***LAS NUEVAS FORMAS JURÍDICAS DEL CONTRATO DE
TRABAJO EN COLOMBIA***

JUAN CARLOS BERROCAL DURAN

*Trabajo presentado como requisito para optar al título de
Especialista en Derecho Laboral*

***CORPORACIÓN EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMÓN BOLÍVAR
INSTITUTO DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO LABORAL
BARRANQUILLA***

2003

0014

INTRODUCCIÓN

El panorama económico mundial se caracteriza por el dominio global de las gigantescas corporaciones transnacionales dedicadas a la especulación financiera. Ellas se han convertido por intermedio del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización Mundial de Comercio y otras cuantas entidades multilaterales en un verdadero gobierno de carácter planetario, que determina e impone las formas de la política y la economía, en todos los rincones de la Tierra. Dichas corporaciones, han impuesto un paquete de medidas conocidas con el nombre de políticas de ajuste para sus defensores o políticas neoliberales para sus detractores. De acuerdo con esta, política las medidas son imprescindibles, ya que son el producto de la globalización, del avance de las tecnologías de punta, de la revolución informática, del imperio de las telecomunicaciones y las transacciones inmediatas.

La política "neoliberal" esta expresada por las privatizaciones de las empresas del estado, la aplicación de la flexibilización laboral, la reducción y la desregularización del estado.

Colombia no es ajena a este fenómeno mundial. A partir de la ley 50 del 90 se crea un marco legal a la flexibilización laboral y aparecen nuevas formas de contratación. Estas nuevas formas se caracterizan por su precariedad y con llevan a un deterioro en la calidad del empleo ya que son trabajos de poca estabilidad o duración, circunstancia que permite indagar lo siguiente: ¿Cuál es la evolución de la subordinación en estas formas de contrato? ¿Cómo se ajusta el tradicional contrato de trabajo a término indefinido en relación a las nuevas formas de contratación? ¿Cómo se presenta la estabilidad laboral en las modernas condiciones de contratación laboral? ¿Cómo quedan estas nuevas formas de contratación frente a la constitución política de Colombia?

Este ensayo pretende aportar elementos y conceptos que contribuyan al conocimiento y discusión de las nuevas formas de contratación. Es necesario generar espacios de controversia en el ámbito académico que

permitan conocer y realizar un examen profundo sobre esta realidad en nuestro país.

Se pretende estudiar las nuevas formas de contratación laboral, que en la realidad del mercado de trabajo colombiano se vienen dando. Se examinará las características de los diferentes contratos que existen en la sociedad post – moderna en Colombia.

Se Profundizará en el Contrato Laboral de Prestación de Servicios, Empresas de Servicio Temporal, las Cooperativas de Trabajo Asociado, las Empresas Asociativas de Trabajo.

Y por último, se plantean las contradicciones entre estos nuevos modelos de contratación y los postulados constitucionales del estado social de derecho.

DESARROLLO

Marcel Silva, actuando como ponente sobre la reforma laboral planteaba la siguiente reflexión.

América Latina debe crear, entre 1990 y el año 2004, un total de 80 millones de empleos, de los cuales corresponden a Colombia 5 millones y medio. Una legislación anacrónica, que traiga consigo una baja propensión a la contratación, puede alejarnos de estas metas, con consecuencias dramáticas en nuestro conflicto social. Los impulsores de la Ley 50 del 90, con el doctor Álvaro Uribe Vélez a la cabeza, nos prometieron que se crearían 5 millones de empleos si se acababa con las cesantías, si se bajaban las pensiones, si se acababa con la estabilidad, si se flexibilizaba en términos generales del mercado. Y nos amenazaron que si no se hacía eso, iríamos para el fracaso y para el caos, pero si se aprobaban todas esas ideas de ellos, se crearían 5 millones de empleos, repito, entre 1990 y el 2004.¹

Frente a la reforma laboral de 1990, en los diferentes foros y debates se llegó a la conclusión de que a más productividad y más eficiencia, habrá menos empleo, porque precisamente la productividad y la eficiencia significan que se debe producir más y mejor con menos mano de obra.

Considero que para promover el empleo o para resolver los problemas sociales que crea la baja productividad en un país no se puede recurrir a una política de reparto. Existen dos clases de política de reparto en materia laboral: “una, que es rebajar el tiempo de los trabajadores con la correspondiente disminución de la remuneración salarial. Con la aprobación de la ley 789 del 2002 en Colombia se implementó este sistema de reparto del tiempo al aumentar la jornada laboral ordinaria a 16 horas de 6 AM. A 10 PM. Esto implica repartir el tiempo extra y el salario que ganaba un

¹ SILVA, Marcel. Reforma Laboral (www.unal.edu.co/documentos/reforma_laboral_ponencia_marcel_silva.doc) p. 4.

trabajador y de esta manera pretender aumentar los puestos de trabajo sin mayor carga prestacional.

La otra política, la de reparto de los ingresos, consiste en repartir los ingresos de los trabajadores bajándole sus prestaciones sociales. Esto es la Ley 50 del 90. El problema jamás se va resolver mediante las políticas de reparto, sino mediante unas políticas de redistribución del ingreso. Una redistribución macro del ingreso: esa es la única manera de resolver algo que nosotros en Derecho Laboral no aceptamos, que es la palabra desempleo. Para nosotros la palabra desempleo ya es anacrónica y corresponde a los dinosaurios; nosotros hablamos de trabajadores en tránsito de un empleo a otro porque el desempleo significa automáticamente la carencia absoluta de todo derecho dentro del mercado del trabajo.

Para los economistas el trabajo es un factor de producción, los filósofos del Derecho Laboral deben revalorar la noción de lo que es el trabajo. No solamente el trabajo productivo –es decir, el trabajo remunerado, el trabajo asalariado, entendido dentro de los términos tradicionales de la economía– es el único válido, porque entre nosotros toda actividad que no sea remunerada, que no sea productiva, que no agregue valor, o como quiera denominarse, tanto en el sector industrial, como en el de servicios, etc., no tiene ninguna validez.

En el convenio 168 de 1988 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, se refiere es a “qué derechos, qué remuneraciones, qué indemnizaciones deben recibir las personas que no tengan empleo, dentro de una política de redistribución del ingreso de manera macro, cómo se está planteando, es decir, no pueden existir planes de pleno empleo. Eso es una absoluta mentira, tanto en Europa como en Colombia, porque no podrá haber pleno empleo, es totalmente imposible dentro de estas condiciones que se están desarrollando. Por eso quienes plantean, incluso los partidos socialdemócratas, en Europa, políticas o planes de pleno empleo, están condenados al fracaso, precisamente por el desarrollo de la ciencia, la técnica, la tecnología y todos los avances. Por esto que llamamos la productividad, el problema ya no es del trabajo, no es del empleo, es de redistribución de ingresos, complementado con alguna revalorización de las actividades del hombre, lo que se llama ocio entendido el ocio como una serie de actividades artísticas, literarias, científicas,

religiosas, etc., más o menos como en antigua Grecia, donde los ciudadanos libres no podían trabajar productivamente, si no dedicarse a la ciencia, al arte; lo productivo lo hacían los esclavos que no tenían ningún derecho, o los artesanos y agricultores que estaban en una escala social inferior a la del ciudadano.

La reforma laboral de la Ley 789 del 2002 plantea que el sistema debe crear las condiciones para que los trabajadores puedan asumir las nuevas formas de trabajo, organización y jornada laboral y simultáneamente se socialicen los riesgos que impliquen los cambios económicos y sociales.

Considero que con esta reforma lo que se pretende es darle una continuidad a la ley 50 del 90. Adicionándole la política de distribución del tiempo y del ingreso y aceptan las nuevas formas de contrataciones atípicas y precarias, acentúa la repartición de los ingresos de los trabajadores no solo con sus prestaciones sociales sino que abre la puerta para que el trabajador asuma las pérdidas junto con la empresa.

Con la aparición de los contratos atípicos surge el término precariedad laboral, que describe las crecientes formas de trabajo subordinado que muestran características inciertas respecto de los contratos tradicionales.

Luis Anderson define el empleo precario “como el alejamiento de los principales rasgos del empleo típico, regular, normal, protegido”².

Las situaciones no precarias son aquellas que brindan estabilidad en el empleo, protección a la seguridad social, con una cobertura sindical, poseen una estructura salarial en condiciones y medio ambiente de trabajo adecuado.

En consecuencia, el empleo precario sería aquel en el que concurren algunas de las siguientes características:

Inestabilidad laboral, por inexistencia del contrato laboral o contratos de corto plazo por tiempo determinado, falta de seguridad social, más de un

² ANDERSON, Luis. Empleo decente, conceptos sobre precariedad laboral. En: Revista de la Organización Regional Interamericana del trabajo (OIRT) ciudad de México, fascículo No. 3 (2001) Pág 12, 13,14 año 2001. www.cioslorit.ort/empleo.

empleador, o empleador no fácilmente identificable o un lugar de prestación laboral por fuera del domicilio del empleador.

Se carece de otros componentes de la remuneración (vacaciones, aguinaldo, asignaciones familiares, uniformes, primas, cesantías, intereses a las cesantías, otros adicionales de convenio) y falta de representación colectiva de carácter sindical. Por tanto, podemos decir que la precariedad laboral es el resultado de un comportamiento del empleador dirigido a la ilegalidad, o de aplicar normas que lo autorizan en la práctica. Cada vez es más frecuente encontrar relaciones laborales asalariadas disfrazadas como independientes, a través de la figura de la contratación civil o comercial. Cesar Augusto Carvallo Mena expresa los procesos de flexibilización laboral y deslaboralización que se viven en el mundo y, particularmente en América Latina, han modificado profundamente las concepciones que se tenían del derecho al trabajo bajo la vigencia del Estado intervencionista; las nuevas formas de relación contractual de tipo civil o administrativo que se han impuesto en el mercado de trabajo, han desplazado las tradicionales formas de contratación laboral que garantizaron los derechos de los trabajadores por varias décadas, derechos conquistados en históricas luchas desde mediados de siglo XIX³.

Germán Palacio, plantea lo que ha significado la transformación de las concepciones del derecho laboral individual y colectivo, desapareciendo las garantías y conquistas laborales. Afirma este autor que estos cambios han obligado a repensar y redimensionar el papel del derecho laboral⁴.

El modelo neoliberal cambió la estructura concentrada y rígida de la producción, adaptándola a las nuevas realidades económicas y a los sorprendentes avances de la informática. En la etapa post-fordista del capitalismo contemporáneo, la estructura productiva se atomiza y se hace

³ CARVALLO MEN, Augusto *El derecho al Trabajo frente a la globalización, artículo la estrategia de Job, Revista del Instituto latino americano de servicios legales alternativos,(ILSA), Boletín Trabajo y Justicia N° 18 marzo 2003, Bogotá, Pág 8, 9 www.ilsa.org.co/justicia/boletin.htm*

⁴ PALACIO, Germán *El Trabajo en los Noventa: Rupturas y Conflictos. Artículo de: "Flexibilidad Laboral y Neoliberalismo". Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. 1ª edición. Santa fe de Bogotá, 1994, p. 76.*

poli funcional, por lo cual ya no existe un lugar fijo de trabajo ni una fuerza laboral masiva y con carácter de indispensable por su nivel de calificación. La capacidad de respuesta de las tecnologías inteligentes y de la robótica impone el llamado “trabajo difuso”, no adscrito a la fábrica y que adopta unos marcados rasgos de informalidad.

Las propuestas del neoliberalismo se van afianzando como alternativas ante el fracaso del modelo keynesiano del intervencionismo estatal, buscando resolver el problema del estancamiento económico combinado con la inflación y acceder a esquemas de crecimiento sostenible, que las anquilosadas estructuras del fordismo no permitían y el tamaño abultado de participación del Estado, en todos los órdenes de la economía, también se presentaba como un obstáculo.

Las primeras medidas de gobiernos neoliberales en Europa se encaminaron a contraer la emisión monetaria, abolir los controles sobre los flujos financieros, reducir el tamaño de la burocracia pública y de los trabajadores del Estado generando procesos masivos de desempleo, recortar el gasto público y la inversión social; simultáneamente con estas políticas ultra conservadoras, se adoptaron medidas represivas contra los movimientos huelguísticos y se inició una paulatina transformación de la legislación laboral garantista de la estabilidad de la clase trabajadora, por otra que toleraba las modalidades de la flexibilidad del trabajo y con ello aparece la precariedad laboral.

Los cambios tecnológicos por su parte contribuyen del mismo modo a precipitar cambios en la organización productiva y en relaciones laborales. La más significativa transformación en el mundo del trabajo, se da en las formas de contratación, en la cual se sustituye el empleo permanente por el de tipo temporal, estrategia dirigida a la flexibilización de los mercados de trabajo y a su reorganización interna⁵.

Esto es un verdadero retroceso de formas de explotación laboral ya superadas.

⁵ PALACIO, Germán *El Trabajo en los Noventa: Rupturas y Conflictos*. Artículo de: “Flexibilidad Laboral y Neoliberalismo”. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. 1ª edición. Santa fe de Bogotá, 1994, p. 76.

*Vanessa Cartaya expresa "que la desregulación se impone en la economía y el esquema proteccionista del trabajo y de la seguridad social es desmontado, debilitándose en consecuencia el poder sindical ante este uso flexible de la mano de obra, que comienza a minar sus bases y le va restando vigor a las luchas gremiales"*⁶.

Las nuevas reglas para el trabajo introducidas por el esquema de la producción flexible, cuestionaron las bases filosóficas y jurídicas del Derecho Laboral, edificadas esencialmente sobre las categorías de la estabilidad y de las garantías mínimas en el empleo. La flexibilización en el mercado laboral le imprime una lógica diferente a la vinculación de la fuerza de trabajo a los empleos, que consiste en la disponibilidad de los trabajadores para entrar y salir del mismo, según las necesidades de los ritmos de producción; con lo anterior se ha generalizado en la organización del trabajo a nivel mundial, la modalidad conocida como putting out system por medio de la cual los empresarios y los gobiernos, han venido abriendo campo para la informalización de extendidas fracciones de nuevos trabajadores, o de aquella fuerza laboral que ha sido expulsada de los anteriores beneficios de la estabilidad y que ahora participa del empleo de manera precaria, en situaciones en donde han desaparecido los contratos tradicionales de trabajo, o no existe sencillamente ninguna reglamentación, o no hay garantías de un salario básico o de las más mínimas prestaciones sociales que ordena la ley; incluso donde no existe claridad en la relación laboral en sí porque hasta la figura de quien contrataba el servicio, se ha diluido en una serie de apariencias que la disimulan.

Paralelamente a esta modalidad del "putting out system" se vigorizan todas formas del trabajo domiciliario ("Out-Work") con las cuales se completa el ciclo de la descentralización del capital y se acaba de hacer difuso el trabajo, reduciéndose, a través de ellas, los costos que implica para un empleador la relación laboral con un trabajador formal, o en otras palabras, en las condiciones legales que ordenan las normas laborales de tradición fordista.

⁶ CARTAYA, Vanessa; ARANGO, Luz Gabriela; JARAMILLO, Margarita. Política de Equidad y Participación de la Mujer. La Estrategia de la Competitividad y la Perspectiva de Género. Ministerio de Gobierno. Santafé de Bogotá, 1996. p. 58.

De lo expuesto se puede inferir entonces que los procesos de flexibilización productiva afectan en general los diferentes aspectos de la relación laboral: el nivel de remuneración y de las prestaciones sociales (que tienden a desaparecer), la jornada de trabajo, la organización colectiva de los trabajadores, las características de la productividad y del consumo, de la incorporación de la fuerza de trabajo y, en general, de la organización empresarial y de sus regulaciones.

En lo pertinente a los salarios y a la jornada de trabajo las nuevas formas de la flexibilidad productiva, en especial aquellas relacionadas con el “Out-Work”, plantea Villegas⁷ cambian drásticamente las condiciones que operan en los contratos a término indefinido, los más comunes en el esquema fordista. Las variaciones de la demanda y de la competencia subordinan ahora la incorporación de los trabajadores que se hace preferentemente a través de contratos a término fijo, o de contratos que no tienen carácter laboral sino administrativo o civil, por ejemplo, contratos de prestación de servicios, de ejecución de obras, etc. En estas formas precarias de trabajo, la noción de jornada de trabajo se desvirtúa y puede recortarse o prolongarse según lo exijan las realidades y fluctuaciones del mercado; por otra parte, se reduce el ingreso de los trabajadores al disminuirse en tales modalidades de incorporación las prestaciones y al presentarse una eliminación paulatina de los factores salariales para efectos de la liquidación.

Las anteriores transformaciones en el mundo del trabajo se dan en el marco global de la reestructuración del sistema capitalista, que no sólo toca los fenómenos económicos sino que se extiende a la consolidación de un nuevo modelo de Estado, con unas funciones políticas y sociales que distan del rol benefactor que venía cumpliendo en el marco del fordismo.

El Estado benefactor en el contexto neoliberal pierde vigencia y como consecuencia se inicia un rápido proceso de privatización de las empresas del sector público, justificado en las razones de su ineficiencia, baja productividad, corrupción, falta de rentabilidad y alta carga prestacional. Las reformas políticas redefinen el papel estatal en la economía, desreglamentando los mercados y estimulando la iniciativa empresarial; se

⁷VILLEGAS, Arveláez Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Rodríguez Quito Editores. 2ª Edición. Tomo II. Santafé de Bogotá, 1995, p. 685.

reduce su papel en la producción de bienes y servicios con lo cual se pretende aumentar el ahorro interno reduciendo todo gasto fiscal, lo que significa también que el Estado deja de intervenir en la reproducción de la fuerza de trabajo, reduciendo sensiblemente la inversión social en todos los niveles y ocasionando con ello un desmejoramiento en la calidad de vida de los más pobres. Veamos rápidamente cómo se han manifestado estos cambios en Colombia.

En Colombia, el recetario neoliberal se empieza aplicar con el Programa de Modernización de la Economía Colombiana del Presidente Gaviria, con el cual formalmente se acoge el modelo en su sentido más amplio, el aperturismo y la privatización se convierten en las tareas fundamentales del Estado, se abre la economía a la competencia externa y paralelamente se le da a esta estrategia un marco jurídico favorable con la Constitución de 1991, y que Ochoa⁸ dice es “formalmente proteccionista en lo individual, realmente aperturista y neoliberal en lo colectivo y privatista en lo estatal y en la seguridad social”.

El proceso de modernización de la economía colombiana se trazó con los siguientes componentes en materia de ajuste laboral: reforma laboral (Ley 50 de 1990), reforma a la seguridad social (Ley 100 de 1994), asistencia laboral a la industria, intermediación laboral, recalificación y programa de creadores de empresas (Ministerio del Trabajo, 1991). Los resultados son claros, la informalización del trabajo en 1992 alcanzó el 62%, lo que ya supone un deterioro en los estándares laborales: jornadas superiores a las legales, inestabilidad del empleo, ingresos inferiores al salario mínimo establecido por la ley, carencia de seguridad social (desprotección de 79.1% del servicio doméstico, 91.9% de las ayudantes familiares, 89.7% de los trabajadores independientes y 43.9% de los trabajadores de microempresas) y, por supuesto, inexistencia de capacidad de representación sindical⁹

La modificación de las leyes laborales (Ley 50/90) puso de manifiesto los nuevos ejes que afectan el trabajo formal. Se hace presente la prevalencia de

⁸ OCHOA MORENO Benjamín, El derecho de trabajo en la Nueva constitución Política, En Actualidad Laboral (julio – agosto de 1991), p 32

⁹ WANNOFEL, Manfred. Compilador en las relaciones Laborales. Editorial Nueva Sociedad. Caracas, 1995. artículo de CARDENAS, R. Miguel; RAMIREZ, P. José Ernesto: "Cambios en las Relaciones Laborales en Colombia" p. 88

lo individual en la contratación bajo una supuesta igualdad de condiciones frente al derecho de contratar entre las partes, se hace explícito un objetivo de desmonte de la contratación colectiva; se aduce la permisividad para el despido colectivo mediante el establecimiento de porcentajes de acuerdo al volumen de empleos en cada empresa, en un lapso de seis meses; además se prescribe una reducción en el ingreso laboral, esto mediante la disminución de los factores constitutivos de salario para efectos de la liquidación de las presentaciones sociales, dado que las normas establecen la opción de “concertar” entre patrón y trabajadores qué primas y qué beneficios constituyen salario (Art. 15 CST).

De esta manera en Colombia se ha tomado la decisión de reducir o descartar el cumplimiento de algunos estándares laborales, porque se sostiene que su aplicación compromete la posibilidad del logro de la competitividad y del empleo; así que los paquetes de ajuste macroeconómico que impone la banca multilateral, consideran los estándares de la OIT como obstáculos para la reducción de costos, lo que equivale a pensar que los neoliberales tienen el “propósito del construir la competitividad nacional a cuenta de la precarización de las relaciones laborales”.

En suma, el impacto de las políticas neoliberales para los trabajadores en Colombia, también evidencian un fuerte proceso de desregulación y desprotección de importantes sectores laborales, con lo cual se afectan no sólo las más mínimas garantías laborales reconocidas por la legislación interior, sino que además se desconocen Convenios y Tratados de la OIT que el Estado ha ratificado y que por orden del Art. 53 de la Constitución Política hacen parte de nuestro ordenamiento legislativo y por mandato del Art. 93 C.N. prevalecen en el orden interno.

Carlos R. Salcedo¹⁰ nos brinda la conferencia magistral del profesor Mario E. Ackerman, la que, bajo el título de “Entre el exabrupto y la esperanza”

Sirvió como diagnóstico, evaluación y toma de conciencia de la realidad del derecho del trabajo y de la seguridad social en el mundo contemporáneo.

¹⁰ SALCEDO, Carlos R. Tendencias y Preceptivas del derecho al trabajo y seguridad social, y el subtítulo “Observaciones y reflexiones sobre el estado actual del derecho del trabajo”, Republica dominicana, Revista Gaceta Judicial Marzo del 2001 Pag 8, 9 <http://www.enel.net/gacetajudicial/2001/101/laboral.htm>

Aborda su conferencia Ackerman opinando sobre la señora Ruth Richardson quien en 1994 fue Ministra de Finanzas de Nueva Zelanda publicó al año siguiente de su alejamiento del gobierno, un libro que explica el balance de las políticas que impulsó, y que contribuyeron a producir una importante transformación de la realidad económica y social de su país.

Quiero detenerme en una reflexión que hace la señora Richardson al exponer las dos reformas no producidas y que, a su juicio, son sus asignaturas pendientes.

La primera de éstas es la supresión del salario mínimo, instituto éste que, según considera la ex ministra, al poner un precio mínimo al trabajo, introduce una inaceptable distorsión de la libertad que debe imperar en el mercado de trabajo.

La segunda reforma que también debió haberse producido y no se hizo, es la supresión de los tribunales de trabajo, dado que, como también explica Richardson desde su particular óptica, tales tribunales se ocupan de las cuestiones relacionadas con los contratos de trabajo y, a su criterio, éstos son esencialmente iguales a los contratos normales, lo que la lleva a concluir que nada justifica que existan juzgados especializados para esa materia.

El impiadoso e impúdico modelo neocapitalista ha llegado a que, en sus manifestaciones extremas, hoy se puedan hacer, impunemente, afirmaciones, que, ayer nomás, habrían sido consideradas indecentes.

La condición marginal, las exageraciones de la señora Richardson y su probable inviabilidad, sin embargo, no deben hacernos ignorar que algo está pasando. En 1933 el alemán Hugo Sinzheimer sostenía que la crisis en el derecho del trabajo se expresa en un creciente debilitamiento de las convicciones sobre su esencia y su razón de ser.

Razón y esencia que explica Sinzheimer, al observar que quien presta trabajo no da ningún objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo pero, por las circunstancias y condiciones en las que lo hace, la relación que liga al trabajador con su empleador no es sólo una pura relación obligacional; no pertenece al derecho de las obligaciones; es, ante todo, una relación de poder, lo que comienza a explicar así que el derecho del trabajo pretenda

proteger al trabajador, tomando en cuenta, como observa Barbagelata, todo lo que el derecho tradicional había ignorado.

Hoy, sin embargo, la nueva modernidad pretende volver a ignorar lo que sigue siendo más que evidente. El paradigma del extremismo en el tránsito hacia la ignorancia bien se expresa en aquella afirmación de Ruth Richardson en el sentido de que no existen diferencias entre el contrato de trabajo y cualquier otro contrato. En un punto intermedio, pero con mayor difusión, se ha visto también en los últimos tiempos, junto a las inusitadamente promocionadas contrataciones temporales, cuando no fugaces, el desarrollo de distintas formas de contrataciones laborales excluidas del ámbito de aplicación del derecho del trabajo.

Todo esto fue presentado y promocionado con un doble propósito aparente: satisfacer las exigencias que plantea la dura competencia en un mercado globalizado y presentar batalla al problema del desempleo. Por esta misma razón, no se puede decir que un trabajador, con un contrato precario, necesitado por permanecer en la empresa, con una alta tasa de desempleo existente, no tiene ninguna posibilidad de negociar con su empleador.

En su lógica, los trabajadores no son personas que trabajan sino recursos (humanos), y antes que en el reconocimiento y tutela de sus necesidades y derechos se piensa y obra en función de las exigencias de los mercados (entre ellos el de trabajo), a cuyo culto todo se inmola.

El neocapitalismo pretende redefinir el objeto del derecho del trabajo – esto es, la protección de las personas que trabajan – con su absorción o sustitución por otro nuevo derecho.

Como críticamente lo presenta Gerard Lyon Caen, este derecho del empleo pretende adecuar las normas laborales a las exigencias de la economía de mercado, persiguiendo como prioridad la reducción del costo laboral, en una suerte de derecho del trabajo a la inversa... orientado únicamente en el sentido de los intereses de la empresa.

En estos términos, la exposición de los nuevos valores y su respuesta técnica bajo la forma de un derecho de empleo o del mercado de trabajo, que pretende desplazar tanto al derecho del trabajo como a la seguridad social,

no admite ya la apelación a eufemismos: la mercancía que es objeto de tráfico en el mercado de trabajo no puede ser otra que el trabajo; pero si se advierte, antes y además, que el trabajo es inseparable de la persona que lo ejecuta, el mercado del que se trata es un mercado de trabajadores. Objetivados éstos bajo la desgraciada expresión recursos humanos.

Y está, en nombre de la libertad es, así, la propuesta superadora del neocapitalismo después de casi ciento diez años durante los cuales, desde diferentes posiciones ideológicas y confesionales, pero con la referencia primaria a la Encíclica Rerum Novarum, el pensamiento humanista aspiró a construir una sociedad en la que el trabajo no sea una mercancía.

Julio Armando Rodríguez Ortega¹¹ expresa que “la dimensión tradicional en la que el empleador era el responsable de todas las prestaciones y prerrogativas del trabajador, paulatinamente va quedando en el pasado; ahora es ya un tercero el que maneja las pensiones, al igual que las cesantías y los riesgos profesionales, y en muchos casos, es igualmente un tercero el que se responsabiliza de la misma relación y en no pocas ocasiones laboral, todo depende del mismo trabajador”.

A continuación me propongo caracterizar las más representativas formas jurídicas del Contrato de Trabajo en la Sociedad Moderna:

*- **Contrato a Término Fijo.** Este es un contrato de trabajo conocido desde hace tiempo, que ha logrado un amplio protagonismo en las actuales relaciones laborales como alternativa frente al tradicional contrato a término indefinido, amparado por la normatividad laboral, se ha ido implantando en forma progresiva, bajo la mirada tolerante de la organizaciones sindicales.*

Esta forma precaria de trabajo es el resultado de la crisis económica que puja a las empresas hacia la reducción de los costos laborales pero también se origina en la introducción de sistemas automatizados y tecnológicos que requieren personal especializado. En la práctica se trata de una expresión más de la autonomía de las partes o la libertad contractual inherente a las clásicas libertades económicas. Sin duda alguna el contrato de trabajo a

¹¹ RODRÍGUEZ ORTEGA, Julio Armando *El Contrato de Trabajo* Bogotá D.C. E : Leyer 2001 p. 247

termino fijo, sometido a las leyes del mercado con la tolerancia del estado, su acomodación al régimen jurídico y la indiferencia de los sindicatos ha significado en el moderno mundo del trabajo una disminución de las garantías de los trabajadores¹².

Este tipo de contrato tiene formas contractuales básicamente temporales, que se convierten en estables, repitiendo permanentemente el tipo de contrato.

*- **Contrato de Libre Estipulación.** Son normas recientes en materia laboral, en el contexto de la flexibilización y de la regulación de las relaciones de trabajo han reducido la intervención del Estado, permitiendo que la partes pacten la duración del contrato de trabajo por debajo de las ocho horas diarias, asignando una remuneración proporcional, sin modificar la naturaleza del contrato, que permanece inalterada, mientras el trabajador esta dispuesto a obtener remuneración solo por el tiempo trabajado. En este caso particular la filosofía Neoliberal del legislador prevalece sobre las necesidades de protección, dando especial importancia a la autonomía de las partes que en su voluntad soberana dan curso a la libertad contractual como acto de fe en la libre economía de mercado, que adquiere aquí toda su fuerza, dando lugar a nuevas relaciones económicas y sociales¹³.*

Este sistema de libre estipulación consiste en que el empleador y el trabajador convienen libremente el salario en sus diversas modalidades, como por unidad de tiempo por obra, o a destajo y por tareas, etc.

El Artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo en el inciso c y d establece lo siguiente.

c) Modificado.L.789/2002, Art. 51. El empleador y el trabajador pueden acordar temporal o indefinidamente la organización de turnos de trabajo sucesivos, que permitan operar a la empresa o secciones de la misma sin solución de continuidad durante todos

¹² Ibid. p. 247

¹³ Ibid.p.p 31-32

los días de la semana, siempre y cuando el respectivo turno no exceda de seis (6) horas al día y treinta y seis (36) a la semana;

En este caso no habrá lugar al recargo nocturno ni al previsto para el trabajo dominical o festivo, pero el trabajador devengará el salario correspondiente a la jornada ordinaria de trabajo, respetando siempre el mínimo legal o convencional y tendrá derecho a un día de descanso remunerado.

d) Adicionado. L. 789/2002, Art. 51. El empleador y el trabajador podrán acordar que la jornada semanal de cuarenta y ocho (48) horas se realice mediante jornadas diarias flexibles de trabajo, distribuidas en máximo seis días a la semana con un día de descanso obligatorio, que podrá coincidir con el domingo. En éste, el número de horas de trabajo diario podrá repartirse de manera variable durante la respectiva semana y podrá ser de mínimo cuatro (4) horas continuas y hasta diez (10) horas diarias sin lugar a ningún recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales dentro de la jornada ordinaria de 6 a.m. a 10 p.m.

PAR. —El empleador no podrá, aun con el consentimiento del trabajador, contratarlo para la ejecución de dos turnos en el mismo día, salvo en labores de supervisión, dirección, confianza o manejo¹⁴.

- El Contrato a Domicilio. *Es esta otra modificación de la estructura jurídica contractual en el campo laboral causada por las nuevas tecnologías y los cambios en la estructura productiva, tiene que ver con el lugar donde se desarrolla el trabajo subordinado. Se trata de un fenómeno destacado de realización del trabajo fuera de la sede de la empresa conocido ya desde los tiempos de la revolución industrial cuyo principal componente jurídico tiene que ver con la subordinación, pues en la concepción tradicional del derecho del trabajo corresponde al juristas individualizar el estrecho nexo que liga al trabajador con toda la organización del trabajo.*

¹⁴ LEGIS, comp. Código Sustantivo del Trabajo, Bogotá D.C.: Legis, 2003

El trabajo a domicilio es pues una forma de contrato que se orienta a descentralizar la actividad productiva y laboral de la empresa asimilable a los contratos de servicios, con un mayor grado de especialización de la mano de obra para enfrentar el incremento de la producción sin tener que recurrir a nuevas contrataciones. La contratación de trabajo a domicilio puede comportar distintas modalidades jurídicas en las relaciones entre diferentes unidades de trabajo, lo que tradicionalmente se denomina unidad de explotación económica o unidad de empresa, pero dada la complejidad de este fenómeno se requiere la individualización de los modos como ella se presenta, pues allí depende la aplicación del derecho de trabajo.

Aún lejos del corazón de la empresa a la cual esta ligado el trabajador por una relación organizativa, sigue siendo un dependiente de la empresa y trabaja aunque con modalidades no tradicionales según una relación de trabajo no subordinado, ligado con la estructura de la empresa y sometido al control de la subordinación, que no obstante deja sin resolver algunos aspectos esenciales de la relación de trabajo tales como duración, condiciones de higiene y seguridad, formación profesional, derechos sindicales, etc¹⁵.

El Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 89 se refiere al Contrato de trabajo a Domicilio de la siguiente forma.

ART. 89. —Contrato de trabajo. Hay contrato de trabajo con la persona que presta habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, sola o con la ayuda de miembros de su familia, por cuenta de un patrono.

Se entiende que existe contrato de trabajo al tenor de lo dispuesto en el artículo 89 del Código Sustantivo y para efectos del presente decreto cuando aparezca plenamente establecido que el trabajador o trabajadores a domicilio reciben del patrono materias primas o elementos destinados a ser manufacturados y expendidos por cuenta de este último¹⁶.

¹⁵ RODRÍGUEZ ORTEGA, Julio Armando "Op.cit. p.247

¹⁶ Legis, comp. Op.cit. p.

El mismo Código incluye un comentario al respecto en los siguientes términos:

Naturaleza del contrato. El trabajo a domicilio constituye una modalidad especial de contrato que ofrece alternativas para la generación de más puestos de trabajo dentro de las empresas ya establecidas. El patrono que quiera aprovechar esta posibilidad debe llevar un registro del trabajador con su nombre completo, lugar donde se ejecuta el contrato, cantidad y características del trabajo que se encarga cada vez, forma y valor de la remuneración y los motivos o causas que den lugar a la reducción o suspensión del trabajo.

El trabajador puede exigir que se le entregue una certificación sobre el valor y clase de los materiales que recibe cada vez, las fechas de recepción de elementos y entrega de la obra terminada y los anticipos y salarios pagados.

El trabajador a domicilio puede recibir la ayuda de los miembros de su familia para la ejecución de sus labores, circunstancia que configura una excepción legal al principio general y más específicamente a uno de los elementos del contrato de trabajo, cual es la prestación personal del servicio.

Sin embargo, si la ayuda proviene de personas extrañas a su familia, el trabajador a domicilio deja de considerarse como tal para pasar a ser un contratista, perdiendo de esta manera los beneficios inherentes a la calidad de empleado.

Sobre el contrato a domicilio la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral se ha expresado de la siguiente forma¹⁷ “En el contrato a domicilio sí hay subordinación. “No se refiere el código, de manera expresa, a la dependencia o subordinación al definir el contrato de trabajo a domicilio (Art. 89), pero el hecho de decir este ordenamiento que “hay contrato de trabajo con la persona que presta habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, sola o con la ayuda de miembros de su familia, por cuenta de un patrono”, es suficiente para estimar incluido el citado elemento entre los integrantes de la relación de trabajo dependiente, ya que la expresión “contrato de trabajo” en la modalidad que regula el precepto, comprende la totalidad de las notas que estructuran la referida convención. Así que en el

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Cas. Laboral, sent. Abr. 14/61, Gaceta Judicial. 2338, pág. 675).

contrato de trabajo a domicilio, no obstante la aparente autonomía de tales trabajadores, existe el elemento subordinación que tipifica todo contrato de trabajo”.

La misma Corte en otra sentencia emitida sobre el mismo contrato de trabajo hace referencia en los siguientes términos sobre el suministro de materiales. “El artículo 6° del Decreto 210/53 tiene un alcance restringido, pues su fin principal es facilitar la labor de control y vigilancia que sobre el trabajo a domicilio de mujeres y menores de edad tiene a su cargo una sección del Ministerio de Trabajo. Pero si se quiere ver en la norma del artículo 6° una reglamentación del artículo 89, surge el contrato de trabajo a domicilio cuando el patrono suministra al trabajador materias primas o elementos que aquél destina a la manufactura y venta”¹⁸

En otra jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia hace referencia sobre el concepto de familia cuando esta ayuda en el trabajo a domicilio, lo cual no configura contrato con ella. “Del criterio que informan las reglamentaciones del orden sucesoral y de las obligaciones alimentarias puede valerse la Corte, en ausencia de todo otro criterio, para dar una definición. Integran, en consecuencia, la familia: el cónyuge, los ascendientes y los descendientes, sean legítimos o naturales, los hijos adoptivos y los padres adoptantes, los colaterales hasta el cuarto grado y, por consideraciones de registro constante en diversas figuras, los afines hasta el segundo. En la figura del trabajo a domicilio debe anotarse que el precepto legal registra la labor del miembro de la familia como una “ayuda” para la persona que presta habitualmente sus servicios al patrono. Quiere decir lo anterior que entre aquéllos no existe contrato alguno ni de aprendizaje ni de ninguna otra clase, sino asistencia, auxilio o concurso prestado por el motivo familiar que impone el nexo de sangre o de ley”¹⁹.

Refiriéndose en otra jurisprudencia la Corte Suprema de justicia hace referencia sobre el trabajo a domicilio al cual lo cobija el salario mínimo. “El trabajo a domicilio que es sabido, se remunera por unidad de obra o a destajo, no está excluido de las normas sobre salario mínimo, tanto menos si el patrono no cumple las obligaciones que le imponen los Art. 91 y 92 ya que

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Cas. Laboral, sent. Mayo 18/60, Gaceta. Judicial. 2225/26, pág. 1023.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Cas. Laboral, sent. Oct. 16/57, Gaceta. Judicial . 2188/89/90, pág. 709.

resulta, por esa omisión, en extremo difícil determinar con exactitud la remuneración recibida por operador. Y no hay razón para sostener que la jornada de trabajo del que presta sus servicios a domicilio, nunca llega a las 8 horas diarias. Al contrario, se ha admitido generalmente por la doctrina, fundada en la experiencia del llamado “sweating system” (régimen del sudor) que el trabajador a domicilio tiene que realizar, por lo menos, tanta actividad como la que corresponde a una jornada normal y que aun alcanza niveles agotadores”²⁰.

Trabajadores del Servicio Doméstico. *Actualmente se considera a esta ocupación como asalariada, reuniendo fuertes rasgos de precariedad en la vinculación con la dificultad de regular el cumplimiento de las normas entre empleadores a nivel del hogar, así como su condición de trabajadoras.*

El Código Sustantivo del Trabajo²¹. Se presenta un comentario sobre los siguientes aspectos sobre dicho contrato:

Definición. Trabajador del servicio doméstico es aquella persona natural que a cambio de una remuneración, presta su servicio personal en forma directa, de manera habitual, bajo continuada subordinación o dependencia, residiendo o no en el lugar de trabajo, a una o varias personas naturales, en la ejecución de tareas de aseo, cocina, lavado, planchado, cuidado de niños y demás tareas propias del hogar. Los trabajadores que residen en el lugar o sitio de trabajo se denominan “internos”. Los demás, los que laboran sólo unos días de la semana y reciben salario por cada jornada, pero no residen en el lugar de trabajo, se denominan “por días”.

No son del servicio doméstico los que ejecutan las labores mencionadas dentro de una empresa, club social o establecimiento comercial, colegio, hacienda, etc., o, en general, unidad de explotación económica, aunque sea empresa sin ánimo de lucro.

2. Forma de contrato. Puede ser verbal o escrito. Su duración se rige por las normas generales.

²⁰ G.J. 2211/12. Jacobo Guáqueta, “Jurisprudencia de la CSJ.”

²¹ Legis, comp. Código Sustantivo del Trabajo. Bogotá D.C. 2003

3. *Remuneración. Puede consistir sólo en dinero o parte en dinero y parte en especie. Para efectos prestacionales, únicamente constituye salario la parte que se paga en dinero.*

Las disposiciones legales sobre salario mínimo también se aplican a los trabajadores domésticos; por esta razón, la remuneración total no puede ser inferior al salario mínimo legal vigente.

4. *Período de prueba. Se presume aunque no se exprese por escrito, un período de prueba de 15 días. Sin embargo, se puede pactar, por escrito, hasta por 60 días.*

5. *Jornada de trabajo. Los trabajadores de servicio doméstico que residentes en la casa del patrono no estaban sometidos a la regulación sobre jornada máxima legal, pero mediante Sentencia C-372 de julio 21 de 1998 la Corte Constitucional, dispuso que los trabajadores de servicio doméstico que residan en la casa del patrono no podrán tener una jornada superior a 10 horas diarias, limitando así su jornada máxima legal. Hay también obligación de conceder descanso remunerado en domingos y festivos; pero la ley no prohíbe el trabajo en tales días, sino que si se trabaja en ellos habitualmente hay que pagar el 75% de recargo y además conceder descanso compensatorio; si se trabaja sólo ocasionalmente en domingo o festivo el trabajador tiene derecho a elegir entre un descanso compensatorio o un pago en dinero.*

6. *Prestaciones sociales. Tienen derecho a las siguientes:*

6.1. *Vacaciones anuales. Por cada año de trabajo y proporcionalmente por fracción superior o igual a tres meses, les corresponden 15 días hábiles consecutivos de descanso remunerado con el salario que esté devengando (en dinero y en especie) en el momento de entrar a disfrutarlas.*

6.2. *Calzado y vestido de trabajo. Se debe suministrar un par de zapatos y un vestido de labor, tres veces al año (abr. 30, ago. 30 y dic. 20) al trabajador que hubiere cumplido más de tres meses al servicio del patrono. Estos elementos son de uso obligatorio por el trabajador.*

6.3. *Cesantía. Por cada año completo de labor y proporcionalmente por fracciones de año, se paga un mes de salario. La liquidación se hace únicamente sobre el salario en dinero (CST, Art. 252).*

6.4. *Intereses a la cesantía. En el mes de enero de cada año debe pagarse el 12% anual sobre el saldo consolidado en 31 de diciembre inmediatamente anterior. Si el trabajador no ha prestado servicios durante todo el año, sino tan solo durante una fracción, el interés se reconocerá en forma proporcional. La obligación de pagar intereses, en el caso de terminación del contrato en cualquier época, también debe cumplirse en forma proporcional.*

6.5. *Maternidad. Les corresponde la licencia remunerada de 12 semanas en las cuales debe permitírseles ir a sus casas.*

6.6. *Seguridad social. La afiliación al sistema de seguridad social es obligatoria (pensiones, enfermedad general, maternidad, riesgos profesionales).*

- Las Formas de Intermediación Laboral. *Estas formas de contratación son cada vez más frecuentes en las relaciones socio – económicas triangulares entre una empresa que depende jurídicamente el trabajador y la empresa que efectivamente recibe la prestación del servicio. Desde el punto de vista jurídico y aplicando el principio de primacía de la realidad se puede establecer que quien recibe efectivamente las prestación es el verdadero patrón, sin embargo el vinculo jurídico se establece con la empresa intermediaria²².*

Las grandes empresas buscan la desconcentración, o exteriorización de algunas de sus actividades, subcontratando pequeñas empresas informales, lo que ocasiona que se presente el fraude laboral.

En Colombia se han hecho frecuentes las siguientes modalidades de intermediación laboral:

²² RODRÍGUEZ ORTEGA, Julio Armando "El Contrato de Trabajo" Bogota D.C. Editorial Leyer, Enero 2001 Pag 247; pág 33 a la 35

- Microempresas de la Economía Informal. En este tipo de microempresas se concentran la mayor parte de situaciones laborales no registradas o clandestinas. La razón de su existencia es esencialmente la baja productividad.

Otra de las formas de deslaborización que ha traído la apertura económica es el desplazamiento de trabajadores al sector informal de la economía, en donde las empresas han implementado planes de retiro, ocasionando que muchos de estos creen empresas multifamiliares, denominados MICROEMPRESARIOS, llevándolos a buscar mecanismos de contratación para la producción de bienes por fuera de la legislación laboral.

El empresario le envía al microempresario el trabajo que debe desarrollar por su cuenta propia, éste asume los servicios y costos laborales, quien para cumplir debe laborar jornadas extenuantes sin ningún tipo de garantías, ni de Seguridad Social, ni de prestaciones sociales.

- Contrato de Prestación de Servicios. Estos contratos están regulados por la Ley 80 de 1993 y su vigencia si bien ha contribuido a la generación de empleo, no es menos cierto que ha servido para desconocer derechos laborales, patentizándose la deslaborización del trabajo de aquellos trabajadores que son contratados por el Estado, sin desconocer que el sector privado también lo vienen utilizando, a veces muy mal manejado, pues no faltan casos en donde se les pone a marcar reloj, se le imponen reglamentos y en general la relación obedece más a una relación subordinada. Su régimen jurídico se asimila a los de los contratos de arrendamiento ya que sus características son similares. En muchas empresas se tienen nóminas paralelas con éste tipo de servidores, so pretexto de que no existen cargos en las plantas de personal y para el cumplimiento de los objetivos de la entidad se hace necesario su contratación, que en otros tantos casos ha servido para pagar favores políticos, digamos que es un excelente medio para que la clase política mantenga su poder sobre la burocracia.

Se contrata para desarrollar funciones o actividades que estén a cargo de la entidad contratante, no pueden celebrarse a término indefinido, en materia de remuneración sólo tienen derecho a los honorarios y en ningún caso a prestaciones sociales. Muchos de estos contratos se asimilan más a una

relación de trabajo dependiente o subordinado, con las consecuencias que ya anotamos si en la realidad ello llega a establecerse.

1. Se perciben honorarios por el cumplimiento de los servicios acordados, ya que está definido claramente el monto del contrato y su forma de pago, que no necesariamente debe ser mensual.

2. No existe relación laboral entre la parte contratante y la parte contratista, por lo tanto no se generan prestaciones sociales.

3. Los contratistas tienen autonomía técnica y directiva, realizan sus actividades dependiendo del objeto del contrato. No tienen horario de trabajo preestablecido por la entidad.

4. Los contratistas cumplen con lo pactado en el contrato, utilizando sus propios medios o elementos y pueden prestar el servicio a través de determinadas personas si así lo permite el contrato.

5. En caso de contratación con instituciones de cualquier orden con el Estado y aún con particulares, cualquier tipo de pago de la seguridad social corre por cuenta del "Contratista"

- Contratistas Independientes y Agencias de Colocación. *Estos contratistas realizan una intermediación laboral que sirve de puente para conseguir empleo y responden por las obligaciones laborales de sus empleados, aun que estos se encuentren laborando al servicio de otra empresa son conocidos también como contratistas independientes y como simples intermediarios los artículos 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo²³ lo define de la siguiente manera:*

ART. 34. —Subrogado. D.L. 2351/65, Art. 3°. Contratistas independientes. 1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o

²³ *Legis, Comp. Op.cit. p.*

varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

Las agencias de colocación o simple intermediario ART. 35. — Simple intermediario. 1. Son simples intermediarios las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono, para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

3. El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del patrono. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el patrono de las obligaciones respectivas

Al respecto la Corte Suprema de Justicia²⁴ se ha expresado de la siguiente manera “Empresas de servicios temporales. Son verdaderos patronos. Intermediarios. b)... en lo que hace referencia a la primera fase de la relación que es materia de debate, se tiene que la vinculación del demandante se produce a Sertempo Ltda. Y por indicación de ésta concurre a trabajar a Landers & Cía. S.A. para permitir el cumplimiento de un contrato entre las dos firmas por el cual la primera recibe una remuneración o precio, un lucro, que es su objetivo y que lo logra gracias al servicio que presta el trabajador, a quien retribuye directamente.

c) El simple intermediario, según el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, interviene en el acto de contratación de personal, pero no lo hace para sí, no percibe un beneficio proveniente de los servicios que presta el trabajador que ha enganchado, no imparte órdenes ni instrucciones al mismo, no es receptor directo de los servicios personales del empleado y no es el responsable directo de la remuneración salarial correspondiente, llegando a serlo sólo a través de la figura de la solidaridad bajo condiciones especiales y por no anunciar su condición de intermediario en el momento del enganche.

El intermediario vincula personal para un tercero y este último es quien recibe los servicios, ejerce activamente la subordinación y paga la retribución”.

La misma corte²⁵ ha declarado respecto sobre el Intermediario Laboral. Clases y características. El asunto medular materia de elucidación, desde el punto de vista estrictamente jurídico, es saber cuándo se dan los elementos configurantes del instituto de la intermediación, dado que la parte recurrente la invoca con persistencia por considerar que se tipifica en el Sub. Examine. Es innegable que ese tema constituye uno de los más elevados vericuetos en el derecho del trabajo colombiano, pues en ocasiones resulta verdaderamente complejo determinar si se está en presencia de él o de figuras cercanas o similares como la representación patronal, el contratista independiente y las empresas de servicios temporales.

Aun cuando no es dable sentar en esta materia criterios rígidos, en especial cuando se da una pluralidad de los síntomas característicos de estas figuras,

²⁴ CSJ, Cas. Laboral, sent. Abr. 29/86.

²⁵ CSJ. Sent. 12.187, oct. 27/99, M.P. José Roberto Herrera Vergara.

nuestro derecho positivo contiene algunas pautas sobre el particular. Así, la figura del simple intermediario está regulada en el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, que es del siguiente tenor: “Son simples intermediarios las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono.

Se consideran como simples intermediarios, aún cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en las cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo”.

Como se ve de estos dos primeros incisos del artículo transcrito en el derecho colombiano se prevén dos clases de intermediarios:

a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.

b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador.

En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la ley colombiana (D. 2351/65, Art. 1º) considere al intermediario “representante” del empleador.

La segunda hipótesis es la más próxima a la figura del contratista independiente. Por regla general éste dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Parte de esos trabajos puede delegarlos en un subcontratista. Si la independencia y características del contratista es real, las personas que vincula bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios, sin perjuicio de las reglas sobre responsabilidad solidaria definidas en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo y precisadas por la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en sentencias del

21 de mayo de 1999 (Rad. 11843) y 13 de mayo de 1997 (Rad. 9500). Empero, si a pesar de la apariencia formal de un “contratista”, quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, directamente o a través de sus trabajadores dependientes, será éste y no el simple testaferro el verdadero patrono, y por tanto no puede eludir sus deberes laborales.

Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas, sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas”.

- **Cooperativas de Trabajo.** Estas cooperativas de trabajo asociado que son grupos de trabajadores que se asocian y forman una cooperativa dedicada a prestar servicio a otras empresas.

En las cooperativas los socios son los mismos trabajadores y la cooperativa es la responsable del pago de las prestaciones sociales a sus socios. Las condiciones de trabajo las fija la asamblea de afiliados. El cooperado no está sujeto a la legislación laboral, y las personas que se vinculan a estas cooperativas se les consideran asociados y no trabajadores. De esta manera se refiere el Código sustantivo del Trabajo²⁶ en su artículo 339.

ART. 339. —Cooperativas. Las sociedades cooperativas deben a sus trabajadores las mismas prestaciones que las empresas, y se tendrá como capital para graduarlas el valor de su patrimonio, según certificación de la superintendencia del ramo.

El mismo Código Sustantivo del Trabajo hace alusión sobre el cooperativismo colombiano que ha logrado constituirse en un verdadero

²⁶ Legis, comp. Código Sustantivo del Trabajo. Bogotá D.C. 2003

grupo de interés, cohesionado y fuerte, capaz de auxiliar al Estado en la noble tarea de procurar bienestar a sus asociados. Con el fin de contribuir a la consolidación de esta tarea, la Ley 79 de 1988 actualizó la legislación cooperativa ajustándola a las nuevas situaciones de cambio económico y social, pero sin desligarla de los principios universales rectores del cooperativismo.

Las cooperativas son personas jurídicas de derecho privado, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro El acto que las constituye se llama “acuerdo cooperativo”.

Cooperativas de Trabajo Asociado. La ley 79/88 en sus diferentes artículos nos enmarca lo relativo sobre esta modalidad de trabajo.

ART. 70. —Las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios.

ART. 57. —El trabajo de las cooperativas estará preferentemente a cargo de los propios asociados. Los trabajadores de las cooperativas tendrán derecho a ser admitidos en ellas como asociados, si lo permite la naturaleza propia de las actividades sociales y las condiciones que para el efecto deben reunir los asociados.

ART. 58. —Trabajo solidario. Los asociados de las cooperativas podrán prestar a éstas, en las etapas iniciales de su funcionamiento, o en períodos de grave crisis económica, servicios personales a modo de colaboración solidaria y con carácter gratuito o convencionalmente retribuido.

*En estos casos el ofrecimiento del asociado deberá constar por escrito, especificándose el tiempo y la excepcionalidad del servicio.
El ofrecimiento del trabajo solidario es revocable por el asociado en cualquier momento.*

ART. 59. —Régimen estatutario. En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberán tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho.

Las compensaciones por el trabajo aportado y el retorno de los excedentes previstos en el artículo 54 numeral 3º de la presente ley, se hará teniendo en cuenta la función del trabajo, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado.

Sólo en forma excepcional y debidamente justificada, las cooperativas de trabajo asociado podrán vincular trabajadores ocasionales o permanentes no asociados; en tales casos, estas relaciones, se rigen por las normas de la legislación laboral vigente.

En las cooperativas que no sean de trabajo asociado, el régimen laboral ordinario se aplicará totalmente a los trabajadores dependientes y a los trabajadores que a la vez sean asociados.

ART. 60. —Las cooperativas podrán convenir o contratar con las cooperativas de trabajo asociado la ejecución del trabajo total o parcial que aquellas requieran para la realización de las actividades de su objeto social.

La misma Ley 79/88 hace un comentario sobre los Trabajadores de las cooperativas. Que de acuerdo a su naturaleza jurídica en las cooperativas, se distinguen las siguientes formas de vinculación laboral:

a) Trabajo dependiente. Es la forma contractual más común. Se utiliza en las cooperativas que no son de trabajo asociado, en las cuales todos los trabajadores, sean o no socios de las mismas, se consideren dependientes y bajo el amparo de las normas del Código Sustantivo del Trabajo. No obstante, para los demás efectos jurídicos, las cooperativas son entidades de utilidad

pública e interés social, sin ánimo de lucro y, por lo tanto, no tiene el carácter de empresa. En esta modalidad de trabajo, las sociedades cooperativas, según sea su capital, deben a sus trabajadores las mismas prestaciones que las empresas. Para graduarlas en función del capital, se tiene en cuenta la certificación que sobre el valor de su patrimonio, expide Dancoop. La afiliación al seguro es obligatoria;

b) Trabajo asociado. Las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus socios a la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios. En este tipo de cooperativas, la vinculación del trabajo personal y directo de los gestores se regula por lo previsto en las normas estatutarias, en lo que se relaciona con la remuneración del trabajo, compensaciones, seguridad social y con las diferencias entre los asociados respecto del trabajo que realicen, y no por la legislación laboral que se aplica a los trabajadores dependientes. A los trabajadores ocasionales o permanentes no asociados, que excepcionalmente sean vinculados por las cooperativas de trabajo asociado, se les aplicará el régimen laboral ordinario, y

c) Trabajo comunitario. El trabajo solidario que los asociados presten en las etapas iniciales de funcionamiento de la cooperativa o en períodos de crisis económica, puede ser gratuito o convencionalmente remunerado. En ambos casos debe constar por escrito y especificarse el tiempo y el carácter excepcional del servicio. El ofrecimiento de trabajo solidario es revocable por el asociado en cualquier tiempo.

En resumen, la Ley 79 de 1988 introduce algunas novedades relacionadas con la aplicación del régimen laboral en las cooperativas como son las siguientes:

- 1. Las normas del Código Sustantivo del Trabajo, se aplican sin excepción a quienes presten sus servicios a las cooperativas, sean o no asociados.*
- 2. En las cooperativas de trabajo asociado el régimen laboral sólo es aplicable a aquellos trabajadores que sean contratados ocasional o permanentemente, en forma excepcional.*
- 3. En las cooperativas de trabajo asociado donde los aportantes son los mismos gestores y trabajadores, el régimen laboral y de seguridad social, es*

el que señale en los estatutos y reglamentos y aunque la justicia ordinaria laboral tiene competencia para dirimir los conflictos, también su puede recurrir al procedimiento arbitral previsto en el Código de Procedimiento Civil.

4. Los asociados podrán voluntariamente y siempre que se haga constar por escrito, prestar sus servicios en forma gratuita a la cooperativa o mediante pagos convencionales.

A raíz de esta nueva forma de vinculación laboral la Corte Suprema de Justicia²⁷ ha desarrollado la siguiente jurisprudencia sobre Cooperativas y Trabajo de los socios. "En una cooperativa la asociación es completamente libre y quienes se vinculan, pasan a compartir los beneficios que ella les proporciona. No se da propiamente la relación de un patrono capitalista con su asalariado ya que el capital de estas entidades está fundamentalmente conformado por el trabajo de los socios que laboran por cuenta propia debido a que, en este sentido, son condueños de la empresa. Y esto no significa que el trabajador socio esté desprotegido en su actividad laboral pues goza de derechos tales como participar en la administración de la cooperativa mediante el desempeño de los cargos sociales, sufragar en las asambleas, gozar de los beneficios y prerrogativas de la cooperativa, fiscalizar la gestión económica y financiera de ésta (ver D. 1598/63). Además, nada impide que, conforme a las reglas de la concurrencia de contratos, si el socio, fuera de aportar su trabajo como tal, cumple al propio tiempo labores subordinadas, tenga en lo que toca con éstas, contrato de trabajo (CST, Art. 25), igual al de los servidores no asociados, ya que en todo caso la cooperativa posee personería jurídica diferente a la de los cooperadores individualmente considerados, de modo que no es dable excluir la hipótesis de que frente a una sociedad cooperativa alguien con el carácter de socio aporte el tipo de trabajo independiente que corresponde a ese carácter y, al propio tiempo, preste servicios subordinados, respecto de otro tipo de funciones no destinadas en los estatutos a la labor asociada".

²⁷ C.S.J. Cas. Laboral, sent. Sep. 9/87.

Empresas Asociativas. Estas empresas están reguladas por la Ley 10/91 por su importancia transcribiremos los artículos que consideramos como los más importantes .

ART. 1º—Las empresas asociativas de trabajo, serán organizaciones económicas productivas, cuyos asociados aportan su capacidad laboral, por tiempo indefinido y algunos además entregan al servicio de la organización una tecnología o destreza, u otros activos necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la empresa.

ART. 4º—Los aportes de carácter laboral que haga cada uno de los asociados serán evaluados por la junta de asociados por períodos semestrales, asignando una calificación al desempeño y a la dedicación. En el caso de que haya aportes adicionales en tecnología o destreza, la calificación se hará teniendo en cuenta su significado para la productividad de la empresa.

La redistribución de estos aportes adicionales, en ningún caso podrá ser superior a la cuarta parte de lo que se asigne a la totalidad de los aportes de carácter laboral.

Los asociados tienen una relación de carácter típicamente comercial con las empresas asociativas de trabajo. Por tanto, los aportes de carácter laboral no se rigen por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, sino por las normas del derecho comercial.

Al respecto el Decreto Reglamentario 1100/92 hace referencia, al número de socios que deben tener este tipo de empresas.

ART. 2º—Número de socios. Las empresas asociativas de trabajo se integrarán con un número no inferior a tres (3) miembros y no mayor de diez (10) asociados para la producción de bienes. Cuando se trate de empresas de servicios, el número máximo será de veinte (20), que estarán representados en dichas empresas de acuerdo con el monto de su aporte laboral y adicionalmente en especie o bienes.

Humberto López en su columna del diario el heraldo comenta que el sindicato de Postobón ha llamado la atención del país sobre la forma como el cooperativismo esta siendo utilizado por los empresarios para debilitar al sindicalismo nacional. Mediante el estímulo a la conformación de cooperativas de trabajo asociado, las cuales son luego contratadas por los empresarios para que presten servicios de out – sourcing, cada día quedan menos trabajadores habilitados para sindicalizarse²⁸.

Empresas de Trabajo Temporal. *En este tipo de Empresas de Trabajo Temporal el trabajador temporal, -personal en misión-, es cedido a otra empresa, que es llamada empresa usuaria, a la cual se integra dentro de su organización sometiéndose a sus instrucciones.*

De esta forma, la empresa usuaria no tendrá ningún vínculo contractual con el trabajador lo que conlleva un ahorro para la empresa usuaria ya que no tendrá que confeccionar las nóminas, ni seguros sociales, bajas etc. siendo además este trabajador, fuente de ahorro para la empresa usuaria, y de beneficios para la ETT.

La Empresa de Trabajo Temporal se encuentra regulada en el Decreto 24/98 donde expresa en su articulado lo siguiente:

ART. 1º—Denominase empresa de servicios temporales, aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de ésta el carácter de empleador.

Los trabajadores de la empresa de servicios temporales son de dos categorías: de planta y en misión.

Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales y trabajadores en misión aquellos que envía la empresa de servicios temporales a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratados por éstos. La empresa de servicios

²⁸ LÓPEZ, Humberto "COMENTA" diario el Heraldo, Barranquilla, sábado 21 de junio de 2003.

temporales tendrá siempre el carácter de empleador con respecto tanto a los de planta y en misión.

ART. 2º—Aplicación. Ámbito y sujetos. Las disposiciones contempladas en el presente decreto, se aplicarán en el territorio nacional, a todas las personas jurídicas de que trata el artículo 72 de la Ley 50 de 1990, ya sean nacionales o extranjeras.

ART. 3º—Generalidades. Los trabajadores en misión tendrán derecho:

a) A un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigente en la empresa;

b) (A ser beneficiario de todas aquellas prerrogativas que la empresa usuaria tenga respecto de sus propios trabajadores tales como: transporte, alimentación y recreación;)

c) Compensación monetaria por vacaciones y prima de servicios proporcional al tiempo laborado cualquiera que éste sea, y

d) En lo pertinente se les aplicará lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del Régimen Laboral.

NOTA: Mediante Sentencia 570/98 del 23 de marzo de 2000 el Consejo de Estado anuló el literal b) entre paréntesis.

ART. 4º—La seguridad social integral (salud, pensiones y riesgos profesionales) respecto de los trabajadores en misión, es responsabilidad de la empresa de servicios temporales, sin perjuicio de las obligaciones que por ley y otras disposiciones legales complementarias le están asignadas a las empresas usuarias en esta misma materia.

ART. 5º—De la reglamentación legal sobre empresas de servicios temporales están excluidas las empresas que prestan servicios diferentes al envío de trabajadores en misión, como las de suministro de alimentación y las que realizan labores de aseo.

ART. 6º—De conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 50 de 1990 las empresas de servicios temporales deberán constituirse como personas jurídicas, con el único objeto de colaborar temporalmente en el desarrollo de las actividades de la usuaria.

Prohibiciones

ART. 13. —Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

- 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo.*
- 2. Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*
- 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.*

PAR. —Modificado. D.R. 503/98, Art. 2º. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, inspeccionará y sancionará el incumplimiento de esta disposición en los términos señalados en el presente decreto.

ART. 14. —Para dar cumplimiento al artículo 90 de la Ley 50 de 1990, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social —subdirección técnica de servicios y gestión de empleo— de la dirección técnica

de empleo, llevará el registro de los socios, representantes legales o administradores, que hayan pertenecido a empresas de servicios temporales sancionadas con suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento.

ART. 15.—El ejercicio de la actividad de servicios temporales, consagrada en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, solamente podrá ser desarrollada por las empresas que autorice para tal fin el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a través de la subdirección técnica de servicios y gestión de empleo.

ART. 16.—En desarrollo del inciso 2º del artículo 93 de la Ley 50 de 1990, queda prohibido a la empresa usuaria contratar la prestación de servicios temporales con una empresa que no cuente con la autorización expedida por la subdirección de servicios y gestión de empleo.

Contrato de Servicios Integrales – Outsourcing. Luis Anderson²⁹ nos muestra el carácter estructural que determina un alto déficit en la oferta de puestos de trabajo, que ha dado lugar a la implementación de mecanismos macroeconómicos que en nada solucionan el problema social, aunque si favorecen a las empresas. Tales mecanismos son entre otros los denominados “servicios integrales” comúnmente denominados “Outsourcing” que permiten a los empresarios obtener además de la mano de obra calificada, todos los componentes de servicios especializados, a través de un modelo que simplifica los costos de contratación de personal. El modelo ofrece a su conjunto servicios integrales con todos sus componentes, trabajadores, máquinas, transporte, y demás infraestructura para adelantar un trabajo dentro o fuera de la empresa en un plazo determinado, por ejemplo en actividades de aseo, celaduría, mantenimiento de servicio de correspondencia, etc., con claras proyecciones en otros sectores como el financiero, contable, gerencial, manejo de nomina, selección de personal, capacitación, sistema de control y evolución, manejo de imagen, etc.

²⁹ ANDERSON, Luis, *Op.cit.* p. 12, 13,14

La intermediación sigue en cabeza de las Empresas de Servicios Temporales por tratarse de servicios especializados y complementarios que requieren formación profesional y capacitación adecuada.

El Teletrabajo. Julio Armando Rodríguez Ortega³⁰ al hacer referencia al teletrabajo desde la década de los setenta dice que se viene recogiendo en la bibliografía, las previsiones sobre el gran desarrollo de una nueva modalidad de organización del trabajo, que cambiaría las estructuras sociales, y que tendría consecuencias organizativas a un por explorar, se habla del trabajo electrónico a domicilio, del teledesplazamiento, del teletrabajo.

El desarrollo de nuevas tecnologías de la comunicación, junto con la modificación de todos los modos de producción, está trayendo consigo cambios muy importantes en lo que tiene que ver con el empleo, con la contratación y las formas que adopta la relación laboral en todas sus dimensiones.

El teletrabajo aparece a fines de este siglo como una nueva forma flexible de organización del trabajo aplicado a multitud de actividades laborales, lo cual implica que el trabajador (teletrabajador o ciberworker) presta sus servicios fuera del entorno empresarial tradicional del empleador. En este contexto, el teletrabajo se convierte en una alternativa cada vez más plausible a las formas tradicionales de empleo.

Luis Anderson³¹ continúa explicando lo referente al teletrabajo el cual se inclina por el trabajo en casa: con la computadora personal conectada al sistema de la empresa, es posible cumplir con gran parte de las obligaciones desde la propia casa. El teletrabajo, telenetworking o telework, en Europa, telecommuting en los EE.UU., implica una serie de cambios en el entorno laboral. El término tele-trabajo no significa necesariamente "trabajo en casa". Hay más modalidades de teletrabajo: el elemento común al concepto

³⁰ RODRÍGUEZ ●RTEGA, Julio Armando. *Op.cit.* p. 37 a la 41

³¹ ANDERSON, Luis. *Op.cit.* p 12, 13,14.

del teletrabajo no es la casa, sino el uso de ordenadores y nuevas tecnologías de la comunicación.

El teletrabajo es la actividad profesional desarrollada por personas - teletrabajadores-, que no están presentes físicamente en la empresa para la que trabajan. Esto exige además de una cualificación profesional, un dominio las nuevas tecnologías, como el ordenador, el módem, el fax y el teléfono, ya que éstas serán sus herramientas de trabajo.

Las posibilidades son muy amplias y los campos donde se desarrolla esta modalidad laboral creciente: Asesoría laboral, fiscal, jurídica, traducción, consultoría, medicina, enseñanza, trabajo de secretaría, arquitectura, edición, ingeniería, seguimiento de valores bursátiles, vigilancia de empresas, bosques y medioambiente, entre otros.

De los problemas que se presentan en el teletrabajo, es la ausencia de marco legal definido ya que no existe una regulación específica para este sector por lo que, dado el vertiginoso crecimiento de este fenómeno, así como su dimensión internacional, hace imprescindible una regulación o un marco legal mínimo donde se contemple al ciber-worker desde todos los puntos de vista posibles: derechos y obligaciones del trabajador y de la empresa, fiscal, laboral, contractual...

Otro de los problemas que se pueden presentar es el de la seguridad de la información, este asunto es muy importante para mantener la confidencialidad de la información que se intercambia durante el teletrabajo. Existen varios sistemas de información suministrados por quien proporciona el trabajo.

Uno de los problemas que puede surgir es en aquellos trabajos en los que el teletrabajador realiza sus tareas desde su domicilio, por ejemplo, debe sacar del ámbito de su empresa documentación e información. Se produce una descentralización de la empresa en cuanto a la gestión y control de su documentación que en determinados supuestos podría poner en peligro la confidencialidad de su información.

En este caso ya no sería una seguridad relacionada con la transmisión de datos a través de una red informática, sino que sería la seguridad física frente a pérdidas por robo, destrucción o extravíos de documentación. Ello obligaría a las empresas a una mayor supervisión de aquellos documentos que son susceptibles o no de ser manejados por un teletrabajador en su ámbito privado.

Empresas como MAPFRE, IBM, fundamentalmente esta última, son algunas de las empresas que utilizan teletrabajadores. Periódicos, revistas, editoriales... muchos son los que utilizan "teleredactores", diseñadores gráficos que envían su trabajo en formato digital y apoyándose en la comodidad el trabajador de no tener que desplazarse y poder organizar su tiempo y en el ahorro para la empresa de no tener que disponer de espacio para un puesto de trabajo más ya que muchas labores le son servidas desde fuera.

IBM España es la empresa que más teletrabajadores tiene en plantilla, superando los 1.000 empleados

Sus "nómadas" realizan funciones de: analistas, consultores y técnicos de mantenimiento y de sistemas, bien desde sus propios domicilios, o desde las diferentes sedes en los que se encuentran sus clientes. Están permanentemente conectados con el centro de trabajo y entre ellos a través de una Intranet (red interna de comunicación informática que a su vez esté conectada a Internet) y de Internet.

Las ventajas para la empresa son grandes, desde el ahorro de costos por parte de IBM España, hasta reducción de superficie necesaria para sus empleados que pueden compartir su puesto de trabajo con otros compañeros con los que apenas coinciden.

En una economía globalizada, aquellos que no dominen herramientas informáticas e idiomas, fundamentalmente el inglés es calificado a menudo de analfabetos funcionales.

CONCLUSIONES

En las últimas dos décadas con los nuevos modelos de contratación la subordinación tiende a desaparecer. La jurisprudencia colombiana ha sostenido reiteradamente que la esencia del contrato de trabajo es la SUBORDINACIÓN JURÍDICA; Etimológicamente la palabra subordinación proviene del latín subordine es decir estar bajo las ordenes de alguien. Donde esta exista habrá contrato de trabajo y donde no exista se da un contrato de derecho común. Consecuentemente, donde aparezca la autonomía o libertad para prestar el servicio habrá trabajo independiente.

La constitución de 1991 que es un constitución donde prima el estado social de derecho y se le rinde culto al individuo, menciona expresamente entre los principios mínimos fundamentales del derecho del trabajo la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales con lo cual se garantiza una verdadera protección al trabajador en el sentido de evitar simulaciones que desvirtúen la realidad, confirmando de esta manera la tesis doctrinal del contrato de trabajo como Contrato realidad.

En la actualidad se puede afirmar que las leyes laborales protegen no al trabajador en si, sino al trabajo subordinado y se presume que donde no hay subordinación no existe contrato de trabajo. La subordinación se refiere al trabajo que se presta bajo la dependencia, bajo las órdenes, bajo la dirección o bajo la vigilancia de otro, es decir un derecho que tiene el empleador de dirigir y dar órdenes y una obligación del empleado de obedecerlas. En la práctica, es la facultad del patrono para establecer el tiempo, lugar y forma de trabajo, para que haya subordinación basta con que exista no solo la posibilidad de dar órdenes sino el derecho de hacerlo y sustituir su voluntad cuando el patrono lo considere necesario.

Pero el grado de subordinación varía según la naturaleza de la labor que desempeñe el trabajador, y así por ejemplo en el desempeño de labores técnicas o científicas el grado de subordinación es casi imperceptible y lo mismo puede decirse de los trabajadores calificados.

Los límites entre el trabajo dependiente y el trabajo independiente se hacen más confusos, esto hace que muchos trabajadores se encuentren por fuera de

los sistemas de seguridad social y sin ningún tipo de prestación ocasionando precariedad y baja calidad de vida.

Las empresas buscan librarse de la alta carga prestacional que generan los contratos tradicionales de trabajo. Las nuevas formas de contratación han perdido la rigidez de otros tiempos, tratando de desconocer el estado social de derecho y volviendo al estado de derecho donde se le rinde culto a la norma y el individuo pasa a un segundo plano. Se abre paso la flexibilidad en la relación con el trabajador, de modo que tanto éste como el empleador, pueden moverse sin ataduras perjudiciales en la búsqueda de la productividad y eficiencia.

Los nuevos procesos tecnológicos originan cambios en los empleos y desnaturalizan el tradicional contrato de trabajo, por que las empresas contratan trabajadores temporales, de plazo fijo, eventuales para aumentar o disminuir su producción con menores costos.

Aparecen empresas de trabajo asociativo, cooperativas, bolsas de empleo, microempresas de carácter familiar, out-sourcing etc.

Estas nuevas formas de contratación originan el trabajo precario que es realizado por cuenta propia, bolsa de empleo, utilizados por varios empleadores, disponibles por llamada, trabajo a domicilio, teletrabajo, trabajos de temporada, a prueba, de formación, con horizonte de corto plazo ó riesgo de perderlo muy elevado; inseguro en el control de las condiciones laborales, el salario ó los ritmos de trabajo; desprotegido de cobertura social, de despidos improcedentes y mal remunerados.

En la relación jurídica existente entre la legislación colombiana y las nuevas formas de contratación, donde el estado no interviene se nota la tendencia a la deslaboralización o desregularización del trabajo como ya lo hemos analizado, acudiendo a formas jurídicas simuladas a través de la contratación civil, comercial o administrativa que estimulan otros vínculos sustitutos para negar el laboral.

Encubiertos por la flexibilización de la norma de derecho se está atropellando al trabajador quitándole derechos hasta tal punto que el trabajo subordinado, asalariado, pierde protagonismo y se imponen las formas de contratación de corte civil o comercial, deslaboralizadas, como forma de vinculación laboral.

Una de las situaciones más dramáticas es el trabajo a domicilio. En este tipo de trabajo el trabajador mantiene una subordinación con la empresa que lo contrata pero no el grupo familiar, que ayuda a este trabajador con su labor. Al permitir el legislador este tipo de ayuda viola las condiciones de higiene y seguridad social, formación profesional, derechos sindicales, etc. El único que gana es la empresa ya que contrata por un mismo salario al cónyuge, los ascendientes y los descendientes, sean legítimos o naturales, los hijos adoptivos y los padres adoptantes y los colaterales hasta el cuarto grado.

Este trabajo a domicilio esta desapareciendo ya que el grupo familiar se ha tenido que convertir en microempresario, con el fin de desaparecer la subordinación que existe en el contrato a domicilio. El empresario le envía al microempresario el trabajo que debe desarrollar por su cuenta propia, éste asume los servicios y costos laborales, quien para cumplir debe laborar jornadas extenuantes sin ningún tipo de garantías, ni seguridad social, ni prestaciones sociales ni para el ni su familia.

Al hacer la aparición la Empresa de Servicio Temporal se desnaturaliza el Código Sustantivo del Trabajo al desaparecer la solidaridad que consagra el artículo 35 del mismo código ya que la empresa usuaria donde el trabajador desempeña la tarea o servicio contratado por esta, no tendrá ningún vínculo contractual con él, y su único empleador será la empresa de servicios temporales que tiene la obligación de cancelarle su salario, prestaciones sociales y su seguridad social.

Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo o se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

Esto significa que si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio.

Por lo que la empresa usuaria se ve obligada en la necesidad de contratar al próximo trabajador directamente y no a través de una bolsa de empleo, cosa que no sucede por que el empleador y la EST evaden el control que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, debe realizar.

Las empresas de servicios temporales solo pueden prestar servicios especializados y complementarios que requieren formación profesional y capacitación adecuada no podían enviar sus trabajadores en misión a desempeñar labores como de suministro de alimentación y aseo.

Debido a la limitación que impone la ley a las ETT, surge la figura del out-sourcing que les ofrece a los empresarios no solo la mano de obra calificada sino todos los componentes de servicios especializados configurándose este en un verdadero contrato atípico, no regulado por la ley.

Las nuevas formas de contratación frente a la constitución política de Colombia se siguen rigiendo por la primacía de la realidad sobre las formas es decir por el contrato realidad. Una vez reunidos los tres elementos esenciales como son la prestación personal, la subordinación y el salario, existe una relación de trabajo, independientemente de la forma o denominación distinta que se haya consignado en un papel, sin importar que se trate de una relación de orden contractual como lo acuerdan los trabajadores vinculados al sector privado o los trabajadores oficiales, o legal o reglamentario si se trata de funcionarios o empleados públicos. Este principio se encuentra expresamente consagrado como mínimo fundamental en el artículo 53 de la constitución nacional.

BIBLIOGRAFÍA.

ANDERSON, Luis. *Empleo Docente, Conceptos sobre Precariedad Laboral. Revista de la Organización Regional Interamericana del Trabajo (OIRT). Ciudad de México, Fascículo III.*

CARTAYA, Vanesa; ARANGO, Luz Gabriela; JARAMILLO, Margarita. *Política de Equidad y Participación de la Mujer. La Estrategia de la Competitividad y la Perspectiva de Género. Ministerio de Gobierno. Santa fe de Bogotá, 1996.*

CARVALLO MEN, Augusto. *El Derecho al Trabajo Frente a la Globalización. Artículo la Estrategia de Job, Revista del Instituto Latino Americano de Servicios Legales Alternativos; (ILSA), Boletín Trabajo y Justicia No. 18, Marzo 2003. Bogotá www.ilsa.org.co/justicia/boletin.htm*

LÓPEZ, Humberto. "COMENTA" *Diario el Heraldó, Barranquilla, sábado 21 de junio de 2003.*

OCHOA MORENO, Benjamín. *El Derecho de Trabajo en la Nueva Constitución Política, en Actualidad Laboral (Julio – Agosto de 1991).*

PALACIO, Germán. *El Trabajo en los Noventa: Rupturas y Conflictos. Artículo de: "Flexibilidad Laboral y Neoliberalismo". Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. 1ª Edición. Santa fe de Bogotá, 1994.*

RODRÍGUEZ ORTEGA, Julio. Armando. "El Contrato de Trabajo" Bogotá D.C. Editorial Leyer, Enero 2001.

SALCEDO; Carlos R., *Tendencias y Preceptivas del Derecho al Trabajo y Seguridad Social y el Subtítulo. "Observaciones y Reflexiones sobre el Estado actual del Derecho del Trabajo". República Dominicana, Revista Gaceta Judicial.*

SILVA, Marcel. Ponencia sobre reforma laboral (www.unal.edu.co/documentos/rforma_laboral_ponencia:mercel:Silva.doc).

VILLEGAS ARBÉLAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Rodríguez. Quinto Editores. 2ª edición. Tomo II. Santa fe de Bogotá, 1995.

WANNOFEL, Manfred. Compilador. Ruptura en las Relaciones Laborales. Editorial Nueva Sociedad. Caracas, 1995. Artículo de CARDENAS, R. Eduardo y RAMÍREZ, P. José Ernesto: "Cambios en las Relaciones Laborales en Colombia".

Legis. Comp. Código Sustantivo del Trabajo. Bogotá D.C. 2003

Corte Suprema de Justicia, Casación Laboral, Sentencia Abr. 14/61, G.J. 2338

Corte Suprema de Justicia, Casación Laboral, sentencia. Mayo 18/60, G.J. 2225/26,

Corte Suprema de Justicia, Casación Laboral, sentencia. Octubre 16/57, G.J. 2188/89/90,

Corte Suprema de Justicia, Casación, 2211/12. Jacobo Guáqueta, "Jurisprudencia de la CSJ"

Corte Suprema de Justicia, Casación Laboral, sentencia, sent. Abr. 29/86

Corte Suprema de Justicia, sentencia Sent 12.187, Oct. 27/99. PP. José Roberto Herrera Vergara

Legis, Com. Código Sustantivo del Trabajo. Bogotá D.C. 2003-07-20

Corte Suprema de Justicia, Casación Laboral, sentencia, sent. Sep. 9/87