido, el proyecto de reforma busca el reconocimiento de la laboralidad de los trabajadores por medio de plataformas digitales tecnológicas de reparto, es decir, no se dará su tratamiento o regulación como una asociación colaborativa o independiente, por el contrario, se reconocerán como trabajadores subordinados vinculados con un contrato de trabajo y, por tanto, sujetos de todas las prestaciones y derechos que la constitución y ley consagran.

Frente al planteamiento expuesto por el proyecto de reforma laboral, como se indicó previamente, las empresas de plataformas digitales insisten en indicar que el trabajo realizado por los repartidores es autónomo e independiente y que la máxima demostración de ese postulado radica en la libertad que estos trabajadores tienen para escoger las horas, los días y la zona geográfica en que desean trabajar, así como la posibilidad de aceptar o rechazar pedidos.

Llama la atención que sea mediante este artículo que se establezca la naturaleza de un vínculo para un trabajo en particular, como si lo previsto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo no fuera adecuado para determinar la laboralidad de este. Lo anterior lleva al extremo de tener que legislar en función de los oficios y no de los elementos del servicio, tema que ha sido previsto por la doctrina al explicar que estas nuevas modalidades de trabajo no requieren normas distintas a las existentes sino un manejo adecuado de los indicios de laboralidad para determinar la existencia de la subordinación, que es el elemento característico para configurar el contrato de trabajo y distinguirlo de otras modalidades.

Tal como lo ha indicado la Corte Constitucional, “dentro del elemento subordinación se destaca, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia, el poder de dirección en la actividad laboral y la potestad disciplinaria que el empleador ejerce sobre sus trabajadores para mantener el orden y la disciplina en su empresa”¹¹⁷.

Ahora bien, en el marco de relaciones ambiguas, es decir, aquellas en las que hay una duda genuina y razonable en torno a la naturaleza del vínculo¹¹⁸ y el criterio de la subordinación

¹¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-934 de 2004. (M. P. Jaime Córdoba Triviño 29 de septiembre de 2004)

¹¹⁸ OIT. R198 – Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006.

resulta insuficiente para desentrañarlas, es necesario acudir a la teoría de la ajenidad como criterio complementario de aquel y que resulta útil para resolver la cuestión de las zonas grises a partir de los siguientes elementos:

“Ajenidad en los frutos, es decir, el beneficio de las ganancias que plantea el negocio es el contratante y no el trabajador.

Ajenidad en los riesgos, que significa que los riesgos de pérdidas los asumirá quien contrata y no el trabajador.

Ajenidad de los medios de producción, lo que indica que los materiales, herramientas e instrumentos de trabajo no son de titularidad del trabajador, sino que pertenecen al empleador”¹¹⁹.

Por otra parte, la Recomendación 198 de la OIT consagra unos indicios de laboralidad que también resultan relevantes para desentrañar la naturaleza jurídica del vínculo entre un prestador de servicios y quien se beneficia de él, tratándose de una relación ambigua. Los indicios allí consagrados son 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”.

Algunos de los indicios presentes en la forma que se presta el servicio por medio de plataformas digitales son la integración del trabajador en la organización de la empresa, el sometimiento a controles por parte del empresario o del contratante y la no asunción de riesgos, toda vez que tanto el riesgo de pérdida como de ganancia son del contratante.

Al respecto, una de las principales sentencias es la del Tribunal Supremo Español del 23 de septiembre de 2020, que tuvo como objetivo analizar el tipo de vínculo que había entre un repartidor y una empresa operadora de una plataforma de reparto y es importante su

¹¹⁹ Gustavo Saturno Troccoli, “La Recomendación 198 de la OIT: las zonas grises o de frontera”, *Revista Derecho del Trabajo*, núm. 7 (2009), 752.

análisis ya que allí se estudian los términos del servicio que ella establece, e indicios como la falta de una verdadera libertad para decidir el día y la hora en que se trabaja, un sistema de puntuación que condiciona la libertad porque obliga a trabajar en horas de mayor demanda, las evaluaciones que se vuelven un sistema de control, la geolocalización que también es un control del trabajador, la toma de decisiones comerciales que es ajena al trabajador, el que no se reciban los pagos directamente del cliente sino de la plataforma, que los clientes son de la plataforma y no del repartidor, que el repartidos no interviene en el acuerdo entre la plataforma, los clientes y los establecimientos de comercio, y que el medio de producción esencial es la plataforma y esta no es de propiedad del repartidor¹²⁰, entonces, todos estos análisis de la forma en que funcionan las plataformas son claramente aplicables a casos colombianos y por tanto, insumos suficientes para establecer a partir de lo previsto en el CST, cuándo hay un contrato de trabajo entre el repartidor y la plataforma.

La reforma laboral propuesta solamente regula la prestación de servicios a través de plataformas digitales de reparto, es decir, se dejan por fuera de la regulación otros servicios que también se prestan mediante el uso de plataformas tecnológicas, como el transporte de pasajeros. Esto puede obedecer a que cada modelo de negocio tiene sus particularidades y, por tanto, en el proyecto no se haya buscado una regulación uniforme para el sector. Sin embargo, se insiste en que no se requieren normas diferenciadas, porque lo que está en el Código Sustantivo del Trabajo es suficiente para determinar la existencia del contrato de trabajo y porque siempre hay mecanismos para determinar si existe la subordinación.

Además, puede suceder que en algunos casos los repartidores no deban tener contrato de trabajo porque no se cumple con el elemento de subordinación, evento en el cual se estaría obligando a las partes a “desconocer” lo previsto en la ley, por no ajustarse a la realidad y a quedar en la ilegalidad por buscar una alternativa contractual distinta a la del contrato de trabajo. Por esto, lo más conveniente no es crear la laboralización del vínculo por la ley, sino establecer cómo se debe interpretar el artículo 23 del CST bajo los indicios que ya se han identificado por la jurisprudencia para este tipo de relaciones de trabajo.

Por otra parte, esta reforma plantea algunos aspectos de especial relevancia, entre los cuales se encuentra la obligación de las plataformas de informar a los trabajadores sobre los sistemas automatizados para la supervisión de su trabajo y si estos serán los que se usen para la toma de decisiones relacionadas con el trabajo. Adicionalmente, se requiere la supervisión humana de los procesos automatizados, de manera que no se tomen decisiones en detrimento de los trabajadores y se puedan analizar circunstancias puntuales de cada caso concreto. Por último, se establece la prohibición de pactar exclusividad y esto obedece a la realidad actual de los trabajadores quienes pueden prestar sus servicios a varias plataformas al tiempo.

3. CONVENIENCIA ECONÓMICA DE LABORALIZAR

¹²⁰ Tribunal Supremo de España. Sala de lo Social 23 de septiembre de 2020.

Una de las críticas a la propuesta de reforma en la que se establece que la vinculación de los repartidores mediante plataformas digitales debe ser mediante contrato de trabajo, está relacionada con la conveniencia económica de esta medida, tanto para las plataformas como para los repartidores.

Al respecto, las empresas operadoras de plataformas indican que es económicamente inviable vincular mediante contrato de trabajo a los repartidores y que ello implicaría un recorte aproximado de 80.000 puestos de trabajo¹²¹. Por su parte, los trabajadores indican que tampoco les resulta conveniente, toda vez que pasarían de ganar un promedio semanal de entre 400.000 y 800.000 COP a un salario mínimo¹²².

Tabla 8. Características de la población en edad de trabajar en Colombia (2022)

Estatus económico	Ingreso laboral (millones mensuales)		Edad promedio (años)	Porcentaje Mujeres	Porcentaje Calificados
	Media	Mediana			
Asalariado	\$ 1,77	\$ 1,10	37,7	45,7%	44,3%
Independiente	\$ 1,06	\$ 0,60	43,4	3,6%	22,6%
Trab. Sin Remuneración			38,9	29,7%	8,2%
Desempleado			34,6	53,9%	33,1%
Inactivo			45,2	69,0%	20,0%

Fuente: David Rodríguez, Ponencia en “Diálogos para una reforma laboral”, sesión 4, el 27 de abril de 2023, Universidad Externado de Colombia, datos basados en la GEIH.

La tabla anterior demuestra que, en aquellos empleos regidos por el Código Sustantivo del Trabajo, los ingresos de los trabajadores son relativamente más altos que los independientes. En estos casos se podría decir que, si bien el contrato de trabajo podría generar mayores ingresos, el problema radica en la desvinculación que se generaría a un gran porcentaje de repartidores en plataformas digitales, quienes finalmente entrarían a la categoría de independientes y por ende sus ingresos podrían ser menores.

Por otro lado, vale la pena analizar el impacto de la existencia de plataformas digitales en el mercado laboral. Uno de los puntos más importantes es el tema de la seguridad social de los trabajadores de plataformas: ¿debe pagar la plataforma digital la seguridad social o

¹²¹ Alianzain, “Comunicado de prensa: La aprobación de la Reforma Laboral podría dejar a 80 mil personas sin trabajo”, 21 de marzo de 2023, <https://www.alianzain.com/2023/03/21/comunicado-no-63-sobre-reforma-laboral/>

¹²² Fernan Fortich, “Trabajadores de plataformas en Bogotá se oponen a la reforma laboral, ¿por qué?”, *El Espectador*, 28 de marzo de 2023, <https://www.elespectador.com/bogota/trabajadores-de-plataformas-en-bogota-se-oponen-a-la-reforma-laboral-por-que-noticias-hoy/>

es responsabilidad del trabajador? La forma en la que está funcionando la plataforma actual implica que, con estos costos adicionales que implica el proyecto de reforma, estos trabajadores tendrán que salir necesariamente de la plataforma y entrarían eventualmente, a trabajar en actividades informales en las que quizá, pierdan fuentes de ingresos que no van a poder reponer con otras actividades.

Tabla 9. Formalidad de la población ocupada en Colombia (2022)

Estatus formalidad	Trabajadores (millones)	Ingreso laboral (millones mensuales)		Edad promedio (años)	Porcentaje Mujeres	Porcentaje Calificados
		Media	Mediana			
Informal	12,7	\$ 0,77	\$ 0,60	41,1	38,9%	14,5%
Formal	9,4	\$ 2,28	\$ 1,30	39,4	43,4%	57,2%

Fuente: David Rodríguez. Diálogos para una reforma laboral, sesión 4, 27 de abril de 2023, Universidad Externado de Colombia, datos basados en la GEIH.

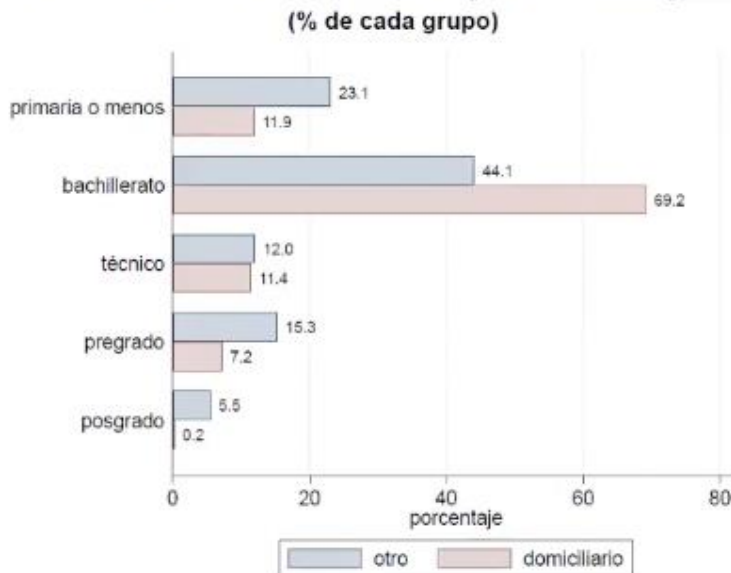
En Colombia, la mayoría de los trabajadores, 12.7 millones, son informales y para ellos, sus ingresos son bajos y no son tan calificados. Aquí el mensaje realmente importante es que los trabajadores de las plataformas hacen parte de la informalidad en el mercado laboral.

Del mercado laboral de los trabajadores de plataformas, lo primero que debe decirse es que los trabajadores domiciliarios se definen como aquellos que identifican su oficio como mensajeros, mandaderos, maleteros y repartidores. Según los datos de la gran encuesta, 235.494 de estos trabajadores representaron 1% de los ocupados en el país. Por ejemplo, Rappi afirma que hay 150.000 personas que están trabajando para ellos, los denominados “rappitenderos” y ellos mismos afirman que un 90% de ellos perderían su empleo.

A continuación, se estudiarán unas variables que inciden en el trabajo como domiciliario, entre ellos, su nivel educativo, género, ubicación geográfica.

Figura 21. Nivel educativo de los domiciliarios y otros trabajadores (2022)

Nivel educativo de los domiciliarios y otros trabajadores (2022)

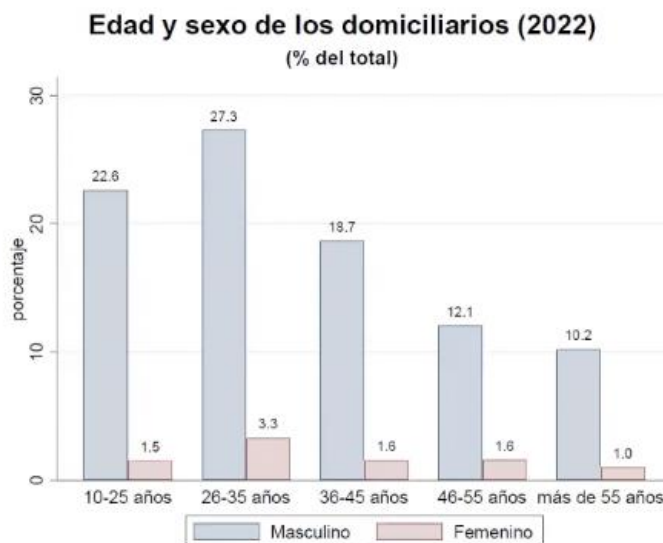


Fuente: Cálculos propios con base a GEIH

Fuente: David Rodríguez. Diálogos para una reforma laboral, sesión 4, 27 de abril de 2023, Universidad Externado de Colombia, datos basados en la GEIH.

En cuanto al nivel educativo se observa que hay una concentración importante de trabajo en personas que tienen como máximo nivel educativo el bachillerato. Muy pocos de ellos alcanzaron un nivel técnico o de pregrado/posgrado y esto tiene una especial relevancia ya que, si estas personas llegaran a perder su empleo, tendrían qué hacer actividades de acuerdo a su nivel de formación y eso implicaría que no necesariamente entrarán en un empleo formal en otra actividad.

Figura 22. Edad y sexo de los domiciliarios (2022)

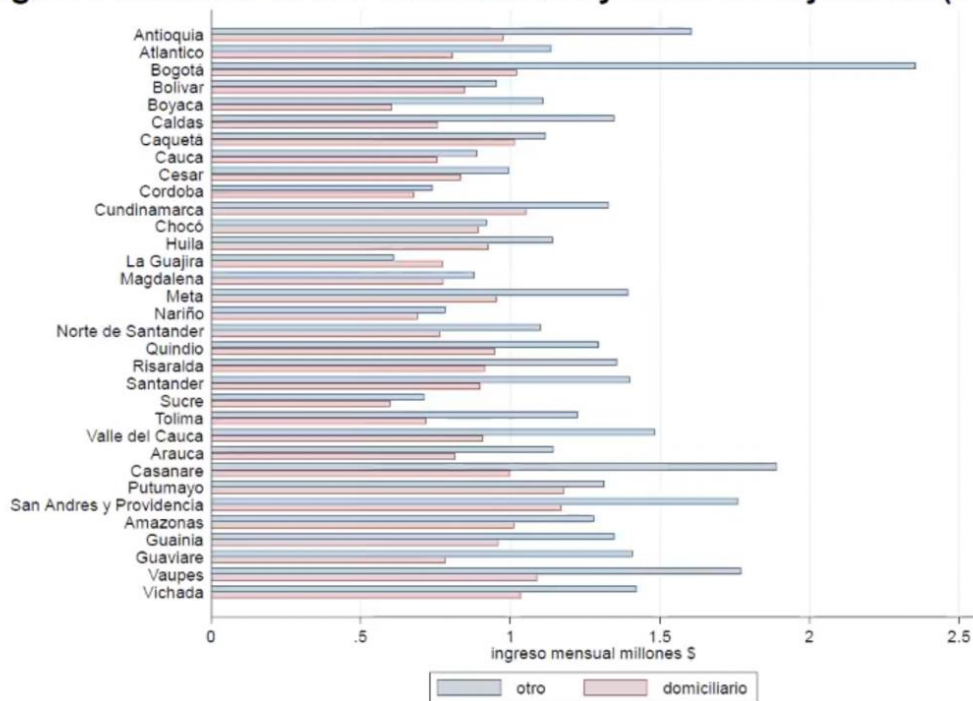


Fuente: David Rodríguez. Diálogos para una reforma laboral, sesión 4, 27 de abril de 2023, Universidad Externado de Colombia, datos basados en la GEIH.

También puede estimarse que la mayoría se encuentra en un rango de edad de 18 a 25 años, siendo este un trabajo mayoritariamente masculino y joven.

Figura 23. Ingreso mensual de los domiciliarios y otros trabajadores (2022)

Ingreso mensual de los domiciliarios y otros trabajadores (2022)

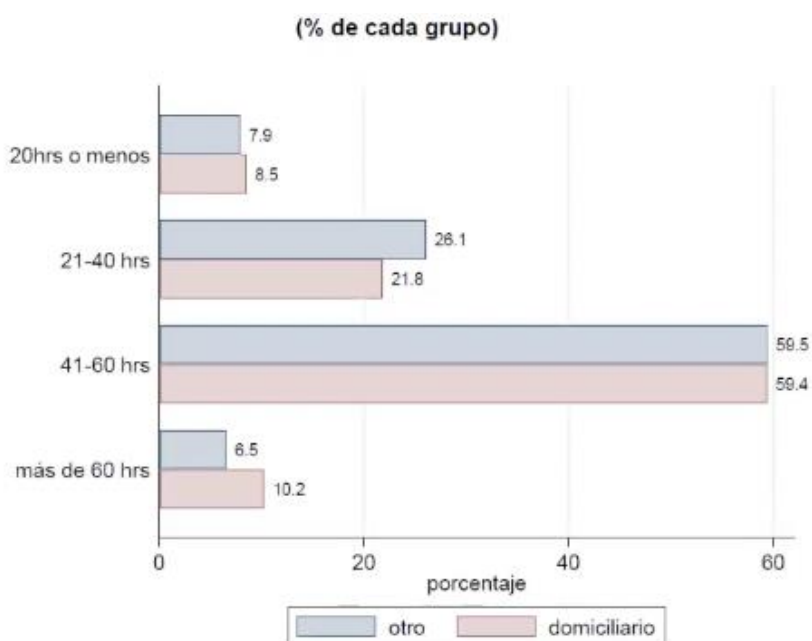


Fuente: David Rodríguez. Diálogos para una reforma laboral, sesión 4, 27 de abril de 2023, Universidad Externado de Colombia, datos basados en la GEIH.

La anterior gráfica es importante por cuanto muestra que, en relación con otras actividades, los domiciliarios están ganando menos en todos los departamentos y sus ingresos están alrededor de \$1.000.000. Si bien los trabajadores informales ganan entre \$700.000 o \$600.000, podemos deducir que los trabajadores domiciliarios se encuentran en mejor situación que el resto de los trabajadores informales en lo relacionado con los ingresos.

La aprobación de la reforma podría tener un impacto en temas ocupacionales, ya que quienes trabajan mediante plataformas digitales podrían perder una fuente de ingresos que no podrán reponer trabajando en otras actividades informales. Esto demuestra que a pesar de todas las condiciones que ya se han discutido, esta podría generar unos ingresos más bajos para los domiciliarios.

Figura 24. Jornada laboral de los domiciliarios y otros trabajadores (2022)



Fuente: David Rodríguez. Diálogos para una reforma laboral, sesión 4, 27 de abril de 2023, Universidad Externado de Colombia, datos basados en la GEIH.

Un aspecto importante para el trabajo de reparto es el relativo a la jornada laboral, pues las cifras arrojan que no es una jornada diferente a la que comúnmente tienen los trabajadores en Colombia. El mayor porcentaje se encuentra en la distribución de la jornada laboral de cuarenta a sesenta horas que, en cierta medida, no es sustancialmente distinta a la del resto de los trabajadores que tiene la economía colombiana, pero que sí tiene una tendencia a ser una jornada más excesiva. No se puede determinar con exactitud si la distribución del día es similar a la del resto, pero si se concluye que la intensidad horaria semanal es similar.

Este punto de la jornada laboral también es importante debido a la incidencia en el pago de la seguridad social. Si bien, se encuentra la posibilidad del Decreto 2616 de 2013 que regula la cotización por tiempo parcial, con el análisis expuesto en la gráfica podría determinarse qué el trabajador es casi de tiempo completo. Lo anterior permite deducir que si ellos van a estar trabajando el tiempo completo, a pesar de que les aplique esta otra forma de pago de seguridad social, el costo para la empresa va a terminar siendo el de un trabajador de tiempo completo, es decir, el pago de los 30 días del mes.

Se puede concluir, entonces, que la reforma propuesta busca la formalización para los trabajadores de plataformas. Para el caso concreto, los trabajadores domiciliarios cuentan con una tasa de informalidad más alta que el resto de los trabajadores de la economía, por lo cual formalizar este grupo puede ser más complicado.

Este proyecto de ley, finalmente, está apuntando a unos aportes a seguridad social que debe realizar el empleador y el trabajador, por ende, se genera una tasa impositiva adicional que tienen que asumir estos trabajadores si quieren mantener esta actividad.

Si bien el objetivo de lograr la formalización de los trabajadores es positivo, hay que analizar los costos que ello implica. La contribución a seguridad social sobre el salario mínimo durante el mes, incluso cuando se labora menos de la jornada máxima legal, implica un impacto económico significativo.

VI. DESCARBONIZACIÓN Y TRABAJADORES MIGRANTES

El proyecto de reforma presentado por el Gobierno refiere que la automatización de procesos ha venido desplazando mano de obra, lo que genera incertidumbre respecto al futuro del trabajo, por lo cual se establecen medidas para proteger a los trabajadores en medio de procesos de modernización y automatización.

A su vez, en cuanto a trabajadores migrantes, se menciona que Colombia es el principal receptor de migrantes refugiados y retornados de Venezuela, lo que ha significado la llegada de 2.477.588 migrantes venezolanos con vocación de permanencia, que se dedican en una alta proporción al trabajo informal bajo riesgos de explotación y trabajo precario en condiciones injustas, entre otras condiciones que afectan su dignidad, por tanto, es necesario mejorar a través de la eventual reforma, la igualdad de oportunidades y condiciones de vida de quienes están en situación informal e irregular para generar efectos positivos en cuanto a mercado de trabajo, aportes a seguridad social y tributación.

Ideas principales:

- Es importante la planeación de una transición energética justa que implique la participación de los trabajadores en dichos procesos y que a través de diferentes alternativas como el dialogo social, la protección social, la diversificación económica y la reconversión laboral puedan generarse soluciones a los problemas de empleo que pueda acarrear la descarbonización.
- El proyecto de ley presentado por el Gobierno plantea una regulación incluyente frente a los trabajadores migrantes que permite otorgarles los mismos derechos y garantías que actualmente poseen los nacionales. Lo importante en este punto, que ya ha sido reiterado jurisprudencialmente, es buscar mecanismos que permitan monitorear y entender el acceso, la permanencia y el goce efectivo de derechos en igualdad de condiciones para los trabajadores migrantes.

A. DESCARBONIZACIÓN

Previo a señalar lo que indica el proyecto de reforma laboral, es importante hacer mención al concepto de transición energética justa, que refiere a los cambios que deben realizar los países y las empresas para que las “sociedades y economías sean más ecológicas, resistentes y neutras desde el punto de vista climático”¹²³

La cuestión más importante sobre el tema de la transición energética es el concepto de justicia. En algunas oportunidades el concepto de transición energética se entiende

¹²³ OIT, *Preguntas frecuentes sobre transición justa*, https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/WCMS_824947/lang--es/index.htm

simplemente como un cambio de matriz energética, es decir, el cambio de combustibles fósiles por energías limpias, sin embargo, no se tiene en cuenta el concepto de justicia dentro de la transición. “Detrás del concepto de una transición justa yace el reconocimiento de la urgencia de una transformación estructural hacia la sostenibilidad ambiental y de que esto puede lograrse con un enfoque participativo que se centre en los segmentos más vulnerables de la sociedad”¹²⁴. Lo anterior significa que el concepto de justicia radica principalmente en la participación de quienes serán los principalmente afectados, entre ellos, los trabajadores y comunidades.

En el caso de los trabajadores la incidencia de la transición energética tiene que ver con que una empresa que hace cambios en su forma de producir para ser más amigable con el medio ambiente y por ende más sostenible, puede terminar requiriendo menos personal o que algunos trabajadores deban ser reubicados, por lo cual, para que esa transición sea justa lo que debe hacerse es realizar consultas oportunas entre las organizaciones que representen al empresario y las organizaciones que representan a esos trabajadores con el apoyo de representantes del gobierno para encontrar soluciones y los beneficios que traerá el cambio se distribuyan de una manera más equitativa, por ejemplo, que haya nuevas oportunidades de formación y desarrollo para los trabajadores impactados con la transición¹²⁵.

El artículo 33 del proyecto de reforma laboral es una manifestación del concepto de transición justa, pues recoge lo que ha sido planteado previamente por la OIT frente a la importancia de tomar en cuenta las voces de los trabajadores en todos estos procesos y toma de decisiones tan importantes como es la transición energética.

La descarbonización es un tema que nació con el Acuerdo de París, pues por medio del mismo se invita a los países de la región a que comuniquen hojas de ruta multisectoriales para lograr cero emisiones netas, reafirmando al mismo tiempo la importancia de asegurar una transición justa para los trabajadores, las empresas y los consumidores¹²⁶. Este acuerdo fue adoptado por diversos países en el año 2015, sin embargo, por las diferentes situaciones por las que atravesó el mundo con la pandemia en el año 2020, ha dado lugar a generar un cambio en esos compromisos que había en ese momento.

El aumento en la demanda de carbón, tras empezar a normalizar las operaciones que se afectaron por la pandemia, exigió una mayor generación de energía y los precios empezaron a subir¹²⁷. En este sentido, lo más importante es aprovechar el auge que presenta el carbón en este momento, aprovechar sus altos precios para lograr una financiación de la transición energética que tarde o temprano se dará. Los precios actuales permitirán un mayor

¹²⁴ OIT, *El empleo en un futuro de cero emisiones netas en América Latina y el Caribe* (Ginebra, OIT, 2020), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_752078.pdf

¹²⁵ OIT, *Preguntas frecuentes sobre transición justa*.

¹²⁶ OIT, *El empleo en un futuro de cero emisiones netas en América Latina y el Caribe*

¹²⁷ “El alto precio del carbón: ¿amenaza u oportunidad?”, *Semana*, 19 de marzo de 2022, <https://www.semana.com/economia/articulo/el-alto-precio-del-carbon-amenaza-u-oportunidad/202200/>

financiamiento de la transición y se realizará de una mejor manera dando apertura a trabajar los temas laborales, pues este tema no tiene implicaciones netamente ambientales, sino muchas otras que impactan a los trabajadores, extrabajadores y comunidades que siempre han dependido del carbón.

En Colombia hay dos hechos relevantes en relación con la transición energética se dieron en Colombia: el primero de ellos ocurrió en el Cerrejón, la Guajira, en el que se despidieron más de 450 trabajadores¹²⁸, y la segunda la renuncia de Prodeco a sus títulos mineros¹²⁹, sin embargo, vale la pena preguntarse ¿Cuál es la incidencia de estas dos situaciones en el ámbito del derecho colombiano? Según el Sindicato de Trabajadores de la Industria del Carbón (SINTRACARBÓN) Prodeco generó la promoción de planes de retiro, en los cuales se evidenció que la mayoría de los trabajadores aceptaban de manera no voluntaria¹³⁰.

Por casos como los descritos, dentro de las directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles¹³¹ se ha planteado que dichas situaciones como despidos masivos, cierres de empresas, renuncia a títulos mineros, y en general cualquier tipo de decisión tan importante, debe ser consultada y trabajada bajo unos planes y acciones específicas para mitigar el impacto que puedan causarle a los trabajadores, por lo cual, todo se debe hacer de manera concertada con ellos.

Frente a estos planteamientos, el Observatorio Laboral por la Transición Justa de la confederación sindical internacional “CNV International” cuenta con cuatro propuestas basadas principalmente en la reparación integral del daño y la disminución de pasivos en materia de seguridad y salud en el trabajo. Las propuestas relacionadas a continuación ilustrarán la manera para lograr una transición energética justa sin que se aumente la precarización laboral en el sector y en los territorios en los que habrá transición.

- **Diálogo social y libertad sindical:** Es necesario abrir un espacio de diálogo institucional liderado por el Ministerio del Trabajo. Las condiciones para que el diálogo social sea posible son la “existencia de organizaciones de empleadores y trabajadores sólidas, e independientes, con capacidad técnica y acceso a información, voluntad política y compromiso de las partes interesadas, respeto de

¹²⁸ Industriall, “Sintracarbón rechaza 450 despidos en Cerrejón Colombia”, 4 de marzo de 2021, <https://www.industriall-union.org/es/sintracarbon-rechaza-450-despidos-en-cerrejon-colombia>

¹²⁹ Valora Analitik, “Gobierno de Colombia aceptó que Prodeco renuncie a tres de cinco títulos mineros”, 6 de septiembre de 2021, <https://www.valoraanalitik.com/2021/09/06/gobierno-acepto-prodeco-renuncie-tres-cinco-titulos-mineros/>

¹³⁰ Sindicato de Trabajadores de la Industria del Carbón, “Comunicado: Con presión y constreñimiento, Prodeco hace del retiro ‘voluntario’ un acto obligatorio”, 5 de febrero de 2021, <https://sintracarbon.org/wp-content/uploads/2021/02/Con-presion-y-constrenimiento-Prodeco-hace-del-retiro-voluntario-un-acto-obligatorio-2.pdf>

¹³¹ OIT, *Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos* (2015), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_432865.pdf

la libertad sindical y negociación colectiva, así como un apoyo institucional adecuado”¹³².

- **Protección social:** La sentencia C-440 de 2011 señala que la protección social es un conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos, para obtener como mínimo los derechos a la salud, la pensión y al trabajo¹³³. Por lo anterior, la segunda propuesta consiste en la creación de un fondo especial de protección social para estos trabajadores que van a dejar de desarrollar su actividad al interior de las minas.
- **Diversificación económica:** Como se mencionó anteriormente, ciertos territorios del norte colombiano tienen una economía dependiente del carbón, por lo que es necesario pensar en su diversificación para el desarrollo del territorio, la cual, según el Observatorio Laboral del CNV International, se logrará mediante la creación de un fondo económico que permita impulsar el apoyo a la innovación en dichos departamentos que dependen de la extracción, como por ejemplo, promoviendo la agricultura, el turismo e incluso la generación de empleos verdes que restauren los ecosistemas afectados por la minería de carbón.
- **Reconversión laboral:** La reconversión laboral implica un plan que invite a los trabajadores a capacitarse o formarse en otras habilidades diferentes a la minería. La actividad propia que realizan no ha permitido que se genere este cambio o que puedan contar con estudios adicionales, por ello, en caso de una transición energética es importante que los trabajadores puedan formarse y prepararse hacia la nueva oferta y demanda laboral. En esto juegan un papel fundamental el Ministerio del Trabajo y el Servicio Nacional de Aprendizaje quienes brindarán una oferta educativa que permita dicha reconversión laboral.

En el artículo 32 del proyecto de reforma se hace referencia a aspectos como los propuestos por la CNV, pero todo se maneja bajo el enfoque de derechos, con lo cual se vuelve una obligación laboral para el empleador la reconversión y la reubicación, las cuales, en caso de no lograrse, generan que el empleador solicite la autorización para el despido colectivo al Ministerio. Si lo que se quiere es lograr que la transición sea fruto de un consenso entre empleadores y trabajadores, las opciones que debe agotar el empleador no deberían manejarse como derechos de los trabajadores, sino como alternativas que se pueden discutir y sobre ellas buscar acuerdos. De otra forma, el empleador ni siquiera intentará aplicar las normas de transición energética que se proponen, sino que irá directamente al Ministerio del Trabajo a tramitar un despido colectivo de los trabajadores.

¹³² OIT, *Diálogo social*, <https://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/social-dialogue/lang--es/index.htm>

¹³³ Corte Constitucional. Sentencia C-440 de 2011. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 25 de mayo de 2011).

Por otra parte, el artículo 33, indica una serie de protecciones para los trabajadores ante procesos de descarbonización, en los cuales las empresas de explotación minera o petrolera deben contar con un plan de cierre para efectos laborales, concertado y consultado con las organizaciones sindicales de la empresa o sector y esto es sumamente importante toda vez que denota el concepto de justicia que debe haber en el concepto de transición energética.

B. TRABAJO MIGRANTE

La propuesta de reforma laboral se basa en el principio constitucional de igualdad de oportunidades y que ha sido ampliado para la población migrante que trabaja en el país.

En primer lugar, de acuerdo con la Ley 146 de 1994, por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, se entenderá como trabajador migratorio a toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional¹³⁴, es decir, una persona que realiza una actividad laboral con remuneración en un país diferente a su país de origen. Por lo anterior, se recalca que la persona trabajadora migrante, con independencia de su nacionalidad, tiene derechos y garantías laborales que deben ser de fácil acceso, evitando las barreras que puedan imponerse.

En Colombia, en muchos de los casos, la situación laboral de los trabajadores migrantes parece ser más precaria o con unos derechos y condiciones laborales menores en comparación con los trabajadores locales debido a que se tiene la concepción de que el trabajo en el país debe ser principalmente para los nacionales y que, si una persona migrante trabaja, se deben variar las condiciones y derechos.

Es importante reiterar lo que ha dicho la Corte Constitucional frente a la igualdad y el deber del Estado colombiano de hacer respetar a los trabajadores migratorios y sus familiares sin ningún tipo de distinción. Señala la sentencia T-535 de 2020 que el Estado colombiano ha adquirido una serie de obligaciones a través de diferentes instrumentos internacionales, entre ellas, el deber de hacer respetar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares, las condiciones de vida adecuadas sin distinción alguna. En tal sentido es deber de las autoridades evitar que la problemática laboral generada en el marco de las migraciones masivas se traduzca en un trato menos favorable, particularmente, para quienes ingresan en condiciones de irregularidad¹³⁵.

En segundo lugar, el artículo 34 de la propuesta de reforma laboral plantea que “El estatus migratorio no será óbice para la exigencia de las garantías laborales y de seguridad social. Los trabajadores y trabajadoras extranjeras, sin consideración de su situación migratoria en el país, gozarán de las mismas garantías laborales concedidas a los nacionales, salvo las

¹³⁴ Ley 146 de 1994. Artículo 2.

¹³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-535 e 2020. (M.P. José Fernando Reyes Cuartas, 18 de diciembre de 2020).

limitaciones que establezcan la Constitución o la ley. Una vez iniciado el contrato de trabajo, se deberá facilitar la regularidad migratoria del trabajador”¹³⁶.

Una de las barreras de acceso que encuentran las personas migrantes en el país es el tema referente a la documentación, pues por un lado no cuentan con los papeles que les habilitan desarrollar un trabajo y los empleadores tampoco tienen el conocimiento de la documentación disponible para que las personas migrantes puedan laborar en el país. Esta situación se replica frente al acceso al Sistema General de Seguridad Social, pues muchos migrantes no cuentan con un documento de identidad habilitante que les permita estar afiliados al sistema. Por ello, es necesario fortalecer las medidas de regularización que permitan resolver el estatus migratorio de estas personas.

La segunda parte del artículo va de la mano de lo planteado por la Corte Constitucional en sentencia T-535 de 2020 en la cual plantea que “ El Código Sustantivo del Trabajo prevé las garantías mínimas que deben ser reconocidas a todos los trabajadores que se encuentren en el territorio, sin consideración de su nacionalidad o situación migratoria, razón por la cual es obligación de los empleadores y de las autoridades garantizar los mínimos reconocidos en la legislación laboral y velar por el objetivo primordial, esto es, lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”¹³⁷. Por lo anterior, se deben garantizar las mismas condiciones y garantías laborales de las personas nacionales.

El Gobierno Colombiano ha creado una serie de normas migratorias que tienen entre sus presupuestos la creación de permisos de trabajo que faciliten la regularización. Por ejemplo, la Resolución 1272 de 2017 que regula el permiso especial de permanencia que tiene como objetivo la formalización y el acceso a la regularización por medio de una oferta de trabajo¹³⁸. Igualmente, según lo establecido en el Decreto 1067 del 26 de mayo de 2015, se han generado una serie de visas que permiten el trabajo de personas extranjeras facilitando el acceso de las personas al trabajo y el registro en sistemas como el de la seguridad social.

Según el Banco Mundial las dificultades de acceder a sistemas de protección social son una situación de especial atención con esta población¹³⁹, por ello se debe promover el acceso a la seguridad social y la portabilidad de los derechos de los trabajadores migrantes. Un camino óptimo para seguir es lo realizado mediante la Ley 1112 de 2006 en la cual se aprobó el Convenio de Seguridad social entre la República de Colombia y el Reino de España que permite a los trabajadores de ambos países reconocer tiempos de pensión cotizados en ellos o la Ley 2103 de 2021 mediante la cual se aprobó el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS).

¹³⁶ Proyecto de Reforma Laboral. Artículo 34.

¹³⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-535 de 2020 . (M.P. José Fernando Reyes Cuartas, 18 de diciembre de 2020).

¹³⁸ Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. Resolución 1272 de 2017.

¹³⁹ Banco Mundial, Migración desde Venezuela a Colombia. Impactos y estrategia de respuesta en el corto y mediano plazo (2018), <https://bit.ly/3azy4yR>.

Es importante revisar las medidas que se estimen convenientes con el fin de dar cumplimiento a las medidas propuestas por el proyecto de reforma laboral. Asimismo, garantizar el acceso a diferentes mecanismos de denuncia y acceso a justicia en caso de violación de derechos laborales para las personas trabajadoras migrantes tal como establece la Ley 146 de 1994 en su artículo 18: “Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia. [...]”¹⁴⁰. De esta manera se logrará que el trabajo dignifique las condiciones de vida de los trabajadores migrantes y se evite la precarización de sus condiciones laborales.

Es importante señalar que la situación de los trabajadores migrantes no se encuentra únicamente en el artículo 34 del proyecto de reforma laboral, por el contrario, se cuenta con diferentes artículos que los benefician, por ejemplo, el artículo 1 y el 37 que señalan la eliminación de la discriminación por razón de la edad, sexo, identidad sexual, género, motivos políticos, nacionalidad, situación de discapacidad entre otras. Esto es de una importancia especial toda vez que se deben tomar una serie de medidas relacionadas con la eliminación de la discriminación y dirigidas a potenciar un acceso al empleo basándose únicamente en las capacidades y condiciones para desempeñar las actividades que se pactan en el contrato.

Finalmente, las propuestas generadas por un sector de la doctrina plantean la necesidad de crear unos mecanismos de monitoreo para entender el acceso, la permanencia y el goce efectivo de derechos en igualdad de condiciones para los trabajadores migrantes. Se deben generar unas herramientas específicas y unos indicadores que permitan señalar qué tan fácil es el acceso a los mecanismos de orientación y denuncia y qué tan efectivas resultan siendo esas peticiones a la justicia. Por otro lado, es importante el trabajo de diferentes actores como el Ministerio de Trabajo con el Ministerio de Relaciones Exteriores para lograr generar la regularización vía una oferta de trabajo como se plantea en el proyecto de ley.

Tal como sucede en el tema de la descarbonización, en el tema de los trabajadores migrantes también cobra especial relevancia el dialogo social, pues este es un aspecto fundamental para garantizar la comprensión las expectativas de los diferentes actores alrededor de la vinculación laboral. También es importante en este diálogo social incluir diversas entidades como el Servicio Nacional de Aprendizaje y el Servicio Público de Empleo los cuáles juegan un papel importante en el acceso a empleos de calidad para los trabajadores migrantes.

CONCLUSIONES

¹⁴⁰ Ley 146 de 1994. Artículo 18.

A continuación, se presentan las conclusiones del análisis realizado sobre los distintos aspectos contenidos en el proyecto de ley que plantea una reforma laboral.

Del tipo de ley por medio del cual se debe tramitar la reforma

Aunque el contenido mayoritario de la reforma planteada por el Gobierno podría ser tramitado mediante una ley ordinaria, el apartado relacionado con el derecho de huelga plantea una regulación integral y completa de un derecho fundamental y, en ese sentido, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debería tramitarse mediante una ley estatutaria.

Se debe dar una especie de saneamiento legislativo, para poder seguir adelante con el proyecto de ley. Por ello, las comisiones deben advertir que los artículos con reserva de ley estatutaria deben ser aprobados con las mayorías requeridas constitucionalmente para no afectar el procedimiento legislativo.

Varios artículos del proyecto carecen de sistematicidad y por tanto, sería conveniente excluirlos y tramitarlos por aparte. Esto aplica, por ejemplo, al articulado relacionado con trabajadores económicamente dependientes, trabajadores agropecuarios, migrantes, deportistas y contratos civiles.

Principios constitucionales

Es innecesario modificar el artículo 1 del Código Sustantivo del Trabajo, pues todos los principios que allí se citan están en la Constitución o hacen parte del bloque de constitucionalidad, por tanto, tienen poder normativo desde la Constitución misma y no se requiere su reiteración en el Código.

Estabilidad laboral reforzada y terminación del contrato

En materia de estabilidad reforzada, con el proyecto de reforma laboral se hacen más rígidos ciertos fueros como el de maternidad o prepensión.

En lo que respecta a las y los prepensionados, el proyecto desconoce la jurisprudencia constitucional que niega la condición de prepensión a quienes ya tienen cumplidas las semanas de cotización y solo les falta cumplir con el requisito de la edad (sentencia SU-003 de 2018).

El proyecto asume la tesis de la Corte Constitucional sobre la protección de la persona en condición de discapacidad sin considerar una escala o una calificación de pérdida de capacidad laboral, lo cual resulta inconveniente porque otorga la protección sin mayor consideración. Es importante que el proyecto adopte la posición de la Corte Suprema de Justicia, en tanto, mencionan que no toda enfermedad ni cualquier condición de

discapacidad genera estabilidad laboral reforzada, sino que esta debe ser por lo menos del grado moderada, esto es, que corresponda a un 15 % de pérdida de la capacidad laboral.

Con el fin de promover el cumplimiento del artículo 47 de la Constitución y ayudar a que los fueros de salud no generen abusos de los trabajadores ni sobrecargas a las empresas —que en su mayoría son mipymes— es conveniente estudiar la creación de un fondo solidario de integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, el cual funcionaría como un modelo de aseguramiento en el que los empleadores aportarían según el número de trabajadores que se beneficiarían de los programas del fondo. Con esto se asumiría la corresponsabilidad del Estado en la rehabilitación e integración de los trabajadores con fuero de salud.

En cualquier caso, resulta conveniente lo previsto en el parágrafo 2 del artículo 7 del proyecto, en cuanto a que no se da la estabilidad reforzada cuando la persona es contratada conociéndose la condición que generaría el fuero, siempre y cuando se deje expresamente una constancia en ese sentido en el contrato de trabajo.

Contratación, terminación y tercerización

El respeto de los derechos de los trabajadores son un límite a la libertad de empresa. Por tanto, para hacer efectivo ese límite se deben establecer mejores niveles de inspección y vigilancia del cumplimiento de las normas laborales, no limitar el ejercicio de las libertades de contratación con las que cuentan hoy los empleadores. En otras palabras, más que cambiar las normas, lo que se debe hacer es fortalecer la inspección, vigilancia y control de las empresas a nivel laboral.

Las modalidades de contrato consignadas en el CST tienen una razón de ser; restringir lo que puede decidir el empleador respecto a su uso, puede afectar su forma de operar e incluso su competitividad.

De acuerdo a los cálculos hechos por el Observatorio de Mercado de Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Externado, con base en los microdatos de la GEIH del DANE, la mayoría de trabajadores —formales e informales— son contratados a término indefinido, en consecuencia, no se puede legislar a partir de la idea de que los empleadores prefieren usar contratos de duración determinada, pues las estadísticas oficiales indican lo contrario. Además, las estadísticas indican que el 39,3 % de ocupados lleva más de cinco (5) años en su empresa y el 34,04% entre uno (1) y cinco (5) años, lo que permite concluir que la estabilidad laboral en Colombia no es tan corta como algunos lo suponen.

En la propuesta de reforma se indica que el contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras no sea terminado conforme a las causales establecidas en la legislación, lo que puede llevar a pensar que, si se da cualquier causal de terminación, no habría lugar al pago de la indemnización por despido. Además, se corre el riesgo de dejar vigentes los artículos 45 y 47 del CST que plantean disposiciones contradictorias.

En el proyecto de ley se propone que el contrato por duración de la obra o labor contratada debe constar por escrito, lo que resulta conveniente. Sin embargo, la propuesta menciona que, en caso de no pactarlo por escrito, se entendería celebrado a término indefinido, lo que claramente se configura como un exceso, porque la obra o labor contratada depende de la naturaleza de la actividad que se contrata y no de la formalidad contractual. En ese sentido, la consecuencia por no pactar por escrito la obra o labor contratada no puede ser la ineficacia de la duración, pues esto iría en contravía del principio de primacía de la realidad.

Reajuste salarial

Se debe tener en cuenta el impacto económico que tendría para las pymes la obligación de reajustar el salario en el mismo porcentaje de variación del IPC para los trabajadores que devenguen hasta dos (2) SMMLV.

Si el objetivo principal de la reforma que se quiere implementar es proteger a la mayor cantidad posible de personas, la solución no debería ser volver más oneroso el contrato ni ocuparse de regular las formas de empleo existentes, sino acercarse a las instituciones adecuadas para la generación de empleo.

Para las mipymes, que generan el 78 % del empleo del país, los cambios de la eventual reforma que impliquen más costos laborales generarían mayor presión y podrían llegar a afectar su sostenibilidad económica debido a que son intensivas en mano de obra, tienen niveles de mayor competencia entre ellas, tienen menor capacidad de invertir en capital, sus precios tienden a ser más cercanos a sus costos de producción y, por ende, sus márgenes de ganancia son menores.

Contratistas y subcontratistas

Otro tema de impacto económico relevante para las empresas está relacionado con la aplicación de los beneficios convencionales de la empresa contratante a los trabajadores de contratistas y subcontratistas, cuando quiera que se trate de las actividades principales de la empresa.

Las medidas que prevé el proyecto en materia de tercerización no deben implicar los mismos costos laborales de una contratación directa, porque esto dejaría por fuera del mercado a muchas empresas que, además de ser verdaderas contratistas independientes, resultan atractivas para sus clientes, no solo por la especialidad del servicio que ofrecen, sino porque tienen unos precios más competitivos por trabajar bajo economías de escala. Este tipo de medidas estarían incentivando que trabajos formales pasen a la informalidad por los costos legales que se les estarían imponiendo.

Empresas de servicios temporales

La regulación de las empresas de servicios temporales (EST) resulta inconveniente en lo relacionado con la prohibición de contratar con estas actividades permanentes. En este punto se confunde el carácter permanente de la actividad empresarial con el carácter permanente de una necesidad del empleador, pues el problema con las EST no radica en contratar con ellas actividades permanentes de la empresa, cuando la necesidad es temporal. Tal sería el caso de la contratación de un trabajador o trabajadora para cubrir la licencia de maternidad de otra. En esta hipótesis, aunque se trata de una actividad permanente, la necesidad es temporal y en esa medida es legítima la utilización de las empresas de servicios temporales.

Aunque no lo diga de manera expresa, este proyecto de ley derogaría la posibilidad de contratar personal en misión prevista en los numerales 2 (reemplazos de personal) y 3 (incrementos de producción) del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pues en muchos de los casos esas actividades podrían llegar a ser permanentes en la empresa usuaria y quedarían por fuera del espectro que busca la ley.

Procedimiento para despedir

No es conveniente obligar a las empresas a tener una segunda instancia a la hora de despedir a un trabajador con justa causa. Con esto, el proyecto ignora la realidad de la mayoría de las empresas del país que, por ser mipymes, no cuentan con estructuras administrativas robustas a nivel laboral y mucho menos con capacidad para adelantar varias instancias para decidir la desvinculación de un trabajador. Jurídicamente, como sucede hoy en día, un trabajador puede hacer valer sus derechos ante las autoridades judiciales en caso de considerar que el despido fue injustificado.

Despidos arbitrarios y discriminatorios

Este proyecto de ley prohíbe los despidos arbitrarios y señala que estos se considerarán ineficaces. En este aspecto resulta altamente inconveniente, toda vez que no define lo que se considera como un despido arbitrario y parece asimilarlo al despido discriminatorio, conceptos que son claramente diferenciables entre sí, pues el despido discriminatorio es aquel que no obedece a un criterio objetivo y que, por regla general, se funda en un criterio sospechoso. Esta disposición, en los términos en que está redactada, podría implicar la anulación de la posibilidad con que cuentan los empleadores para despedir sin justa causa mediante pago de indemnización, posibilidad que constituye una facultad empresarial como lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C-1507 de 2000.

Asimismo, es importante precisar lo que se entiende por *motivo discriminatorio*, pues no es claro si el término hace referencia al despido por discriminación a personas amparadas por fueros o si su alcance implica que cualquier persona podría llegar a alegar una causal discriminatoria para que su despido se declarara ineficaz. Lo anterior, toda vez que se están ampliando de una forma absoluta los fueros, llevándolos a algo no delimitado.

Costos de indemnización por despido

Dado que se incrementan los valores de indemnización por despido injusto, es conveniente validar que esto no tenga efectos en el mercado de trabajo, pues dicha medida podría constituirse en un incentivo para no contratar laboralmente, ya que finalizar un contrato de trabajo podría implicar una carga económica elevada.

De acuerdo con lo establecido en el texto del proyecto, cuando una persona percibe un (1) SMMLV, el aumento de la indemnización varía entre 50 % y 165 %, mientras que el aumento de la indemnización para una persona con diez (10) SMMLV varía entre 125 % y 190 %. Esta diferencia en la indemnización permite pensar que las empresas buscarían retener a sus trabajadores de mayores ingresos, por cuanto les resulta mucho más onerosa su indemnización. Distinto sería el panorama de las personas con menores ingresos, que serían más susceptibles a ser despedidas sin justificación, sobre todo si llevaran poco tiempo en la empresa.

En este punto se recomienda revisar lo planteado por Fenalco frente al impacto de la eventual reforma en los costos, en cuanto indicó que “el 27% de los consultados evitaría al máximo la contratación de nuevo personal, en tanto que un 18% señala que trataría de sustituir mano de obra por más automatización de procesos y tecnología”¹⁴¹.

Contrato de prestación de servicios

Frente al contrato de prestación de servicios, se debería eliminar la referencia que se hace a la prohibición de utilizar este contrato para la realización de actividades permanentes. La configuración del contrato de prestación de servicios no depende del carácter de permanencia de la actividad que se pretende cubrir con él, sino del carácter independiente y autónomo con que se preste el servicio. Dicho esto, bien puede suceder que una actividad permanente del empresario se pueda cubrir con trabajadores vinculados mediante contrato de prestación de servicios, siempre y cuando el servicio contratado se preste realmente de forma autónoma y no subordinada.

Cuestiones colectivas

En esta materia resulta inconveniente prohibir la celebración de pactos colectivos, ya que este instrumento también garantiza la libertad sindical —en su faceta negativa—, de los trabajadores que no deseen afiliarse a un sindicato, pero sí mejorar sus condiciones de trabajo. Lo aconsejable es fortalecer la inspección del trabajo, si lo que se busca es evitar que esta figura se use en detrimento de las organizaciones sindicales.

¹⁴¹ “¿Por qué la reforma laboral generaría más desempleo? Fenalco responde”, *Portafolio*, 2 de marzo de 2023, <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/reforma-laboral-por-que-alertan-de-posible-aumento-de-desempleo-con-el-proyecto-579340>

Los aspectos a referidos en el artículo 47 del proyecto de ley pueden configurar una violación del derecho a la igualdad por cuanto se privilegia el papel de las organizaciones sindicales más representativas, desconociendo que constitucionalmente todos los sindicatos gozan de iguales garantías frente a las y los trabajadores y su empleador, sin importar su número de afiliados. Si bien, es importante solucionar los problemas actuales de atomización sindical, no es muy clara la forma en que se superarán las decisiones de constitucionalidad que han establecido igualdad de trato entre sindicatos minoritarios y mayoritarios.

En cuanto a las conductas antisindicales, no es conveniente legislar con casuística, porque se puede terminar excluyendo conductas que no se identificaron cuando se redactó el artículo. Entonces, sería recomendable mantener lo que dice el actual artículo 354 del CST, que refiere aspectos genéricos que constituyen violaciones a la libertad sindical, en los que perfectamente puede quedar tipificada cualquiera de las conductas que se den en la realidad.

No es conveniente ampliar el número de beneficiarios de fuero sindical a través de la multiplicidad de subdirectivas y comités sindicales de los sindicatos de industria, pues esto desconoce las indicaciones que la Corte Constitucional hace mediante sentencia C-043 de 2006 y que se citan a continuación:

Debe señalarse que el derecho de participación democrática en las organizaciones sindicales no puede soportarse en la simple existencia de un gran número de directivas o comités seccionales en un mismo municipio, lo que podría entorpecer su normal funcionamiento, sino en garantizar la real y efectiva participación de todos los trabajadores en las decisiones que los afectan y en la defensa de sus intereses comunes, lo que se logra con la posibilidad de crear una subdirectiva o comité sindical por municipio y en un lugar distinto al domicilio principal del sindicato¹⁴².

Resulta contradictorio que con el proyecto de reforma se busque la representatividad y unidad sindical, pero se incluyan disposiciones que favorecen la fragmentación e incentivan la creación de organizaciones sindicales de papel, como lo es la posibilidad de crear de varias subdirectivas en una misma ciudad.

La protección de derechos sindicales está ligada a la asociación como derecho fundamental. En ese sentido, la acción de tutela se configura como un mecanismo expedito para proteger a trabajadores y a los sindicatos. Si lo que se busca es presionar con sanciones a quienes violan la libertad sindical, no es necesario modificar el procedimiento previsto en el artículo 380 del CST, estableciendo medidas cautelares de manera sumaria, basta con adicionar el

¹⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 2006. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 1 de febrero de 2006).

artículo 85A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social para establecer otras medidas cautelares, sin incurrir en violaciones al debido proceso o al derecho de defensa.

Por otra parte, se debería precisar conceptualmente a qué corresponde el sindicato de grupos de empresa y no se debería permitir que se configuren sindicatos de “cualquier forma que estimen conveniente”, pues esto abre la posibilidad a que se funden sindicatos con cualquier finalidad, incluso no laboral, como se ha evidenciado en el Ministerio del Trabajo. Ejemplo de lo anterior es el caso de clubes nocturnos que se constituyen como sindicatos para obtener ventajas tributarias y evadir la intervención de las autoridades de policía cuando realizan fiestas por fuera de los horarios permitidos por la ley, argumentando que gozan de libertad sindical.

En cuanto a la negociación colectiva por niveles, la reforma no establece cómo se fijan los sectores para la negociación, cómo se convocan los actores que participarían en esta ni cómo se garantizará su participación. Aunque esto podría ser una apuesta fundada en la libertad de autocomposición de las partes para que sean ellas mismas las que fijen los criterios de negociación, lo más conveniente habría sido que el proyecto de reforma trajera toda la regulación sobre la materia. Además, se debe resaltar que el proyecto no tiene en cuenta los impactos económicos de la negociación colectiva por nivel frente a las pequeñas y medianas empresas.

Esta propuesta de reforma amplía la extensión de la convención colectiva a todos los trabajadores de una empresa, cuando la negociación es hecha con uno o algunos sindicatos, cuya representatividad es solo del 20% de los trabajadores, lo cual es desproporcionado porque en consonancia con el artículo 58 del proyecto que habla de unidad negocial, significaría que todos los sindicatos que hay en la empresa fueron involucrados en el acuerdo y por tanto, lo que ellos decidieron en la negociación, se hizo sin tener en cuenta al resto de trabajadores, que son la mayoría (80%), lo cual, desconoce el principio democrático.

Huelga

Es preocupante y podría llevar a que se agudice el conflicto colectivo el hecho de que el artículo 62 del proyecto de reforma plantee que la decisión de los trabajadores de ir a huelga dependa de un número menor de personas al previsto actualmente en el artículo 444 del CST. Con esta disposición, una decisión tan relevante para el mundo del trabajo podría ser declarada con solo la mayoría simple de trabajadores afiliados a los sindicatos en conflicto que agrupen la tercera parte de los trabajadores de la empresa y si no se tuviera esa mayoría, se acudiría al total de trabajadores de la empresa, aunque, también en ese caso, solo se requeriría de la tercera parte de ellos para aprobarla.

No es democrático que la huelga pueda ser votada por las minorías y que esta tenga la capacidad de paralizar una empresa. El Congreso debe revisar con detalle esta parte del

proyecto, no solo por los impactos económicos que generaría la huelga, sino por lo arbitrario que resultaría para las y los trabajadores de una empresa el no poder incidir en una decisión de la magnitud de un cese colectivo de trabajo, por acatar la decisión de una minoría.

Por otra parte, resulta inconveniente que sean las propias partes las que entren a definir los servicios mínimos que seguirán en funcionamiento cuando la huelga verse sobre servicios públicos esenciales. El proyecto no resuelve la problemática que se derivaría de los casos en los que las partes no logren ese acuerdo, pues no queda claro si aun sin la definición de los servicios mínimos podría desarrollarse la huelga, como tampoco cuál sería el tiempo que tendría el comité que se crea en el artículo 62 del proyecto para definir dichos servicios mínimos. Es necesario que el Congreso estudie cuál debe ser el procedimiento de fijación de los servicios mínimos y quienes deberían ser los intervinientes en la determinación de estos, a fin de evitar que se agudicen los conflictos colectivos.

El artículo 65 del proyecto de ley modifica los tiempos para declarar e iniciar la huelga, porque los amplía, en el primer caso, a veinte días. Es decir, amplía lo que dura la incertidumbre por el conflicto y genera inseguridad jurídica, en el segundo, porque la hora cero de la huelga queda al arbitrio del sindicato ya que no se le obligaría a iniciarla en los tiempos de dos (2) a diez (10) días hábiles posteriores a su declaración, sino que podría hacerlo en cualquier tiempo, con la única condición de avisarle al empleador con dos días de anticipación.

Trabajo en plataformas

En este punto, persisten las dudas en torno a la utilidad de consagrar que las y los trabajadores de plataformas tecnológicas de reparto se deban vincular mediante contrato de trabajo, ya que, con esta previsión o sin ella, lo cierto es que la configuración del contrato laboral depende de la existencia del elemento subordinación en la prestación del servicio.

Llama la atención que sea mediante este artículo que se establezca la naturaleza de un vínculo para un trabajo en particular, como si lo previsto en el artículo 23 del CST no fuera adecuado para determinar la laboralidad de este. Lo anterior lleva al extremo de tener que legislar en función de los oficios y no de los elementos del servicio, tema que ha sido previsto por la doctrina, al explicar que estas nuevas modalidades de trabajo no requieren normas distintas a las existentes, sino un manejo adecuado de los indicios de laboralidad para determinar la existencia de la subordinación, que es el elemento característico para configurar el contrato de trabajo y distinguirlo de otras modalidades.

Si bien, es loable establecer que la vinculación de las y los repartidores debe hacerse mediante contrato de trabajo, partiendo del supuesto que en efecto se cumplen los elementos esenciales del contrato previstos en el artículo 23 del CST y de que esto les podría generar mayores ingresos, el problema radica en que esto podría llevar a la desvinculación de un gran porcentaje de repartidores de plataformas digitales y causaría que estas

personas, entren al mercado de trabajo a la categoría de independientes y, por ende, sus ingresos puedan ser menores.

Descarbonización y trabajo migrante

Finalmente, dado que en el artículo 32 del proyecto de ley todo se maneja bajo el enfoque de derechos, la reconversión y la reubicación de las y los trabajadores que sean afectados por los procesos de transición energética se convierten en una obligación laboral para los empleadores y, en caso de no lograrse, estas medidas podrían derivar en una solicitud de autorización para el despido colectivo ante el Ministerio.

Si lo que la propuesta de reforma busca es lograr que la transición sea fruto de un consenso entre empleadores y trabajadores, las opciones que deben agotar los empleadores no deberían manejarse como derechos de los trabajadores, sino como alternativas que se puedan discutir para buscar acuerdos.

Por último, es claro que el proyecto atiende a la realidad de los trabajadores migrantes en Colombia, principalmente de quienes se encuentran en situación irregular, ya que señala que su estatus migratorio no será impedimento para que gocen de todas las garantías previstas en la ley laboral.

REFERENCIAS

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María E., Derecho del Trabajo, 14ª edición, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995

ARBELÁEZ, María Angélica, FERNÁNDEZ, Cristina y HERNANDEZ, Daniel. Plataformas digitales y contribuciones a seguridad social. El caso de Colombia antes y después de la pandemia, Bogotá, Fedesarrollo, 2021, disponible en https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/resumen_ejecutivo_1.pdf

BANCO MUNDIAL. Migración desde Venezuela a Colombia. Impactos y estrategia de respuesta en el corto y mediano plazo, 2018, disponible en <https://bit.ly/3azy4yR>.

BAYLOS, Antonio y CASTELLI, Nunzia. Notas sobre la representación y la representatividad sindical en España, Universidad Castilla La Mancha, 2013. Se trata de una parte del trabajo de investigación titulado, *Trade Union representation in the European Union member Countries: Spanish Report*, dirigido por la CGIL italiana bajo la dirección de Stefano Oriani, que será publicado a comienzos de 2013.

BENÍTEZ, J., BERMÚDEZ K., OROZCO C. Estabilidad laboral por debilidad manifiesta en salud: omisión estatal, inseguridad jurídica y alternativas para remediarlas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2018.

CÁMARA DE REPRESENTANTES. Proyecto de ley número 082 de 2018 Cámara, “por medio del cual se regula el trabajo digital en Colombia y se dictan otras disposiciones” y proyecto de ley número 190-2019 Senado “por medio de la cual se regula el trabajo digital económicamente dependiente realizado a través de empresas de intermediación digital que hacen uso de plataformas digitales en Colombia”.

CÁMARA DE REPRESENTANTES. Proyecto de ley número 388-2020 Cámara “por la cual se establecen las condiciones de acceso a mecanismos de protección social a las personas que prestan servicios personales a través de plataformas digitales, y se dictan otras disposiciones”.

CÁMARA DE REPRESENTANTES. Proyecto de ley número 367-2023C Cámara “Por medio de la cual se adopta una reforma laboral para el Trabajo digno y decente en Colombia y se modifican parcialmente el Código Sustantivo del trabajo, ley 50 de 1990, la ley 789 de 2002 y otras normas laborales”

CASTAÑEDA, J. La tercerización laboral en Colombia. Especialización en Alta Gerencia, Bogotá, Universidad Militar de Nueva Granada, 2016, pp. 1-36.

CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.

CONSEJO NACIONAL GREMIAL. *“Comentarios del Consejo Gremial Nacional sobre la agenda normativa del Ministerio del Trabajo”* p. 5 (2017) <https://acopi.org.co/wp-content/uploads/2017/07/PRONUNCIAMIENTO-06-Comentarios-del-Consejo-Gremial-Nacional-sobre-la-agenda-normativa-del-Ministerio-del-Trabajo-DL-y-AMR-daniel-lopez.pdf>

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 399 de 1999.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-043 de 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-079 de 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1064 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-122 de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1507 de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-180 de 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-212 de 2022.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-295 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-386 de 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-440 de 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-495 de 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-593 de 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-911 de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-934 de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia C-934 de 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-003 de 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-075 de 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-087 de 2022.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-380 de 2021.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-449 de 2020.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1030 de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-502 de 1998.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-535 de 2020

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-535 e 2020.

CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia T-803 de 2013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral, Sentencia SL16967-2017.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral, Sentencia SL467-2019.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral, Sentencia SL-1947-2021.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4479-2020

CRUZ CAICEDO, Maritza. “La diversificación de las relaciones laborales en las plataformas digitales: Hacia la materialización del trabajo decente”, *Nuevas tecnologías y derecho del trabajo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

CRUZ CAICEDO, Maritza. *Trabajo en línea en las plataformas digitales: condiciones para lograr el trabajo decente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021, p. 95.

CUESTA OSORIO, Héctor. “Contrato realidad: factor de vulneración de acceso a los elementos del derecho fundamental al trabajo” en *Derecho & Ciencias jurídicas*, 2016, Universidad Sergio Arboleda, 2016.

DANE. Boletín técnico. Bogotá: 2023.

<https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-informal-y-seguridad-social>

DANE. Glosario de términos gran encuesta integrada de hogares GEIH. Bogotá: 2012.

https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/fichas/empleo/glosario_GEIH.pdf

DE LA FONT DE LEON, Francisco. “*Modelo jurídico sindical colombiano*”. Bogotá, Universidad Libre, 2011.

DECRETO 957 DE 2019

FEDESARROLLO. “Evolución de la figura de tercerización laboral en Colombia”, Informe mensual del mercado laboral, Bogotá, ACRIP y FEDESARROLLO, 2017.

GALVIS APONTE, Luis Armando, PÉREZ VALBUENA Gerson Javier. Informalidad laboral y calidad del empleo en la Región Pacífica colombiana. Bogotá: Banco de la República. 2015.

https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/dtser_233.pdf

GONZÁLEZ ANDRADE, Juanita. “Estabilidad laboral reforzada por salud: inamovilidad por debilidad manifiesta” Bogotá, Universidad de los Andes, 2016, pág. 53.

HERNANDEZ, Gustavo. Aspectos institucionales, Determinantes y Negociación del Salario Mínimo. Bogotá: Universidad de los Andes. 2007

<https://economia.uniandes.edu.co/sites/default/files/seminariocede/Salario-Minimo.pdf>

<https://forbes.co/2023/04/10/economia-y-finanzas/el-objetivo-de-la-reforma-laboral-no-es-generar-empleo-mintrabajo>

<https://www.alianzain.com/2023/03/21/comunicado-no-63-sobre-reforma-laboral/>

<https://www.elespectador.com/bogota/trabajadores-de-plataformas-en-bogota-se-oponen-a-la-reforma-laboral-por-que-noticias-hoy/>

<https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/06-26-2022-mipymes-generan-el-78-del-empleo-total-del-pais>

<https://www.mipymes.gov.co/temas-de-interes/definicion-tamano-empresarial-micro-pequena-median>

ILAW. Desmontando el modelo: litigio laboral frente a plataformas digitales, informe temático, 2021 <https://www.ilawnetwork.com/es/issue-briefs-reports/taken-for-a-ride-litigating-the-digital-platform-model/>

INDUTRIALL. “Sintracarbón rechaza 450 despidos en Cerrejón Colombia, disponible en <https://www.industrialunion.org/es/sintracarbon-rechaza-450-despidos-en-cerrejon-colombia>.

LEY 146 DE 1994.

LEY 50 DE 1990.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Envejecimiento demográfico. Colombia 1951-2020 dinámica demográfica y estructuras poblacionales. Bogotá, 2013. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Envejecimiento-demografico-Colombia-1951-2020.pdf>

MORAD, J., SOLANO, V., URICOECHEA, M. Análisis de situaciones laborales de migrantes venezolanos en la ciudad de Bogotá, OIT y Pontificia Universidad Javeriana, 2021.

OBANDO GARRIDO, José. *Tratado de derecho administrativo laboral*, 2ª. Ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2010, p. 448.

OCDE. *Estudios de la OCDE sobre el mercado laboral y las políticas sociales: Colombia 2016*. Ministerio del Trabajo, 2016. <https://www.oecd.org/fr/els/emp/OECD-Reviews-of-Labour-Market-and-Social-PoliciesColombia-AR-Spanish.pdf>

OIT. Convenio C087 - Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948.

OIT. Diálogo social, disponible en <https://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/social-dialogue/lang--es/index.htm>

OIT. Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos, 2015, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_432865.pdf

OIT. El empleo en un futuro de cero emisiones netas en América Latina y el Caribe, Ginebra, OIT, 2020, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_752078.pdf

OIT. El trabajo en las plataformas digitales de reparto en Colombia. Análisis y recomendaciones de política. Bogotá: OIT/ Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2021 https://www.ilo.org/lima/publicaciones/WCMS_832220/lang--es/index.htm

OIT. *Estadísticas de afiliación sindical*, 2019, https://www.ilo.org/shinyapps/bulkexplorer32/?lang=es&id=ILR_TUMT_NOC_RT_A

OIT. La libertad sindical – recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, sexta edición, Ginebra, 2018, párrafos 505 y 547.

OIT. Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital Oficina Internacional del Trabajo, 2019, https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_684183/lang--es/index.htm.

OIT. Negociación Colectiva y relaciones laborales. <https://www.ilo.org/global/topics/collective-bargaining-labour-relations/lang--es/index.htm#:~:text=La%20negociaci%C3%B3n%20colectiva%20es%20un%20mecanismo%20fundamental%20del%20di%C3%A1logo%20social,mantenimiento%20de%20buenas%20relaciones%20laborales>.

OIT. Preguntas frecuentes sobre transición justa, disponible en https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/WCMS_824947/lang--es/index.htm

OIT. R198 – Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006.

PÁEZ MEDINA, Alejandro. Terminación del contrato por el empleador con justa causa; una visión desde el derecho al debido proceso [Tesis Maestría, Universidad Nacional]. Repositorio Universidad Nacional. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/78440>, 2019.

PORTAFOLIO. ¿Por qué la reforma laboral generaría más desempleo?

PRENSA CAJAR. Seis casos que muestran cómo pactos colectivos atentan contra derecho de asociación sindical. Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo 2014. <https://www.colectivodeabogados.org/seis-casos-que-muestran-como-pactos-colectivosatentan-contra-los-derechos-de-asociacion-y-libertad-sindical/>

SATURNO TROCCOLI, Gustavo. “La Recomendación 198 de la OIT: las zonas grises o de frontera”, *Revista Derecho del Trabajo*, No. 7, 2009, p. 752.

SEMANA. El alto precio del carbón: ¿amenaza u oportunidad?, marzo de 2022, disponible en <https://www.semana.com/economia/articulo/el-alto-precio-del-carbon-amenaza-u-oportunidad/202200/>

SENADO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de ley número 85-2020 Senado “Por medio de la cual se regula la contratación de personas y aportes a la seguridad social en las plataformas digitales y se dictan otras disposiciones”.

SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL CARBÓN. Comunicado: Con presión y constreñimiento, Prodeco hace del retiro “voluntario” un acto obligatorio, 5 de febrero de 2021, disponible en <https://sintracarbon.org/wp-content/uploads/2021/02/Con-presion-y-constrenimiento-Prodeco-hace-del-retiro-voluntario-un-acto-obligatorio-2.pdf>

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Sala de lo Social 23 de septiembre de 2020.

TRIBUZIO, J. La Huelga en los servicios esenciales. Revista de Derecho, Universidad de Buenos Aires Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/curso-cidct-C2P2-03-4-la-huelga-DERECHO-COLECTIVO-GARCIA-MATERIAL-1.pdf>

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA. Resolución 1272 de 2017.

VALDIVIESO RUEDA, Diego. Impactos jurídicos y económicos de la reforma laboral. <https://www.larepublica.co/analisis/diego-felipe-valdivieso-rueda-3573827/impactos-juridicos-y-economicos-de-la-reforma-laboral-3589010>

VALDIVIESO RUEDA, Diego. “Eliminar los pactos colectivos sin debate y vía ‘fast track’ es políticamente incorrecto”, Bogotá, *Ámbito Jurídico*, 2017. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral-y-seguridad-social/eliminar-los-pactoscolectivos-sin-debate-y-fast-track-es>

VALORA ANALITIK. “Gobierno de Colombia aceptó que Prodeco renuncie a tres de cinco títulos mineros” disponible en <https://www.valoraanalitik.com/2021/09/06/gobierno-acepto-prodeco-renuncie-tres-cinco-titulos-mineros/>

VEGA, GLADYS. ‘La reforma laboral traerá sobrecostos entre 12% y 20%’. Recuperado de: <https://www.portafolio.co/economia/gobierno/reforma-pensional-cuales-pueden-ser-los-sobrecostos-segun-la-acrip-580296>

VILLEGAS, ARBELAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral.