



http://msnbcmedia.msn.com/j/MSNBC/Components/Slideshows/_production/twip_090723/_twip_090723_04NEW.ss_full.jpg

Contextualización de las relaciones de trabajo y del contrato de trabajo en el Estado Social de Derecho

Gustavo Nixon De la Cruz Giraldo



Resumen

Objetivo: aproximarse al contexto de las relaciones laborales y los contratos de trabajo en cuya determinación del vínculo contractual subsiste una imposición unilateral por el contratante. **Metodología:** este es un trabajo teórico, basado en documentación legal, en la jurisprudencia y en la doctrina. **Resultados:** las instituciones de derecho y precisamente el marco de derecho laboral colombiano esta precedido por principios cuyo principio axiológico busca el equilibrio económico y social. Sin embargo, se encuentra en la realidad que el espíritu normativo no siempre se aplica a la parte débil en la relaciones laborales que suelen estar determinadas en la práctica por el contratante, pese al reconocimiento legal del trabajador. **Conclusiones:** el vínculo laboral, que en muchas ocasiones está sujeto a la imposición unilateral del contratante, que suele tener la facultad de determinar las condiciones contractuales, solo puede ser equilibrado en la práctica por la fuerza de los trabajadores en el contexto de trabajo.

Palabras clave: Relaciones de Trabajo, Contrato de Trabajo, Precarización Laboral, Estado Social de Derecho.

Contextualización de las relaciones de trabajo y del contrato de trabajo en el Estado Social de Derecho

Contextualization of labor relations and employment contract in the Rule of Law

Contextualização das relações de trabalho e de emprego contrato, no Estado de Direito

Gustavo Nixon De la Cruz Giraldo
Abogado. Investigador Universidad Libre de Cali

Para citar este artículo:
De la Cruz (2016). Contextualización de las relaciones de trabajo y del contrato de trabajo en el Estado Social de Derecho Ambiente Jurídico N° 18. pp. 81-106

Recibido el 6 de noviembre de 2015 - aprobado el 3 de enero de 2016

Artículo producto del proyecto de investigación “Tercerización laboral de los corteros de caña en el sector azucarero del valle del cauca y sus efectos en la seguridad social en pensiones a partir del año 2010 a 2015”.

Abogado, Magister en Derecho. Docente Investigador de la Universidad Libre de Cali. Director Grupo de Investigación del área de Derecho Laboral María Cano.

Abstract

Objective: To approach the context of labor relations and employment contracts in the determination of the contractual relationship remains a unilateral imposition by the contractor. **Methodology:** This is a theoretical work, based on legal documentation, jurisprudence and doctrine. **Results:** the institutions of law and precisely under Colombian labor law is preceded by principles whose axiological principle seeks economic and social balance. However, it is in reality the regulatory spirit does not always apply to the weaker party in labor relations are often determined in practice by the contractor, despite the legal recognition of the worker. **Conclusions:** The employment relationship, that often is subject to the unilateral imposition of contracting, which usually has the power to determine the contractual conditions, can only be balanced in practice by force of workers in the context of work.

Keywords: Labour relations, contract work, job insecurity, Social State of law.

Resumo

Objetivo: abordar o contexto das relações de trabalho e contratos de trabalho na determinação da relação contratual continua a ser uma imposição unilateral por parte do contratante. **Metodologia:** Este é um trabalho teórico, com base em documentação legal, jurisprudência e doutrina. **Resultados:** as instituições de direito e precisamente sob a lei de trabalho colombiano, é precedida por princípios cujo princípio axiológico busca o equilíbrio econômico e social. No entanto, é na realidade o espírito de regulamentação nem sempre se aplica à parte mais fraca em trabalho de parto relações são muitas vezes determinadas na prática, por parte do contratante, apesar do reconhecimento legal do trabalhador. **Conclusões:** A relação de trabalho, que muitas vezes está sujeita à imposição unilateral de contratação, que normalmente tem o poder de determinar as condições contratuais, só pode ser equilibrado em prática pela força de trabalhadores no contexto do trabalho.

Palavras-chave: Trabalho Contrato de Relações de Trabalho, emprego precário, Estado Social de Direito.

Introducción

La instituciones jurídicas cobran validez cuando se hacen efectivas en la practica de los derechos. Sin embargo, la realidad puede distorsionarse porque no se cuenta con mecanismos previos que garanticen los propósito del sistema económico con el ánimo de la competitividad, el ahorro y la reducción de gastos en busca de una mayor utilidad, que se traduce en tensión, cuando la dignidad y la justicia para los trabajadores busca sacudirse de la hegemonía unilateral de los patronos, de modo que las relaciones y contratos de trabajo se ajusten a las disposiciones laborales vigentes.

Así desde las anteriores premisas, la contextualización se evidenciará mediante la recolección de datos de los diferentes entes tanto públicos como privados, lo que permitirá abordar este análisis tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo conservando la objetividad, al atender las circunstancias actuales de las dinámicas de la económica que puede repercutir directa o indirectamente en los esquemas de producción, moldeando las relaciones de trabajo y condicionando las formas en que se manifiesta inclusive por fuera del marco legal establecido, y que talvez pueden ceder a los propósitos del modelo económico que compromete los fines institucionales estatales y de empleabilidad frente al desarrollo de los principios y derechos de los trabajadores, por lo que resultaría ambiguo afirmar que el encumbramiento de propósitos económicos sea el sumo guardián de un orden social justo, o que con este se erradiquen los males de las sociedades que se han visto compelidas a su arbitrio egoísta y excluyente.

Los albores de las relaciones de trabajo

En la antigüedad la forma de explotación entre hombres se basó en la esclavitud, obedeciendo a un momento en que esta institución era parte de un sistema económico productivo que tuvo aceptación dentro de esas sociedades pero que perduro siglos al ser una forma a la que se acudía, como lo refiere Castel (1997) en la que cada individuo se encuentra así apresado en una red compleja de intercambios desiguales que lo someten a obligaciones y le procuran protecciones en función de este organigrama de doble entrada.

Sin embargo, el feudalismo no es otra forma diferente que se expresó a través de la anhelada protección de los siervos proveniente de sus señores

feudos, ante la exposición de necesidades que el siervo y su grupo familiar no podían suplir, dada la estructura familiar de la época.

Ya en las postrimeras del capitalismo, al parecer todas las necesidades de los ya no llamados esclavos ni siervos, sino trabajadores, existe la percepción de que han sido superadas al encontrarse inmersos tanto empleadores como trabajadores en la aparente libertad del sistema económico y de la posibilidad de escoger libremente la profesión u oficio; pues la causa y el efecto no es muy diferente a las originarias formas de trabajo expuestas.

Es así que, para uno u otro sistema tal y como lo formula Finley (1982) era una forma más barata de trabajo, que solucionaba el problema de desempleo, por supuesto que no de manera definitiva, en la medida en que se desarrolla en contextos culturales, socioeconómicos e históricos, en los cuales adquiere significaciones, sentidos y valores, propios de cada época y espacio (Peralta, 2012), siendo evidente que el contexto actual muestra una realidad muy marcada de la problemática de empleabilidad en muchos países del mundo, dada la complejidad de los factores convergentes.

Es entonces aquí donde se hace necesario el que se ponga una vez como punto de partida como lo formulo Marx, lo que hace que mercancía, dinero y capital sean valores y tengan capacidad de poner valor, lo que permite que el dinero se transforme constantemente en capital y permanentemente retorne acrecentado a manos del capitalista, es la peculiar intervención de la fuerza de trabajo transformada en trabajo vivo “creador” de valor (Marx, 1975).



http://www.colombiade.com.co/sites/default/files/materiales_de_construccion_0.jpg?1342456102

Pero esto es quizá el punto de partida que corre el velo y deja descubierta la realidad por las que atraviesan las relaciones de trabajo porque en efecto la única mercancía que un trabajador ha de ofrecer en el mundo económico, y que ha de ofrecer en el mercado laboral, es su propia capacidad de trabajo viva dada en su viviente corporalidad” (Marx, 1988).

En resumidas cuentas lo que le da el valor a las mercancías y que hace que se mantenga el sistema capitalista es la fuerza de trabajo; pero como no ha de darse la relevancia a aquel que no tiene la posibilidad de condicionar las relaciones que se gestan dentro de un marco económico en cuanto mide al trabajo como una mercancía más, inevitablemente encontramos que las necesidades no juegan a favor del desposeído del capital, sino a favor de los capitalistas, en el sentido de que aun pese a que se tenga una normatividad de derecho laboral, en el imaginario hay una percepción de que las garantías solo se obtienen mediante una acción judicial, y se ve abocado a acudir a un sistema judicial que además de deficiente es incapaz de satisfacer la demanda de la clase trabajadora por la garantía de sus derechos, y quien solo ve postergado sus anhelos sociales.

La relación de trabajo, el contrato de trabajo y su contexto

Desde tales consideraciones esbozadas es conveniente visualizar lo que nuestro mundo actual depara, encontrados una vez los diferentes factores nos permitirá hacer las aproximaciones necesarias para la debida comprensión de esta propuesta.

Es así como en las relaciones de trabajo pese a su regulación legal, no está amparada frente a las situaciones reales del mercado de trabajo, pues dada tal situación es necesario que lo pongamos en un contexto que permita evidenciar la realidad del trabajador promedio.

Partiendo de estas apreciaciones se puede observar que las relaciones de trabajo se gestan dentro de un ámbito de la libertad de los sujetos para contratar que en el supuesto del mutuo consenso permite la aceptación de las condiciones determinadas ya por el modelo económico, el cual tiene a merced toda la estructura del sistema y a favor una creciente demanda de empleo de la clase trabajadora, puesto que la idea de un mercado autorregulado es una utopía total, si las medidas afectan la autorregulación del mercado mismo, y desorganizaban la vida industrial, que impuso el desarrollo del sistema de mercado en forma definitiva (Polanyi, 2006), son

circunstancias a las que ni el mundo del trabajo ha escapado y la cual se ha visto afectado.

Al respecto la percepción de las personas referente a este tema se ve reflejada en la encuesta Mundial de la Confederación Sindical Internacional (CSI; 2014), en la que la media de catorce países, el mayor porcentaje alcanzo un 78%, al considerar que el sistema favorece a los más ricos, no obstante el aparte del título de página denominado; y sobre la inseguridad en el empleo refleja un porcentaje del 59%, percibiendo el trabajo precario como una amenaza, y por otro lado la percepción de mal desempeño de los gobiernos frente al desempleo, alcanza una cifra de 68%, considerándose que el pleno empleo y el trabajo decente debe ser la principal preocupación de los gobernantes.

Claramente no puede desestimarse tal estadística dada la connotación de los países que se toman como referentes en dichas encuestas dentro de los que se encuentran Inglaterra, Japón, Francia, Italia entre otros, los cuales tendrían un sistema normativo establecido y avanzado, que hiciere frente a las nuevas tendencia económicas y de las relaciones de trabajo, dado su desarrollo económico.

Ahora, para el caso colombiano tenemos que el Código Sustantivo de Trabajo presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo (Art. 24). En efecto la relación de trabajo no se encuentra previamente definida y ante tal circunstancias puede tomar muchas formas, pero por el contrario el contrato de trabajo estará circunscrito a los tres elementos que normativamente se describen como la prestación personal del servicio, la subordinación y una retribución o salario.

Es así que dentro del marco jurídico colombiano se conocen los contratos, que según su modalidad se puede realizar teniendo en cuenta su forma, y que pueden ser verbales o escritos, y cuatro categorías que por su duración en el tiempo y por sus características, estos se denominan a término fijo, a término indefinido, para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio y por obra o labor contratada.

Se tiene entonces que dentro de estos presupuestos es que las personas ofrecen sus servicios en virtud de una relación de trabajo, pero cabe preguntarse ¿en qué momento al inicio de una relación laboral es posible determinar que el empleador dio cumplimiento a esta preceptiva al inicio del vínculo laboral con el supuesto descrito?, o, ¿en cuales es posible de-



terminar si la prestación de un servicio se realiza según una relación de trabajo o una relación civil o comercial?(OIT:2006); efectivamente que esta es una situación que no está formulada claramente en la norma sustantiva del trabajo y como se recoge en apartes anteriores su indefinición tiene un efecto incidente en la necesidad que está en contra del trabajador y a merced del empleador.

El ejemplo práctico frente a este aspecto es el que se evidencia al suscribir un trabajador un contrato de prestación de servicios en una empresa, claramente habría que ver las condiciones del trabajador si se trata de un operario, secretaria u otro semicalificado o un profesional. Pero revisado el antecedente de esta forma contractual, dentro de sus elementos estructurales, el contrato de prestación de servicios fue instituido como un medio excepcional, esporádico y transitorio, para que las entidades estatales recurriesen a personas extrañas a su planta de servidores permanentes, a efectos de obtener el cumplimiento de específicas actividades (Vega De Herrera, 2006), sin embargo es una modalidad contractual utilizada en el sector público y privado de forma irregular.

En efecto, en el ejemplo descrito de la forma contractual es evidente que se constituyó una relación laboral previamente al tipo de contrato que se establece, sin embargo puede notarse claramente que al momento, queda diferida la situación del trabajador frente al mecanismo que haga

efectivo su derecho para que se esté frente al contrato de trabajo regulado normativamente, pese a que la carga de la prueba la tiene el empleador al tener que desvirtuar la presunción conforme el citado aparte normativo del Código Sustantivo del Trabajo de que esta frente a un contrato civil o comercial, implica de todos modos una acción ordinaria laboral.

Al respecto cabe destacar que nuestra honorable Corte Constitucional ya en sentencia C-665 de 1998, hizo alusión a que es el empleador quien tiene la inversión de la carga de la prueba y es quien debe desvirtuar que la relación de trabajo giro en torno a un contrato civil o comercial. No obstante en la práctica esto puede resultarle al trabajador adverso, una vez se inicia la acción ordinaria laboral quien verdaderamente tiene la carga de la prueba es el trabajador.

Ahora en criterio de la OIT (2006) la relación de trabajo es un concepto jurídico que subyace al funcionamiento del mercado de trabajo, y es aquí donde tal vez se encuentra la dificultad debido a que las tendencias actuales del mercado global ha suscitado cambios que incorpora nuevas relaciones de trabajo que pone en el limbo las relaciones laborales de muchos traba-



<http://www.cuentasclarasdigital.org/wp-content/uploads/2016/02/CONSTRUCCION-1.jpg>

jadores cuya protección jurídica a lo largo de las últimas décadas según la información disponible evidencia acerca de la relación de trabajo y la medida en la cual los trabajadores dependientes han dejado de ser protegidos por la legislación del trabajo (OIT:2006).

Desde estos supuesto se puede inferir inevitablemente que el efecto no es otro diferente en el que las relaciones de trabajo determinan en si los contratos de trabajo, debido a que en la práctica en muchas de las situaciones a las que se ve expuesto el trabajador, no es este quien discute con su empleador el tipo de contrato mediante el cual se vincula a una empresa, por el contrario este ya viene supeditado y condicionado por un tipo de contrato y por cláusulas que el empleador considera necesarias para regular la relación de trabajo, cláusulas que ni si siquiera tuvo oportunidad y ni tendrá el trabajador, al menos de discutirlos.

Este es tal vez el punto central a considerar, pues muchas empresas en la práctica establecen una relación laboral, pero no necesariamente suscriben un contrato de trabajo con los elementos enunciados en la norma sustantiva; y es que precisamente porque la relación de trabajo puede tomar muchas formas ya sea que atienda a la temporalidad del puesto de trabajo, que puede atender a una intermediación o la denominada tercerización laboral, o a través de la externalización de procesos con los outsourcing.

En tales eventos dada la practicidad misma, cuando se contrata a través de las denominadas Empresas de Servicios Temporales (EST), forma que responde a la intermediación laboral, la relación del trabajador frente a la empresa usuaria no es directa, el verdadero empleador es la EST; en efecto frente a esta intermediaria se establece una relación de trabajo, pero tras ser superada la temporalidad conforme lo establece la Ley 50 de 1990 en Colombia, el trabajador sigue prestando sus servicios a través de la empresa intermediaria en muchas ocasiones a través de contratos de obra o labor y en forma indefinida, distorsionándose el propósito contractual inicial de la temporalidad de la obra o labor, práctica contractual cuyas características están legalmente definidas; no obstante lo anterior la relación de trabajo esta incólume y estaba determinada en principio, pero la situación real frente al contrato de trabajo es una cuestión que se resolverá en un estrado judicial.

Y es que en lo que respecta al número de Empresas de Servicios Temporales que operan según el Ministerio del Trabajo es de 871 al 31 de julio de

2015, cifra que reporta un aumento significativo en cuanto al papel que cumplen como intermediadoras. Sin lugar a dudas, su incremento en la contratación efectivamente atiende a un propósito comercial, pero no obedece a un fin social del que se puedan eventualmente beneficiar los trabajadores, pues si bien podría alegarse de que estas promueven o aseguran la colocación de empleo y que actúan como verdaderas empleadoras, indudablemente subyace otro propósito el cual no consiste propiamente en el de la estabilidad en el empleo, ni la plena formalización de las relaciones de trabajo.

En lo consecuente con las líneas anteriores es cuestionable, si se tiene en cuenta que si en una empresa usuaria se presenta la necesidad de establecer una relación laboral directa con un trabajador al persistir una necesidad en un puesto de trabajo de su organización, se acude a esta forma de intermediación por parte de la usuaria.

Se puede inferir de lo anterior que para la formalización del empleo no son necesarias las formas de intermediación, si se acudiese a mecanismos efectivos de garantizar que las relaciones de trabajo se constituyan dentro del marco regulatorio, pero aún más queda por establecerse si la intermediación como medio de formalización del empleo, alcanza ese propósito y lo que es aún más ambiguo es el cumplir el objetivo de la responsabilidad social que debe desarrollar una empresa en el Estado Social de Derecho, lo que a la larga puede resultar contradictorio a los propósitos constitucionales.

En este orden de ideas, las relaciones de trabajo están siempre antecediendo el contrato de trabajo, situación que es desfavorable para el trabajador, pese a que existan principios constitucionales relevantes como el de la primacía de la realizada frente a la formalidad y de la condición más beneficiosa (Art. 53 C.N.) y los que recoge el Código Sustantivo del Trabajo, que amparan al trabajador dentro de otro principio como el de la favorabilidad en la aplicación de las normas (Art. 21 C.S.T.), no necesariamente la relación de trabajo que se establece busca desarrollarlos en toda su dimensión, debido a que en muchas de las situaciones un trabajador debe probar ante un juez los tres elementos de un contrato de trabajo.

La situación planteada ha tomado una dimensión incierta, porque además no existen estudios que se ocupen específicamente de la problemática de como previamente se establecen las relaciones laborales pues todos se han enfocado a conceptualizarlo, porque tal vez este sea un asunto que está supeditado o se circunscribe al plano de las voluntades y a la libertad de los

contratantes; o que esos estudios especialmente permitan medir si esa relación de trabajo necesariamente se rige por un contrato de trabajo, pues en la praxis diaria el trabajador solo conoce de la dimensión jurídica de su situación cuando acude a la asesoría de un abogado para tratar de superar su condición de cesante, una vez que el empleador ha prescindido de sus servicios, haciéndolo responsable de su nueva condición de desempleado, puesto que antes de su vínculo y previa su constitución contractual no tuvo la oportunidad de exigir el cumplimiento de las normas sustanciales laborales.

Ahora bien, puesto un trabajador en un situación temporal de desempleo, y presentada la oportunidad laboral, se ve expuesto a una situación de necesidad impostergable, a quien poco le importa suscribir un contrato por fuera de los requisitos que exige la ley, y cuyas obligaciones alimentarias, civiles o de otra índole le son inaplazables.

Bajo tales circunstancias, obviamente las opciones que tiene un trabajador frente a una situación prolongada de desempleo, dada la insatisfacción de sus necesidades al no tener otra oportunidad próxima, lo hace aceptar de echo un empleo en cualquier condición, sea que se geste dentro del marco jurídico o que se vea expuesto frente a una relación encubierta de otra de las diferentes formas de relación laboral y ser una relación de trabajo que puede ser disfrazada o puede ser objetivamente ambigua (OIT, 2006).



Es de destacar que no se atribuye una responsabilidad por su condición al trabajador, al contrario la situación toma un giro de proporción ventajosa a favor del empleador quien desde antes de la posible relación laboral por establecer se permite en su amplia facultad decidir la forma de contrato que quiere constituir, el cual puede estar dentro del marco de las relaciones laborales amparadas por las disposiciones laborales, o por el contrario puede pretender desdibujar la relación con una forma contractual irregular, surgiendo en ambos casos la incertidumbre respecto de cuál es el alcance de la ley, de modo que puede suceder que la protección que ésta ofrece sea neutralizada (OIT, 2006)

Es dentro de estas situaciones que se ven encontrados los intereses antagónicos del empleador y del trabajador, siendo esta una oportunidad más de determinar la relación laboral que esta por establecerse, al acudir a uno de los mecanismos denominado tercerización, la cual toma diferentes formas cuya exigencia implica o pertenecer como trabajador asociado a una Cooperativa de Trabajo Asociado o que en su caso haga parte de una Asociación Sindical para realizar sus labores a través de un contrato sindical.

Resulta paradójico para los trabajadores que se vean inmersos en una oportunidad que los lleve a considerar como opción el pertenecer a formas asociativas cuya afiliación en el amplio margen de libertad que gozan las personas de ingresar a las asociaciones, que deban de pertenecer a una de estas sin pensarlo como necesario, y se vean obligados a afiliarse para establecer una relación de trabajo. Mal podría entonces considerarse que estas sean las formas plenas para la formalización del empleo y que se tengan como generadoras de puestos de trabajo, porque en realidad en muchos casos su operatividad se circunscribe a realizar labores de intermediación, objetivo asignado propiamente a las Empresas de Servicios Laborales.

Para ambas figuras asociativas existe sin duda una regulación específica, pero es el trabajador quien deberá sortear dicha barrera utilizando los recursos ya existentes de la ley laboral si es que pretende responsabilizar a ambas empresas, al encontrar mediante instancia judicial la solidaridad entre la empresa contratante y la asociación, y pese a la aparente superación ya dada a través de la vía jurisprudencial emitida por las Altas Corporaciones Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, cabe reiterar e insistir nuevamente que este es un asunto que resuelve la jurisdicción ordinaria, cuya resolución del conflicto individual se difiere en el tiempo.

En este sentido nuestra Corte Constitucional en reciente Sentencia C – 593 de 2014, en el que recoge los apartes de la Sentencia C-614 de 2009, reiterando que:

La libertad legislativa en material laboral y se refirió a la estabilidad en el trabajo y la primacía de la realidad sobre las formalidades, en el sentido de que el legislador no puede imponer un modelo preciso de vinculación al trabajo, en tanto que la protección a la relación laboral se impone. Es así como el legislador goza de libertad para configurar diferentes tipos de vinculación laboral, para diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales, pero no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales.

De lo anterior se puede deducir, que no se desconoce aún desde el alto tribunal el que las disposiciones existentes frente a las relaciones de trabajo se encuentra en un limbo jurídico, resultando aún más angustioso para el trabajador que en la realidad su vínculo laboral puede encontrarse no sujeto a las formas contractuales previstas normativamente.

Sin embargo otro de los métodos al cual se hizo referencia ya es el de acudir a los denominados outsourcing como verdadera forma de externalización de los procesos, el que como mecanismo de competitividad obedece a la tendencia mundial, manifestándose en la transferencia de actividades internas de una empresa a otra externa especialista en el asunto que se delega (Bermúdez, 2004).

Esta modalidad y forma en la que se manifiesta las relaciones de trabajo aun para la misma empresa especializada toma diferentes matices dentro del mismo ámbito del servicio que ofrece según la necesidad de la empresa contratante, que puede ser de escala (Scale) manejando cantidades de operaciones de muchas empresas a la vez, generando costos inferiores; el de especialidad (Speciality), en el que la persona contratada es especialista en la materia, y, en consecuencia, ofrece niveles marcados de diferencias en calidad, precios y servicio; el de venta (Sale), donde la necesidad de una empresa de adquirir a corto plazo, recursos del sector financiero y vender la infraestructura de su organización; y el de ceder (Surrender), mediante el cual una empresa incapaz de dominar todas las áreas de su negocio, decide entregar un área o varias a otros especialistas para que las manejen (Bermudez, 2004).



https://benjaminfernandezbogado.files.wordpress.com/2012/10/sam_0235.jpg

Es apenas lógico que los actores económicos tomen tal postura, tal y como lo afirman Kochan y Osterman, los actores empresariales toman decisiones basadas en el contexto, en los constreñimientos económicos y en las escenas institucionales dentro de las cuales operan, pues el ejemplo que antecede respecto de los denominados outsourcing evidencia la necesidad del acoplamiento a las necesidades del mercado.

Dentro de tales supuestos ya referidos, se ha afirmado desde décadas que nuestra sociedad se aviene a cambios constantes, y que el trabajo es una representación que produce efectos sociales útiles, el cual responde a necesidades normales de los individuos; en tal sentido se puede afirmar también que el contrato de trabajo no se halla plenamente consentido, sino cuando los servicios prestados tienen un valor económico, por lo tanto el equilibrio de las voluntades que debe de consagrar el contrato, requiere necesariamente para que sea regla ineludible en las relaciones de trabajo, el que estribe innegablemente que los contratantes se encuentren colocados en condiciones exteriores realmente iguales.

Por lo tanto, el énfasis está centrado en el trabajador individualmente considerado, porque es quizá quien siempre se ve expuesto en una situación de desventaja, pues solo los trabajadores asociados a un sindicato tienen el poder de exigir frente a la fuerza del empresario sus derechos, dado a que la historia nos muestra que las luchas individuales han sido hasta ahora infructuosas.

Aunque en la actualidad las mismas asociaciones sindicales se ven expuestas al debilitamiento que apareja las relaciones de trabajo encubiertas o de aparentes contratos de trabajo cuyo punto de partida se determina al establecerse tales relaciones laborales, las cuales en todo el espectro de su constitución se aviene con la particularidad de verse enfrentado el trabajador individualmente frente al empleador.

Pero si bien no es nada novedoso, tal es el efecto que al referirnos a una asociación sindical antes de tener la oportunidad el trabajador de poder pertenecer a esta, se enfrenta primero al establecimiento de una relación de trabajo, pues el acceso a la asociación solo se disfruta cuando se vincula laboralmente a la empresa, pero ante tales circunstancias en tanto que no todo empleador tiene la intención de vincular trabajadores para reforzar el número de afiliados de la asociación sindical, por el contrario acudirá a mecanismos disuasivos para aminorar el grupo de sindicalistas.

El sustento de lo anterior se puede evidenciar en el informe que realizó la Escuela Nacional Sindical sobre la implementación del Plan de Acción Laboral 2011- 2015, que refleja a una población de subempleo subjetiva de 6.592.000 al año 2014, y que tiene un 28,2% de tasa de subempleo subjetivo, es decir que el número de personas en condición objetiva de subempleo es de 2.507.000 al año 2014, cifra considerable si se trata de medir la demanda de puestos de trabajo (ENS, 2015).

Los referentes estadísticos aludidos también fueron objeto del debate en informe rendido por la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia ANDI (2015), en el cual termina aceptándose que las relaciones de trabajo que se constituyen deben de ajustarse a las prescripciones normativas con miras a la formalización del empleo.

Tal vez la única fuente que pueda dar una estadística confiable de esta problemática planteada en torno a las relaciones de trabajo es la que reposa en los Juzgados y Tribunales de las diferentes ciudades de Colombia, donde puede efectivamente encontrarse el tipo de conflicto suscitado a partir de la

relación de trabajo y que por supuesto en la sentencia que profiere el juez en uso de su racionalidad jurídica y de los instrumentos procesales de la materia, determina el tipo de contrato que se constituyó mediante el juicio laboral.

De este modo se puede anticipar de que no existe una supervisión, control y vigilancia previa a las relaciones de trabajo que se generan por la entidad pública rectora Ministerio del Trabajo, y pese a su reconocimiento desde la norma supra Convenio 81 de 1947 de la OIT, relativo a la inspección de trabajo en la industria y el comercio, el cual está vigente en Colombia por virtud de la Ley 23 de 1967 el cual prevé a la inspección como un sistema, y que posteriormente en este mismo orden se implementa el Decreto-ley 4108 de 2011, el cual en su artículo 1 refiere “un sistema efectivo de vigilancia, información, registro, inspección y control”, en la que en el numeral 14 del artículo 2, establece claramente que la función especial del Ministerio de Trabajo es “ejercer, en el marco de sus competencias, la prevención, inspección, control y vigilancia del cumplimiento de las normas sustantivas y procedimentales en materia de trabajo y empleo, e imponer las sanciones establecidas en el régimen legal vigente”.

Es desde estas disposiciones que el Estado Colombiano para el año 2012, inicio una campaña de fortalecimiento de las diferentes subdirecciones del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, y que en este sentido se puedan adelantar las investigaciones administrativas laborales del caso en el marco de sus competencias y de velar por el cumplimiento de las normas sustantivas; no obstante la normativa existente, aun el Estado no hace estricto énfasis en su cumplimiento en este tipo de mecanismos ni los implementa eficazmente (ENS, 2015), quedando nuevamente la opción de acudir a la administración de justicia para que el trabajador dirima su conflicto individual de trabajo.

Por otro lado, no se pretende desconocer ni cuestionar el alcance de los diferentes fallos de las diferentes corporaciones y Jueces; pues dados los cuestionamientos planteados, es necesario de que las medidas a adoptarse procuren una solución a la problemática que se suscita, al encontrarse en medio de una realidad que atenta contra los pilares del orden social justo, que abruma, soslayando a la clase trabajadora quien encuentra suspendida la oportunidad de mejorar sus condiciones mientras se resuelve su situación litigiosa laboral.

Así, dentro de la reflexiva pertinencia, no es que en Colombia no exista normas de derecho laboral, o que nuestros Jueces de la materia, Tribunales

y Cortes no hayan ya sentado los precedentes jurisprudenciales al respecto; lo que hay que tener claro es que no puede convertirse en la única vía para lograr el reconocimiento de un derecho laboral, porque sería legitimar de alguna forma el que el empleador pueda establecer relaciones laborales por fuera del marco jurídico atendiendo a su necesidad económica, y por su parte el trabajador se aviene necesariamente a que el reconocimiento del derecho sea a través de una sentencia judicial.

Y es que este es talvez el punto neurálgico que no permite que se superen muchos de los problemas sociales de nuestro país, siendo evidente de que el empleador dentro de sus condiciones económicas no atraviesa por las necesidades que si debe de sortear una persona desempleada mientras se resuelve el asunto litigioso, siendo esta una situación que lo impulsa a otras formas de proveer sus sustento incurriendo en la informalidad o como trabajador por cuenta propia, terminando encerrado en una ruleta cíclica.

La suma de factores como se anotó pueden ser diversas, pero quizá la fuente del problema si bien no es algo nuevo es el desempleo. En efecto si revisamos las cifras de desempleo en Colombia para el año 2014 según el DANE fue de 9,1%, sin duda es un aspecto significativo estadísticamente



<http://somoslarevista.com/wp-content/uploads/2011/03/ACUEDUCTO1.png>

en porcentajes de reducción del desempleo, pero al contraste cabe preguntarse si la gran población ocupada gozaba de las garantías laborales, y aún más se desconoce cómo se llevaron a cabo esas vinculaciones laborales y si están verdaderamente amparadas dentro de los presupuestos de una relación de trabajo y de un contrato de trabajo.

El desempleo es una de las preocupaciones diarias a las que se ve abocado un trabajador, no obstante la contractualizada relación de trabajo descrita conforme nuestra legislación y sus nuevas formas, no es la única de las vicisitudes a la que se ve compelido, la búsqueda de un puesto de trabajo, ha de ser una de las prioridades, y el que la inestabilidad o inseguridad en el trabajo, no lo lleve a ser uno de los que engrose la estadística de desempleados, lanzándolo a formas precarias laborales y sumergiéndolo en la lucha por la subsistencia lo que los hace aún más vulnerable.

Encontrados estos en sí mismos empleador y trabajador, la relación de trabajo impulso al trabajador a aceptar un contrato de trabajo distorsionado o encubierto y cuya oportunidad no podía posponer; ahora la oportunidad del empleador era servirse de la fuerza de trabajo, para quien ya se consumó tal hecho haciéndolo parte de su capital; no obstante el trabajador tendrá que verse expuesto en la ardua tarea de demostrar que esa relación de trabajo configuro un contrato de trabajo y que a este se le atribuyen tales particularidades que la normatividad contempla.

De lo anterior se desprende también el que las políticas salariales juegan un papel importante, si bien la dominación colectiva del salario, de sus tasas y de sus afectaciones, responde a la necesidad de una situación de mercado (Rolle, 1988) y no del asalariado, por cuanto esta no se define desde las necesidades del trabajador sino desde las necesidades del sector económico, lo que es apenas normal porque el costo de la mano de obra ya está dentro de una medida del costo de producción.

No existe una estadística clara del número de trabajadores que ingresan a la fuerza laboral y que de estos vínculos se establezcan en cumplimiento del marco legal, pues muchas de estas relaciones laborales solo se viene a discutir su validez jurídica una vez se ha terminado la relación laboral, que en la mayoría de los casos no siempre es por voluntad de trabajador.

Todo lo anterior forma parte de la dinámica y cotidianidad entre trabajadores y empleadores dentro de las relaciones de trabajo individuales, que al no estar bajo el control directo de un proceso de negociación colectiva,

favorece como política estratégica los intereses empresariales. Sin embargo, una de las razones que justifica la utilidad de este marco según Kochan et al (1993), es que aborda en forma específica las aparentes incoherencias y contradicciones internas en las estrategias y prácticas en diferentes niveles de las relaciones laborales dentro de las empresas.

Esto es lo que en contexto se puede apreciar, o como lo que Antunes, (2000) y Venegas (2010) han denominado la desregulación de las condiciones de trabajo y disminución de los costos para las empresas, que conlleva al no cumplimiento de las normas legales vigentes y la regresión de los derechos sociales, las cuales se evidencian en la ausencia de protección y de libertades sindicales, emprendimiento basado en la desregulación de los mercados.

Y es que la abrumadora realidad muestra que la esfera política privilegia el papel de las multinacionales y del mercado, y se desdibujan los poderes del Estado social (Peralta, 2012), en tanto que la reducida intervención y minimización de los diferentes entes estatales, debilita el Estado social y se observa que este carece de la suficiente soberanía, para decidir sobre las políticas sociales y económicas, así como para ponerlas en marcha. (Castel, 1997).

La desenfrenada búsqueda de inversión de capital ha instado a que los gobiernos de turno firmen o propicien escenarios adecuados para firma de tratados de libre comercio, situación que puede resultar favorable para las economías, no obstante debe evaluarse cuál es el costo social de esa inversión, que no debe implicar el debilitamiento de las instituciones y de la precarización de las formas laborales, o que implique el traslado de esos costos a la población trabajadora. Por el contrario el fortalecimiento debe estar como programa bandera y como condición para el desarrollo social como política del Estado Social de Derecho.

Las opciones estratégicas relevantes deben estar relacionadas más directamente con la organización del trabajo, la estructuración de los derechos del trabajador, la gestión y motivación de los individuos o los grupos de trabajo y la naturaleza del entorno laboral, debido a la trascendencia social del trabajo.

Desde este ámbito se incluyen cuestiones como el diseño de puestos y organización del trabajo, las normas laborales, las relaciones entre trabajadores y supervisores y las políticas públicas que regulan los derechos individuales en el centro de trabajo, como leyes sobre la seguridad e higiene o la igualdad de oportunidades de empleo (Kochan & MacKersie, 1993, 43), más aun dentro de

la dimensión de un Estado Social de Derecho, por encima de la organización del mercado debe estar la organización del trabajo, por la incidencia directa y la repercusión de tipo social que aparece cuando es precaria la forma de contratación que puede constituirse desde el inicio de la relación laboral.

A esto debe sumarse el que las crisis económicas tienen consecuencias inevitables sobre el mercado de trabajo, siendo frecuentes las recesiones y cada vez mayores, dificultando el desarrollo de cualquier política de Estado encaminada a la mejora de las condiciones laborales del trabajador y su familia. El desempleo, la inestabilidad o inseguridad en el trabajo no solo afecta al trabajador que establece la relación de trabajo, si de este depende económicamente su grupo familiar, los hace extremadamente vulnerables.

Estos desajustes involucran tanto la situación en relación con la organización empresarial, como a la situación del trabajador particularmente en relación con su empleo mediada por el mercado de trabajo, y que finalmente afecta la relación de trabajo y el contrato de trabajo, que puede resultar enmarcada aún más dentro del esquema empresarial que dentro de propósitos sociales específicos de las disposiciones laborales.



<http://buscartrabajo.com/files/2012/04/construccion.jpg>

Si bien es cierto que los países emergentes y en desarrollo presentan una situación en relación al desempleo más positiva, no puede negarse que el efecto contagio de las economías avanzadas ha dado lugar a una aceleración en el crecimiento del desempleo en la mayoría de los países y regiones (OIT, 2014b).

Recomendaciones

- Es evidente la necesidad de implementar eficazmente un mecanismo que permita una supervisión y control por parte del Ministerio de Trabajo, previo al establecimiento de las relaciones de trabajo, que permita a los Inspectores de Trabajo, tomar las medidas suficientes en las visitas administrativas laborales en las diferentes empresas.
- Se hace necesario un estudio riguroso de los puestos de trabajo y de la necesidad de verificación de estos, si efectivamente la actividad misma no responde a una actividad propia de la empresa, para que no se acuda a la intermediación laboral, en aquellos casos que requiriéndose la vinculación del trabajador de forma directa, se acuda a este medio para que no se vincule directamente.
- Se torna imperioso el estimar que las formas asociativas previstas en nuestra legislación colombiana, específicamente en lo que respecta a las Cooperativas de Trabajo Asociado y a los Contratos Sindicales, se ejerza un control exhaustivo, teniendo en cuenta el antecedente nocivo para la clase trabajadora, dados los vacíos normativos que existen se tornen por un lado nuevamente como medio para encubrir y desdibujar las relaciones de trabajo y por el otro sea un medio que distorsione el verdadero propósito del ejercicio de la libertad de asociación cooperativa y sindical, toda vez que para una y otra forma asociativa tienen como principio el alcanzar propósitos comunes como trabajadores.

Conclusiones

- En Colombia existe una indefinición de la significación de la relación de trabajo, por cuanto no se dimensiona su importancia dentro del marco jurídico, y que aun el mismo legislador dentro de la reformas laborales propuestas se han centrado más hacia a establecer formas contractuales que no la determinan si no que dejan una amplia posibilidad de que la relación de trabajo tome otra dimensión o forma en cuanto al inicio

del vínculo laboral, esta se sujeta a la voluntad contractual de las partes, siendo la presunción una figura que no le da un status de derecho determinado sino que admite que se pueda probar que el trabajador se encuentra bajo otro contrato que no propiamente es de tipo laboral.

- Las políticas de formalización de empleo no deben tener como adalid la impulsión de formas de tercerización, en tanto que estas desvirtúan los propósitos institucionales estatales, las relaciones de trabajo que le subyacen a estas formas de contratación y de las que se desprenden relaciones de trabajo, pueden representar un costo social alto a largo plazo que solo se evidenciara una vez todos los trabajadores que en algún momento estuvieron vinculados mediante asociaciones, se hacen evidentes en la aspiración de la población cotizante a la seguridad social en pensiones o a otro tipo de prestaciones que como trabajadores de ciertos sectores juegan un rol determinante dentro de la organización empresarial.



<http://www.eldesconcierto.cl/wp-content/uploads/2014/07/huelga2.jpg>

Trabajos citados

- Antunes, R. (2000). La centralidad del trabajo hoy. *Revista papeles de población*, 83-96.
- Código Sustantivo del Trabajo, Editorial Legis, 2014.
- Corte Constitucional Sentencia C-614 Bogotá D. C., dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009), Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub Referencia: expediente D-7615. Recuperado 08/07/2015 www.ramajudicial.gov.co
- Corte Constitucional, Sentencia C-593/14, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 34 – parcial, 115 y 356 del Código Sustantivo del Trabajo, M. P. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, Bogotá D. C., veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014), Referencia: expediente D-10032. Recuperado 03/07/2015 www.ramajudicial.gov.co
- Bermúdez A., K. (2004) Outsourcing y Derecho Laboral. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Laboral.
- Castel, R. (1997). Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado. Recuperado 02/05/2015
- Constitución Política de Colombia, Ed. Legis. 2014.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. 23 de septiembre 1960. *Gaceta Judicial* Tomo XCIII, p. 915
- Decreto-ley 4108 de 2011. Congreso de la Republica. Diario Oficial.
- Durkheim, E. (1995): *La división del trabajo social*; Akal, Madrid.
- Encuesta Mundial de la Confederación Sindical Internacional (2014) Recuperado 02/05/2015 www.ituc-csi.org
- Escuela Nacional Sindical (2015) Informe sobre los Cuatro Primeros Años De implementación del Plan de Acción Laboral (2011-2015). Recuperado 18/06/2015 http://ens.org.co/apc-aa-files/4e7bc24bf4203c2a-12902f078ba45224/Informe_final_completo_Plan_de_Accin_Laboral_2011_2015_Versi_n_4_Abril.pdf
- Informe Asociación Nacional de Empresarios de Colombia ANDI (2015). Recuperado 18/06/2015 www.andi.com.co
- Kochan, T. & R. Makersie (1993). *La transformación de las relaciones laborales en los Estados Unidos*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

- Ley 23 de 1967, Diario Oficial, Congreso de la Republica de Colombia.
- Marx, K. (1971): Elementos Fundamentales para la Crítica de la Economía Política (Grundrisse); Siglo XXI, Buenos Aires, Vol. 1.
- OIT (2004) Por una globalización justa: El papel de la OIT. Informe del Director General sobre la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, Conferencia Internacional del Trabajo, 92.^a reunión, Ginebra, págs. 18 y 19.
- OIT Convenio 81 de 1947, relativo a la inspección de trabajo en la industria y el comercio. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102595
- PERALTA GÓMEZ, M. C. (2012) Significados, cambios y contexto actual de trabajo. Estudio interpretativo. Revista Diversitas - Vol. 8, No 1, 2012.
- Perez G. M. (2012) Contratación laboral, intermediación y servicios. Editorial Legis.
- Polanyi, K. (1989) La gran transformación. Critica del liberalismo económico. Ediciones de La Piqueta. Madrid. Recuperado 14/03/2015 www.quipueditorial.com.ar
- Rolle, P. (1974): Introducción a la sociología del trabajo; Planeta, Barcelona.
- Vega de Herrera, Mariela (2006).El debate jurídico en torno al Contrato de Prestación de Servicios. Universidad Militar Nueva Granada. Volumen IX. - No. 17. - Enero – Junio 2006. ISSN 0121-182X - Pg.67-75
- Venegas, C. (2010). Realidad laboral de la psicología en Chile y la región: ¿Libre mercado o dignidad humana?. Razón y Palabra, 72, mayo-julio, 2010.. Recuperado 12 de junio 2015 de: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19951490603>