

**LA FLEXIBILIDAD LABORAL DE LA LEY 789 DE
2002 FRENTE A LOS FINES DEL ESTADO SOCIAL Y
DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN COLOMBIA**

LABOR FLEXIBILITY OF LAW 789 OF 2002 FROM THE
PURPOSES OF SOCIAL AND DEMOCRATIC STATE OF LAW IN
COLOMBIA

LA FLEXIBILITÉ DE TRAVAIL DE LA LOI 789 DE 2002 EN FACE
DES BUTS DE L'ÉTAT SOCIAL ET DÉMOCRATIQUE DE DROIT
EN COLOMBIE

Enrique López-Camargo*

Fecha de recepción : 3 de abril de 2014

Fecha de aprobación : 21 de abril de 2014

Pág. 151-167

RESUMEN

La flexibilización laboral como otra forma de precariedad del mercado de trabajo, se viene dando en Colombia, a partir de 1990 con el cambio de modelos económicos y tuvo incidencia directa en la elaboración de normas de carácter laboral consignadas en el Código Sustantivo del Trabajo ley 789 de 2002 y los decretos reglamentarios sobre la materia expedidos en un perverso contubernio del ejecutivo con el legislativo. La Declaración Universal de los Derechos Humanos referente al trabajo y la protección social en su artículo 23.1 fue absolutamente desconocida por la norma en cuestión, así como tampoco logró, hacer efectivos los fines esenciales del Estado consagrados en la carta política de 1991, que

* Abogado, Doctorante en Derecho Universidad
Libre. *enriquelopezc8@hotmail.com*

pregona “Un Estado Social de Derecho”, ya que los giros drásticos que produjo en población potencialmente activa, el incremento significativo del trabajo informal, provocó condiciones de vida desfavorables, que la constituyen en una norma ineficaz

PALABRAS CLAVE

Flexibilización laboral, Precariedad del trabajo, Estado social de Derecho, Fines esenciales del Estado, empleo informal, prosperidad general, dignidad.

ABSTRACT

Labor flexibility, as another form of precarious labor market is taking place in Colombia, since 1990 with changing economic models and had a direct impact on the development of standards related to employment contained in the Labour Code Act 789 of 2002 and the decrees on the subject issued a perverse collusion between the executive and the legislature. The Universal Declaration of Human Rights, relating to labor and social protection, Article 23.1 thereof, was absolutely unknown to the rule in question, so as not achieved, the realization of the essential purposes of the State enshrined in the policy letter 1991 that proclaims “a social rule of law” and that drastic twists that occurred in potentially active population, a significant increase of informal work, caused unfavorable living conditions, which constitute an ineffective rule.

KEY WORDS

Labor flexibility, precariousness of labor, social rule of law, essential Purposes of State. Informal employment, general prosperity, dignity.

RÉSUMÉ

La flexibilisation du travail dans une autre forme de précarité du marché du travail, on détermine donnant en Colombie, à partir de 1990 avec le changement de modèles économiques et a eu une incidence directe sur l'élaboration de normes de caractère du travail inscrites dans le Code du travail loi 789 de 2002 et les décrets réglementaires sur la matière expédiés dans un concubinage pervers de l'exécutif avec le législatif. La Déclaration Universelle des Droits de l'homme référante au travail et la protection sociale dans son article 23.1 a été absolument ignorée par la norme dans une question, ainsi que il n'a pas non plus réussi, à faire effectives les fins essentielles de l'État consacrées dans la lettre politique de 1991, qui annonce le «État social de Droit», puisque les tours drastiques qu'il a produits dans une population potentiellement active, le développement significatif du travail peu sérieux, on provoque les conditions défavorables de vie, qui elle constituent dans une norme inefficace.

MOTS CLÉS

Flexibilisation du Travail, Précarité du Travail, État Social de Droit, Fins Essentielles de l'État, Emploi Peu Sérieux, Prospérité Générale, Dignité.

INTRODUCCIÓN

El actual panorama laboral colombiano descrito en el presente artículo, derivado de la denominada flexibilización laboral, contenida en la ley 789 de 2002, ameritó una investigación de carácter sociojurídico con el propósito de conocer e identificar la precariedad laboral en Colombia, a través del análisis situacional de información institucional del Estado para precisar las consecuencias de orden socioeconómico en los trabajadores directamente afectados. La insatisfacción laboral y el abuso de la posición dominante legitimada por la norma en cuestión, han creado en el imaginario colectivo un ambiente de percepción altamente visible en el presente, respecto del mercado laboral y la incertidumbre en los profesionales recién graduados a quienes no les queda más alternativa que emigrar de sus lugares de origen a otras ciudades o países, producto de la inestabilidad que se desprende de una contratación a términos muy cortos incidiendo en preocupantes expectativas en el inmediato desempeño laboral.

Según datos de la CEPAL (Rosales 2003), el empleo informal en Colombia ha aumentado considerablemente, pues en 1994 la población urbana empleada en la economía informal era de 30.3%, mientras que para el año 1998, el porcentaje se incrementó sustancialmente a 37.3% y en el período

1994-2000 el empleo informal urbano llegó al 38%. Un estudio publicado por el Banco de la República en el año 2013 concluyó que el 62% de los trabajadores colombianos trabaja en la informalidad, es decir, seis de cada diez personas ocupadas de las cuales el 50.7% corresponden a hombres y el 49.3% a mujeres. La situación planteada deja al descubierto que el efecto que produjo la flexibilización laboral fue lanzar a un número significativo de personas al mercado laboral informal, dando al traste con la política social consistente en *adecuar la normatividad laboral para aumentar el grado de inserción laboral de la oferta de trabajo*.

En el presente escrito se han esbozado tres aspectos de relevancia jurídica que conducen a demostrar que las normas referentes a la flexibilidad laboral, durante más de 10 años de vigencia han sido ineficaces. El primer tema tratado corresponde a la consagración constitucional del Estado Social de Derecho, el segundo de ellos hace referencia a los fines del Estado Social de Derecho y se cierra con el componente de la flexibilidad laboral que es el motivo principal del estudio.

El acápite alusivo a la consagración constitucional del Estado Social de Derecho trata todo lo relacionado con el principio fundante de la organización política por la que nos regimos los colombianos y que tiene

como pilar fundamental del orden jurídico *la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la igualdad*. Desde la aparición del concepto jurídico-político inicialmente en Europa, hasta la consagración en nuestra Constitución de 1991 y en aras de armonizar con los tiempos modernos, se hace un análisis del momento histórico y constitucional que se inicia con la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente votada en las elecciones parlamentarias de 1990 e integrada por 70 delegatarios que avanza hacia un cambio radical en la estructura ideológica, orgánica, política y social, superando los retazos reformistas de la carta de 1886. La denominación de un nuevo estado, que contemplara el concepto de '*social de Derecho*' surgió de los debates, discusiones, propuestas y posición ideológica de las distintas vertientes de pensamientos allí presentes.

El segundo aspecto tratado es el referente a los fines del Estado Social y democrático de Derecho consagrados en el artículo segundo de nuestra carta política como elementos imprescindibles de la integración social. En el fin está intrínsecamente contenida la voluntad para que lo enunciado en los principios como característica esencial del Estado tengan concreción real y efectiva. Teniendo en cuenta que el fin es lo que justifica la creación del Estado como institución política que

legitima su existencia y determina su permanencia en el tiempo, se hizo un breve análisis de su significado e importancia de cada uno de ellos, ampliando su espectro interpretativo.

El último capítulo hace alusión a la flexibilización laboral, establecida en la legislación laboral colombiana, con la creación de la siguiente definición: procedimiento restrictivo de garantías laborales asumido por empleadores en virtud de disposiciones legales y normativas que obedecen a las transformaciones del orden social y económico y la imposición de criterios externos, permitiendo mayores ventajas de ahorro a empresarios y provocando efectos negativos en el mercado laboral. El propósito de la ley 789 de 2002 durante su vigencia consistió en permitir la creación de nuevos puestos de trabajo en el mercado laboral formal, y demostrado con cifras del DANE y el Observatorio del Mercado de Trabajo y Seguridad social se evidenció el fenómeno contrario.

Los trabajadores colombianos reclaman del gobierno nacional, que los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, permitan asegurar a todas las personas, en particular las de menores ingresos, un acceso efectivo a los bienes y servicios básicos" (art. 334 de la C.P., inc. 2°).

Consagración constitucional del Estado social de derecho

Colombia vio nacer en la Constitución Política de 1991 la concepción jurídico-política de 'Estado Social de Derecho' como principio fundamental y rector que supera lo preceptuado en la carta de 1886 de *estado de derecho* que aunque esta consagró la garantía a los ciudadanos en algunos derechos individuales entre ellos el derecho al trabajo en el título III artículo 17 *El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado*, no fue suficientemente amplia y garantista como la actual carta que en su esencia busca consolidar la igualdad social y fortalecer la democracia con la protección de derechos tales como el trabajo y la solidaridad de las personas, el acceso a la seguridad social y la dignidad humana, entre otros.

La connotación de *Estado Social de Derecho*, contrario al *Estado de Bienestar* no se limita simple y llanamente a consagrar derechos como el trabajo, sino que en conexidad con este, busca promover y garantizar su efectividad con la prosperidad general y la ineludible dignidad de la persona humana, que se logrará cuando se goce de un empleo fijo estable y digno con el que asegure y realice su propio bienestar y el de su familia, alcanzando el acceso efectivo a condiciones mínimas de calidad de vida. Lo descrito se fortalece normativamente

con lo establecido en los artículos 25 constitucional que refiere al trabajo como derecho y obligación social y el artículo 53 relacionado con el mandato al órgano legislativo para la regulación de la actividad laboral mediante la elaboración de un estatuto del trabajo que contemple principios fundamentales mínimos como igualdad de oportunidades, remuneración mínima, calidad y estabilidad en el empleo, entre otros.

El conjunto de derechos y libertades consagrados en la constitución de 1991 como principios fundamentales, no tendría una validez real si el Estado no asegura su cumplimiento como fin esencial que este tiene. Así que lo estatuido en el artículo 2°. Debe tener una cabal y completa realización, es decir, se debe promover la prosperidad general, garantizando los principios y deberes que aseguren la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y así lo establece la Corte Constitucional (1992): *'El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado social de derecho. En este sentido el concepto de Estado social de derecho se desarrolla en tres principios orgánicos: legalidad, independencia y colaboración de las ramas del Poder Público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y criterios de excelencia [...] el Estado social de*

derecho no es una cualidad accesoria del Estado sino parte de su esencia misma'.

Pero ¿Cuándo nace el concepto de Estado social de Derecho y qué razones tuvo el constituyente colombiano de 1991 para definir nuestro país como tal? Es en la Constitución de la OIT creada en junio de 1919, como parte del Tratado de Versalles que puso fin a la Primera Guerra Mundial, que plantea la inequívoca convicción de que la *justicia social* es esencial para alcanzar una paz universal y permanente. La consagración de muchas formas de protección al trabajador y el acceso a la seguridad social como combatir la injusticia y la miseria en que muchos trabajadores circulan, es un avance significativo que comenzaba a girar en las democracias del mundo al ritmo del siglo XX.

A pesar de las fuertes críticas y reacciones negativas de que fue objeto por parte de los detractores, Alemania es uno de los primeros países europeos, seguido de España en donde por primera vez se plantea el concepto *Derecho social* en la constitución republicana o constitución de Weimar, fundado en los principios de libertad, justicia y progreso social tal como se desprende del preámbulo de esta, lo que se tradujo en reconocimiento de derechos liberales que buscaban nada mas que la felicidad del individuo, valga decir el trabajo desarrollado

en condiciones igualitarias y justas. Después de soportar las consecuencias de una guerra mundial que perdieron, los alemanes se propusieron crear un nuevo derrotero político fincado en el concepto democrático y social que cobijara los diecisiete estados y los 62 millones de habitantes.

Con la llegada de la crisis mundial de 1929, se acuñan nuevos principios y teorías que dinamizan la política global y que sirven para que muchos estados las asuman plasmándolas en su constitución y la ley. Hermann Heller, quien formaba parte del Partido Social demócrata alemán, en el mismo año acuña el precepto 'Estado Social de Derecho', con el propósito de explicar, y precisar frente al anterior Estado liberal y burgués, el irrenunciable compromiso con el que queda afectado el Estado (Garronea, 1992: p. 34). '*El Estado no es posible sin la actividad constantemente dirigida a un fin de ciertos hombres dentro de él. Los fines establecidos por estos hombres, actúan causalmente sobre otros hombres, como elementos motivadores de sus voluntades*' (Heller, 1934, p. 219).

Para armonizar con los tiempos modernos, en el año 1991 Colombia entró en un nuevo momento histórico desde el punto de vista político y constitucional. Con la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente votada en la elecciones parlamentarias de 1990 e integrada por 70 delegatarios

en el gobierno de César Gaviria, se avanza hacia un cambio radical en la estructura ideológica, orgánica, política y social, superando los retazos reformistas que hasta entonces contenía la carta de 1886. Una de las discusiones que generó gran debate de algunos sectores, tuvo que ver con la denominación de un nuevo Estado, que contemplara el concepto de ‘social de Derecho’ en consonancia con los avances que había generado en 1919 la OIT y la misma Constitución Alemana. Desde el ejecutivo se avizoraba un nuevo marco normativo quien fundamenta que el bien común debe dirigirse a la educación, la salud, la seguridad social y el trabajo sin exclusión alguna y formula la siguiente propuesta ‘Colombia es un estado de derecho, social y democrático’ (Gaceta Constitucional No. 5)

Propuestas en el mismo sentido surgieron de Jesús Pérez González (Liberal), quien planteo: ‘Colombia es un Estado de derecho, democrático, liberal, pluralista y social’ (Gaceta Constitucional No. 4); en posición ideológica similar estuvo el delegatario Antonio Navarro Wolff (M-19), quien propuso la siguiente denominación: ‘Colombia es una República soberana e independiente [...] Se rige por los principios del Estado democrático y social de Derecho’ (Gaceta Constitucional N. 8), le seguiría entre muchas más la propuesta que definiría lo que hasta hoy tenemos consagrado en la

carta política y es la formulada por Fernando Carrillo Flores (Liberal), con una pequeña reforma del también liberal Gustavo Zafra Roldán: ‘Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general’ (Gaceta Constitucional No. 75).

La preceptiva de ‘Estado Social de Derecho’ en la Carta política de 1991, no debe tenerse como una inscripción semántica simplemente, sino que exige del Estado, la garantía y cumplimiento de los derechos que debe tener toda persona dentro de la sociedad, así como facilitar los mecanismos de participación en las decisiones que lo afecten, para finalmente asegurar la convivencia de un orden justo, según corresponde a los fines esenciales del Estado. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional (1998): *con el término ‘social’ se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de este que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades*

sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales’.

De los fines esenciales del estado social de derecho

Desde la concepción del Estado se establece cuál es el fin o fines que este debe cumplir, es decir, los propósitos o las metas que justifican su creación como institución política de magna significación. En el fin está intrínsecamente contenida la voluntad para que lo enunciado en los principios como característica esencial del Estado tengan concreción real y efectiva. En esencia, el fin es lo que justifica la creación del Estado como institución política que legitima su existencia y determina su permanencia en el tiempo. Pero es preciso saber también qué es y dónde nace el concepto de *Estado* que hoy anidan en sus constituciones casi todos los países como ente abstracto pero de gran transcendencia jurídica y política. Se da el crédito al Florentino Nicolás Maquiavelo (1469), quien denomina así a ‘esa intensidad de una conexión permanente de vecindad que hace necesaria una organización territorial, permanente y unitaria esencialmente referida a la demarcación espacial...’ (Heller, 1930, p. 220)

El Estado entonces, nace como consecuencia de aquellos asentamientos de grupos sociales organizados, que se ubicaron en determinados territorios y desarrollaron un alto grado de interdependencia, fincada en estrechas relaciones sociales como por ejemplo la conformación de familias y realización del trabajo como principales factores de cohesión social; así pues, el Estado es dinámico ya que es la actividad humana de sus integrantes la que permite la consolidación espacial y temporal y es a su vez generadora de poder como consideración autónoma de una organización política y jurídica, que busca armonizar esa convivencia perenne.

Al nacimiento del Estado como emanación de la voluntad humana y como institución política que busca preservar las relaciones sociales, y prodigar la justicia a todos sus asociados, con el ejercicio jurídico del derecho se le encargaron unos fines sin los cuales sería estéril su creación. La Constitución de Colombia de 1991 contempla en su artículo segundo una serie de fines que sustentan su existencia real y los efectos que espera se reflejen de su mandato, así pues, *Servir a la comunidad* que le dio el nacimiento a la vida jurídica, es quizá el más importante e ineludible de los fines y razón de su existencia.

El servir ha de entenderse como actividad propia que el Estado debe

realizar creando instituciones, y procedimientos que se traduzcan en servicios que le permitan a todos los asociados sin excepción lograr su propia realización personal y social. La educación, la justicia, la salud y el trabajo entre otros servicios y derechos a la vez, deben estar dispuestos a plenitud, para que el individuo de la especie humana se sirva íntegramente y se beneficie de ellos, reflejándose en una sociedad sana física y mentalmente, con altos niveles de escolaridad y gozando de un bienestar personal y familiar en razón de su tranquilo desempeño laboral, si esto no se da habrá sido inocua su consagración constitucional o tal vez una utopía.

Promover la prosperidad general es otro de los fines que el Estado tiene el deber de cumplir frente a los miembros de ese conglomerado social lleno de expectativas y deseos fincados en las oportunidades que aquel les brinde y de esta manera satisfacer sus necesidades primarias que les permita convivir con decoro y dignidad. Pero ¿Qué es la prosperidad? Holísticamente ha de entenderse como la situación real en que se encuentra una persona dentro de una sociedad en la cual está inmersa; prosperidad no es otra cosa que el bienestar general del que goza una persona derivado del acceso a la salud, educación, trabajo y seguridad ciudadana y la obtención de una vivienda digna respectivamente.

Después de 23 años de existencia de la constitución colombiana, existe un gran número de población trabajadora que no sabe nada de *prosperidad*. Las altas tasas de desempleo que se presentan actualmente es un reflejo de la innegable realidad existente, ya que de acuerdo con las cifras publicadas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), el desempleo al finalizar el primer mes del 2014 se fijo en 11.1% de lo cual se concluye que el número de personas ocupadas ascendió a 20'696.000 y la población desocupada a 2'584.000. A decir de la misma dependencia del gobierno nacional el déficit de vivienda en Colombia, supera la cifra de dos millones a pesar de que en los últimos tres años se haya podido dar algunas soluciones de aquellas llamadas de interés social y viviendas prioritarias a un número importante de la población. Seguramente no conocen la obligación del Estado de prodigar la prosperidad general los cuatro millones de colombianos que viven en extrema pobreza.

Para promover la prosperidad general, el Estado cuenta con herramientas que la misma carta política le provee, tal como se encuentra consagrado en el art. 334, inc. 2: *'el Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar de manera progresiva que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y*

servicios básicos' De lo anotado se evidencia que a pesar de la existencia de un mandato constitucional, la prosperidad general como fin esencial del Estado, se constituye en una suprema norma que carece de eficacia.

Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución es un postulado superior que permite al ciudadano acudir a los mecanismos jurídicos existentes para exigir del Estado el pleno y efectivo cumplimiento de este fin. El respeto a la dignidad humana y el derecho al trabajo decente, están llamados a ser cumplidos por el Estado, pues en ellos se sustenta en gran parte el desarrollo social del país. La carencia de oportunidades laborales y de superación en el ámbito personal y familiar, pone al ser humano en una situación de carencia casi absoluta para obtener los mínimos y básicos bienes que le permitan su subsistencia con dignidad. Las dilaciones e incumplimiento sistemático por hacer efectivos estos principios, facultan al ciudadano para formular sus justos reclamos por las vías y mecanismos constitucionales, consagrados para ello comenzando por el derecho de petición e incluso la interposición de la acción de tutela.

La flexibilización laboral

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE, 1986) define a la flexibilidad del mercado de trabajo como “la capacidad que tienen los particulares e instituciones de salirse de las vías establecidas y adaptarse a las nuevas circunstancias”. En una definición bastante limitada la Oficina Internacional del Trabajo (OIT, 1986), considera a la flexibilidad laboral como ‘la capacidad del mercado de trabajo de adaptarse a las nuevas circunstancias económicas, sociales y tecnológicas’

A su turno Ferreira (2006) hace referencia a la flexibilización del trabajo, precisando que ‘es relevado de la categoría de máximo valor y de su extraordinaria habilidad para dar forma al informe y duración a lo efímero. La flexibilidad se convierte en el slogan de la época que, cuando es aplicado al mundo del trabajo anuncia, el arribo de relaciones que no ofrecen ninguna seguridad por sí mismas sino que se rigen por la cláusula de ‘hasta nuevo aviso’. Por ende, el carácter del trabajo ha cambiado y, en consecuencia, se ha divorciado del magno diseño de la misión común y universal de la humanidad y del no menos grandioso diseño de la vocación de la vida’.

Para el autor del presente escrito, las anteriores definiciones son bastante limitadas y sesgadas, ya que no

contienen elementos ineludibles en la conceptualización como el *por qué* y el *qué* del asunto. A riesgo de sufrir reparos, se propone la siguiente definición acerca de la flexibilización laboral: procedimiento restrictivo de garantías laborales asumido por empleadores en virtud de disposiciones legales y normativas que obedecen a las transformaciones del orden social y económico y la imposición de criterios externos, permitiendo mayores ventajas de ahorro a empresarios y provocando efectos negativos en el mercado laboral. Los criterios que encierran esta definición, conducen a una explicación más generosa en el sentido de tener un acercamiento real de la flexibilidad laboral que se presenta en Colombia, consistente en facilitar el camino legal a los empresarios para desmejorar las condiciones laborales de los trabajadores, incluso despedirlos de sus puestos de trabajo, o pauperizar las remuneraciones salariales de estos, amparados en la legislación existente en Colombia. Disminuir los altos índices de desempleo, viene siendo política pública de sucesivos gobiernos que se ha convertido en un propósito fallido, pues las cifras de desempleo no disminuyen a pesar del amparo legal a la llamada flexibilidad laboral, que finalmente es otra forma de precarización del trabajo.

Hace más de 20 años que se viene planteando la 'flexibilización Laboral' en Colombia, tomando como fundamento

la globalización económica de la cual ya se hizo alusión. Baste citar la ley 50 de 1990, que en su espíritu normativo contempló varios aspectos de flexibilidad laboral a saber: reguló el salario integral consistente en que un trabajador que devengue 10 salarios mínimos mensuales legales o más, no tendrá derecho al pago de prestaciones sociales, excepto las vacaciones previo acuerdo entre los extremos contractuales; se implementaron los contratos a término fijo inclusive por períodos muy cortos, así como los empleos temporales y algunas otras más que impiden el desarrollo social y no permiten avanzar hacia la prosperidad general tan cacareada en la carta política de 1991.

Los decretos reglamentarios de la citada ley, ampliaron el espectro de flexibilidad laboral, que como bien puede inferirse de sus contenidos, en nada mejoraron los altos índices de desempleo ni la situación del trabajador. El decreto 1707 de 1991 sobre temporalidad laboral que concentró la ocupación en obreros, personal auxiliar y oficinistas y muy escaso profesional; la ley 10 de 1991 por la cual se regulan las empresas asociativas de trabajo, cuyo carácter es eminentemente comercial y no laboral, lo cual priva de los beneficios que tiene todo trabajador de obtener prestaciones sociales; una forma perversa de burlar los derechos de los trabajadores se realiza a través de esta forma de contratación, en

razón de la inexistencia legal de un vínculo laboral entre cooperativa y trabajador asociado. Con el patrocinio del legislador se evidencia un claro incumplimiento al principio fundamental de *respeto de la dignidad humana el trabajo y solidaridad de las personas*, que se pregona en un Estado Social y democrático de derecho.

De acuerdo a la encuesta de Hogares Colombianos realizada por el DANE, las altas tasas de desempleo que se han mantenido durante los últimos treinta años, son una muestra de que las políticas de flexibilidad laboral no han surtido ningún efecto positivo. En la década de los noventa, es decir, en plena vigencia de la ley 50 de 1990, el desempleo fue en aumento, así pues, en 1994 de 8.1% se pasa en el 2000 a 19.2%, siendo el sector urbano el de mayor impacto.

La desregulación laboral que en Colombia condujo a la flexibilización de las normas en dicha materia, en particular el proyecto de ley 052 de 2002, que luego se convirtió en la ley 789 de 2002, tenía como propósito *crear ciento sesenta mil (160.000) empleos por año y contribuir al fortalecimiento del Estado Social de Derecho mediante medidas trascendentales aunque no de choque que den impulso al mercado laboral y contribuyan a recuperar la confianza tanto de los empleadores como de los trabajadores en la economía colombiana*, se convirtió en una utopía

más de las tantas que generan normas tan inconsecuentes con la realidad social del País. La norma en cita no solo no cumplió su propósito, de fortalecer el empleo formal, sino que terminó produciendo el efecto contrario, pues se aumentaron las tasas de desempleo y consecuentemente el empleo informal que para diciembre de 2013 se elevó al 49% (DANE 2013).

Después de cuatro años de vigencia de la ley 789 de 2002, y disolución de La *Comisión de Seguimiento y Verificación de las políticas de Generación de Empleo*, esta no logró demostrar en su informe resultados favorables al mercado laboral. Para el año 2011 aún no se reflejaban resultados que permitieran la vigencia de la norma en mención, por tal razón, se presentó ante la Cámara de Representantes el fallido proyecto de ley No. 005 que planteaba modificaciones sustanciales a aquella; *Si los resultados esperados con la aplicación de los artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 789 de 2002 sobre la generación de empleo no se han cumplido, las medidas adoptadas con base en la norma resultan inadecuadas, van en detrimento de los trabajadores y su aplicación atenta contra la dignidad humana, el derecho al trabajo y las garantías mínimas laborales* (Maya, 2011).

La Universidad Nacional de Colombia se propuso una investigación relacionada con los resultados

que sobre generación de empleo contemplaba la ley 789 de 2002 y llego a la siguiente conclusión: 'No hay evidencia de que dicha cifra (la del incremento de los puestos de trabajo) se haya realizado en un porcentaje considerable que justifique la restricción impuesta. Por el contrario, el efecto en materia de creación de empleo que trajo consigo la reforma laboral fue nulo. La generación de los pocos nuevos empleos en tiempos posteriores a la expedición de la reforma se debió a causas por entero ajenas a las medidas adoptadas'.

Otro aspecto de gran relevancia jurídica y social contemplado en la ley 789 de 2002, es el relacionado con la medida regresiva consistente en la ampliación de la jornada laboral ordinaria que va desde las 6:00 am hasta las 10:00 pm, tal como se contempla en el artículo 160 del estatuto laboral. En tal virtud, el empleador, sale altamente beneficiado, por el ahorro que se deriva del no pago del trabajo nocturno, que por el solo hecho de serlo se le debe pagar un adicional del 35% a aquellos trabajadores que antes lo devengaban por laborar en el horario comprendido de las 6:00 pm en adelante, lo cual debilita los ingresos de estos y por contera su poder adquisitivo. Se exceptúan de este pago aquellos trabajadores que laboren solamente 36 horas a la semana teniendo en cuenta que por razón de la minoría de edad

del trabajador existe la prohibición expresa de laborar en horas de la noche

El recargo nocturno del 35% es un componente importante del salario mensual que percibe el trabajador, con el recorte legal de esta jornada por iniciativa del ejecutivo, el trabajador ve afectados no solo su salario mensual, sino directo por esa vía también sus aportes al Sistema General de Pensiones, la disminución en sus prestaciones sociales, valga decir la prima de servicios, cesantías e intereses a las cesantías. Un ejemplo ilustra mejor esta radiografía: un trabajador con un salario básico mensual de \$700.000.00 y un horario de trabajo de 2:00 pm a las 10:00 pm de lunes a sábado, antes de la vigencia de la ley en cuestión, obtenía la suma de \$798.000.00 y le permitía la oportunidad de obtener el acceso a condiciones más favorables de calidad de vida de la cuales hoy se encuentra privado.

El replanteamiento del pago de indemnizaciones para despidos sin justa causa que contempla la actual norma laboral, es menos favorable para el trabajador en relación con la ley 50 de 1990. Mientras esta planteaba el pago con base en tiempos laborados, aquella lo hace teniendo en cuenta los salarios devengados, pero además en porcentajes sustancialmente inferiores. Igual cosa sucede con lo estipulado para el pago de la sanción o indemnización moratoria por falta

de pago de prestaciones sociales y salarios, consagrado en el artículo 62 del estatuto laboral actual. La reducción del 25% para trabajo dominical y festivo, entre otras medidas, complementan el catálogo de disminución de costos laborales con afectación directa al dueño de la mano de obra.

Los propósitos y el espíritu normativo de la ley 789 de 2002, resultaron siendo desconocidos por algunos empleadores, que los aprovecharon para eludir la contratación de nuevos trabajadores y buscar su propio beneficio, pues obtuvieron significativos ahorros al verse favorecidos por la ampliación en cuatro horas de la jornada diurna y la disminución del porcentaje en el pago de días festivos y dominicales, que solo contempla un recargo del 75% sobre el valor de la jornada ordinaria; *la disminución del recargo por trabajo festivo, si todos los trabajadores de una firma laboran un domingo al mes, permitiría un ahorro máximo del 0.8% sobre la nómina mensual (Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social 2003).*

La contratación laboral por períodos muy cortos de tiempo, que van desde términos inferiores a un mes con los llamados contratos transitorios u ocasionales hasta la eliminación gradual de los contratos a término indefinido, amenazan el principio de estabilidad laboral en la población activa

que se ve envuelta en la incertidumbre de una nueva contratación al finalizar la vigente. Un estudio que adelantó la Federación Colombiana de Gestión Humana, Acrip y la firma de consulta Mercer en 337 empresas concluyó que mientras en el 2006 el 47% de los trabajadores estaba contratado a término indefinido, en el 2009 ese porcentaje se redujo al 40%.

Lo consagrado en el artículo 45 numeral 2º. de la Ley 789 de 2002, es decir, lo referente a los contratos a término fijo inferior a un año, que permite prórrogas sucesivas hasta por tres períodos iguales, deja en total libertad al empleador para que renueve o no el contrato por el término mínimo de un año a la finalización de estos. Si decide hacerlo por necesidad del servicio y vuelve a llamar al trabajador al cabo de pocos días a seguir ejerciendo la misma actividad, se constituye en un fraccionamiento de la relación laboral, ya que no es por virtud, ni voluntad del trabajador renunciar a su trabajo, sino por el abuso de la posición dominante que ostenta el empleador, para usar la figura en forma desmedida.

Otro contrato que resultó seriamente debilitado con la flexibilidad laboral, es el *contrato de aprendizaje*, que se *deslaboraliza* y legitima al empleador para desconocer el pago de prestaciones sociales al término de la relación laboral y disminuir el monto de retribución económica al aprendiz en su etapa

productiva. El nacimiento a la vida jurídica del Contrato de Aprendizaje mediante la ley 188 de 1959, precisó en su artículo 1°. la definición en términos reales de los conceptos de salario, empleado y empleador así: *Contrato de aprendizaje es aquel por el cual un empleado se obliga a prestar servicio a un empleador, a cambio de que este le proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa del arte u oficio para cuyo desempeño ha sido contratado, por un tiempo determinado, y le pague el salario convenido.* De lo estatuido se concluye que el aprendiz Sena tenía derecho al reconocimiento de prestaciones sociales, ya que la relación empleador trabajador-aprendiz, se soportaba en un contrato individual de trabajo que contemplaba los tres elementos que lo integran.

El legislador del año 2003, produjo una modificación restrictiva a este contrato mediante el decreto 933, que se incorpora a la ley 789 de 2002, eliminando la calidad de relación laboral que ostentaba y a pesar de reunir los tres elementos que componen el contrato individual, termina por desconocerla y de paso privar al trabajador-aprendiz del derecho a percibir prestaciones sociales tal como se consagra en el artículo 1°.: *contrato de aprendizaje es una forma especial de vinculación dentro del Derecho Laboral, sin subordinación y por un plazo no mayor a dos (2) años en la que una persona*

natural recibe formación teórica en una entidad de formación autorizada con el auspicio de una empresa patrocinadora que suministra los medios para que adquiera formación profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación dentro del manejo administrativo, operativo, comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades del patrocinador con exclusividad en las actividades propias del aprendizaje y el reconocimiento de un apoyo de sostenimiento que garantice el proceso de aprendizaje y el cual, en ningún caso, constituye salario, nótese que se cambia el concepto de salario por el de apoyo de sostenimiento y además redujo el término máximo de duración de la relación de aprendizaje, de 3 a 2 años, y en plena mezquindad jurídica preconiza en forma tácita la precariedad en la relación laboral.

Una muestra de la ineficacia generada por la vigencia de esta ley se precisa del siguiente esquema: en el cuatrienio 2003-2006 a decir del gobierno, se generarían 710.000 empleos como resultado de la reforma laboral; según la Contraloría General de la República y el Observatorio del Mercado de Trabajo y Seguridad Social, en dicho período se generaron tan solo entre 160.000 y 200.000 respectivamente. En cuanto respecta al clima laboral que se vive en las empresas tiempo después de entrada en vigencia la ley 789 de 2002, mediante una encuesta realizada por la

Asociación Colombiana de Relaciones Industriales y Personales (ACRIP), pone en evidencia que este se ha visto seriamente afectado y así lo manifestó el 99% de los encuestados, exponiendo como razón de ello la reducción de los costos laborales que tienen una incidencia directa en la producción (Observatorio del mercado del trabajo y seguridad social, 2003).

Resulta claro entonces, que esta ley no cumplió con su propósito de favorecer la generación de empleo formal, sino que más bien contribuyó con el empresario al facilitarle disminuir considerablemente sus costos laborales, que nunca redundaron en una mayor contratación de personal. Un estudio publicado por el Banco de la república en el año 2013 concluyó que el 62% de los trabajadores colombianos trabaja en la informalidad, es decir, seis de cada diez personas ocupadas de las cuales el 50.7% corresponden a hombres y el 49.3% a mujeres.

La flexibilización laboral como otra forma de precarización del trabajo, no solo ha venido afectando a trabajadores no calificados, y medianamente calificados, sino también, a muchos profesionales tanto hombres como mujeres, a quienes se contratan mediante la figura de temporales, no permitiendo estabilidad y seguridad en sus ingresos y el acceso a servicios sociales, sino por el contrario poniendo de manifiesto el peligro en

que se encuentra la subsistencia de los trabajadores y la de sus propias familias.

Las reflexiones y consideraciones planteadas en el presente escrito conducen a afirmar que el Estado colombiano no logró colmar las expectativas generadas en la población con la expedición de la ley laboral por una absoluta falta de control, la carencia de políticas públicas para implementar mecanismos que minimicen el empleo informal y propendan por el adecuado y eficiente tratamiento en el sistema general de salud y el seguimiento riguroso al cumplimiento de la misma, y además porque *en la protección al desempleo ha quedado en un estado embrionario* (U. Externado de Colombia. 2004). La Declaración Universal de los Derechos Humanos referente al trabajo y la protección social en su artículo 23.1 no tuvo cabal cumplimiento, como tampoco se logró, hacer efectivos los fines esenciales del Estado consagrados en la carta política de 1991, que pregona 'Un Estado Social de Derecho'.

CONCLUSIONES

La Constitución de Colombia de 1991 contempla en su artículo segundo una serie de fines esenciales que sustentan la existencia de un Estado Social de Derecho que espera se reflejen de su mandato, así pues, *Servir a la comunidad, Promover la prosperidad general y garantizar los principios,*

derechos y deberes y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, son de ineludible cumplimiento y si esto no se da habrá sido inocua su consagración constitucional o tal vez una utopía.

Se flexibilizó la jornada laboral diurna extendiéndose hasta las 10:00 pm con el objeto de crear nuevos puestos de trabajo. Diez años después se comprobó que esta medida fue ineficaz, ya que lo logrado consiste en el incremento del empleo informal además, como consecuencia, el trabajador que realice su labor en este horario se ve privado de percibir el recargo del 35% sobre el valor de trabajo diurno, lo que significa un aumento en los costos de producción favorable al empresario.

La flexibilidad laboral se convierte en otra forma de precariedad del trabajo amparado bajo la esfera de la legalidad, que vulnera la inestabilidad en el empleo, con la celebración de contratos a término demasiado cortos, afecta los ingresos de trabajadores calificados y no calificados al recortar la jornada nocturna, privándolos de sus elementales y más mínimos beneficios sociales, valga decir el acceso a un sistema de salud y pensión, a una educación de calidad y disfrutar de espacios de recreación y cultura respectivamente.

El contrato de aprendizaje, se *deslaboraliza* a pesar de soportarse sobre los tres elementos que integran el contrato individual de trabajo y legitima

al empleador para desconocer el pago de prestaciones sociales al término de la relación laboral y disminuir el monto de retribución económica al aprendiz. La ley permitió la remuneración de los aprendices por debajo del salario mínimo pagando solamente hasta 50% en la fase lectiva y hasta 75% en la fase práctica. Así mismo, cambió el concepto de salario por el de apoyo de sostenimiento y estableció la obligatoriedad de contratar aprendices para las empresas que ocupen quince o más trabajadores en forma permanente.

REFERENCIAS

Corte Constitucional (1992), sentencia 449 de 9 de julio (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Corte Constitucional (1988) Sentencia SU-747 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Garronera Morales, A. (1992) El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho. Primera Edición (1984), Octava Reimpresión, Madrid: Editorial Tecnos.

Heller, Hermann (1934). Teoría del Estado. Fondo de Cultura Económica de México.

MAYA, Edgardo (2011) Intervención del Procurador General de la Nación en la Cámara de Representantes.

Universidad Externado de Colombia (2004), Departamento de Seguridad Social y Mercado del Trabajo.