

*Presente y futuro del derecho del trabajo: breve historia jurídica del derecho del trabajo en Colombia**

Iván Daniel Jaramillo Jassir**

Recibido: agosto 2 de 2010
Aprobado: septiembre 21 de 2010

Resumen

El acontecimiento jurídico del siglo XX, sin duda, lo constituye el nacimiento y consolidación de una disciplina jurídica que tiene por objeto regular la relación capital-trabajo en forma autónoma. El presente escrito tiene como finalidad describir las vicisitudes del nacimiento del derecho del trabajo y los procesos que han enmarcado la evolución de esta rama del derecho así como una descripción de las tendencias que experimenta esta disciplina en el inicio del siglo XXI.

Palabras clave: derecho del trabajo, derecho laboral, trabajador, subordinación, empleador.

* Este artículo es fruto de la investigación que se desarrolló durante los meses octubre de 2009 a mayo de 2010 y es parte de la Línea de Investigación de la Universidad del Rosario en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que hace parte del grupo de Investigación en derecho privado de la misma Universidad la cual financia este proyecto. Este artículo es escrito por el Director de la Línea de Investigación en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad del Rosario.

** Abogado egresado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Curso de Post-grado en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca. Ex Becario del Curso Para Expertos Latinoamericanos en Problemas del Trabajo y Relaciones Laborales de la OIT, Universidad de Bologna y Universidad de Castilla La Mancha. Estudiante Master Diritto del Lavoro Università di Bologna. ivan.jaramillo23@urosario.edu.co, jaramillojassir@hotmail.com

Present and future of the Right to Work: a brief juridical story of the Right to Work in Colombia

Abstract

Undoubtedly, the most important juridical event of the 20th century is birth and consolidation of a juridical discipline which is intended to regulate capital-work relationship in an autonomous way. This article is intended to describe the difficulties faced during birth of the right to work and those processes experienced during the evolution of this branch of law; the article also makes a description of those trends experienced by this discipline early in the 21st century.

Key words: right to work, labor law, worker, subordination, employer.

Introducción

El acontecimiento jurídico del siglo pasado¹ lo constituyó indudablemente el surgimiento de una disciplina denominada *Derecho del Trabajo*, que tiene por objeto regular las situaciones en el interior del sistema de producción industrial para hacerlo viable en el marco de la ecuación capital-trabajo.

Sin embargo, al iniciarse el siglo XXI, se han levantado voces desde diversos ámbitos que propugnan por la desaparición de una rama especial para regular la ecuación capital-trabajo². Todo ello debido a los cambios que se han venido verificando en el ámbito de los sistemas de producción de la economía mundial y la necesidad correlativa de flexibilización de las relaciones laborales, particularmente a partir de la formulación del Consenso de Washington³.

A partir de la denominada flexibilización de las relaciones laborales no han sido pocos los *iuslaboristas* que sugieren que dichas medidas han derivado en trabajo precario y que en la actualidad el conjunto de garantías laborales alcanzadas en un siglo han venido desarticulándose, generando precarización en las condiciones de trabajo.

El presente ensayo pretende abordar la problemática esbozada en nuestro país a partir de las etapas históricas por las que ha atravesado el Derecho del Trabajo en el contexto mundial. Para este efecto, se dividirán en tres capítulos los principales aspectos en torno al origen, principales transformaciones y futuro de esta disciplina.

1. Origen del derecho del trabajo en Colombia

El surgimiento del derecho del trabajo ha sido objeto de diversos análisis por parte de iuslaborialistas dentro de los cuales merece especial mención el trabajo del profesor Romagnoli, que a propósito del tema señala:

"(...) al derecho del trabajo se le reconoce muy tarde un status académico distinto al de un "intruso no autorizado".

Nacido de una costilla del derecho privado, hasta mediados del siglo XX fue una disciplina accesorio también en la organización universitaria del saber jurídico, aunque ésta había dado paso a las especializaciones desde finales del siglo XIX" (Romagnoli, 1997, p. 20).

Durante los primeros años del siglo XX el panorama mundial en torno al derecho del trabajo se centraba alrededor de la discusión sobre la naturaleza de la figura central del nuevo derecho: "el contrato de trabajo" y la "relación de trabajo". "La elaboración jurídica de la relación de trabajo se ha alimentado en Europa de dos tradiciones culturales diferentes –la romanista y la germánica–, de las que se ha llevado a cabo, en cierto modo, una síntesis" (Supiot, 1996, p. 29).

El nacimiento del nuevo derecho fundamentaba la estructura jurídica en la principal institución del derecho común: "El contrato" como resultado y reconocimiento de la vinculación íntima del derecho del trabajo y el derecho civil.

¹ El siglo XX no sólo ha sido el siglo del trabajo porque éste se ha entendido como recurso indispensable del sistema de la producción industrial de masa ni tampoco porque las culturas, las religiones, las ideologías dominantes lo han entendido como factor de inclusión social, sino también porque –apenas ha descubierto la propensión a desafiar el orden constituido sin saber que, sin saberlo, llevaba dentro de sí desde sus orígenes– les ha favorecido (Romagnoli, 2005).

² El derecho laboral que aprendió –dice Guillermo López Guerra (2006)– era el derivado del derecho común que, separado transitoriamente para regular situaciones concretas de la relación de trabajo, regresaría a su fuente de origen una vez hubiera cumplido su cometido. Por eso, estima que hoy el derecho laboral está regresando a sus fuentes y que a su juicio está siendo asumido por el derecho constitucional como una especie de hermanito feo. Afirma que son tontos los abogados y asesores que ignoran que con un fallo de tutela se puede acabar un proceso que duró diez años.

³ El consenso de Washington es el conjunto de políticas que deben adoptar los países latinoamericanos con miras al crecimiento económico de los mismos. Fue formulado por John Williamson después de la caída del muro el Berlín y fue acogido como hoja de ruta por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial respecto de los países latinoamericanos.

El elemento que caracteriza el empleo masivo de trabajo asalariado no podía consistir, en los primeros intentos de asimilación jurídica de este fenómeno, sino en el recurso a los principios "naturales" de relación entre privados: el contrato. (...) Aplicado al trabajo, gobernado en cuanto factor económico por "manos invisibles" que hacen de él una mercancía, sujeto por tanto a la ley de la oferta y la demanda, esta visión de las relaciones civiles en la sociedad productora de mercancías permite contemplar al empresario y al trabajador como seres libres e iguales, que se relacionan a través del contrato (Bylos, 1991, p. 19).

Sin embargo, otro sector de la doctrina estructuró una teoría que dejaba de lado el análisis contractualista heredado del derecho civil para esbozar la denominada relación de trabajo, en la que la naturaleza jurídica estriba en el fenómeno jurídico objetivo, más allá de los acuerdos de las partes.

Las críticas realizadas en la Alemania imperial a fin de siglo a la inserción del trabajo en los moldes civilistas del arrendamiento de servicios, y a la concepción patrimonialista que conllevaba, habría de generar un "viraje doctrinal" después de la Primera Gran Guerra (1914-1918).

Ya Gierke advertía en el contrato de servicios una semejanza "y aún restos del vínculo de estilo servil", por lo que apunta la idea de si la relación laboral "será en realidad o no una situación de contrato". Por ello, y unido a la reivindicación obsesiva de las raíces del derecho germánico, se fundamenta una dirección doctrinal en la que la relación de trabajo no es una "relación de deuda". La posición central del contrato se difumina, en cuanto deja de ser el elemento constitutivo indispensable del Derecho del Trabajo, y se realza una situación de hecho, caracterizada por su carácter organizatorio y social que vincula a los hombres a una asociación de trabajo, la empresa, concebida como totalidad orgánica de los miembros y no como

simple yuxtaposición de trabajadores o de prestaciones de trabajo" (Bylos, 1991, p. 23).

El debate doctrinal planteado se cerró concluyendo que si bien en principio la teoría contractualista parece la más acertada, hay que analizarla siempre en el contexto de la relación de trabajo como fenómeno jurídico objetivo.

Desde el punto de vista doctrinal, la controversia entre las dos culturas, románica y germánica, parece cerrada, en un sentido favorable al análisis contractual, como se argumentó vigorosa y morosamente en el informe de síntesis sobre el contrato de trabajo en la Europa de los Seis que se llevó a cabo para la Comunidad Económica del Carbón y el Acero en 1964. Según dicho informe, la teoría alemana de la relación de trabajo es una concepción "ampliamente superada por el movimiento de la historia y ligada a una filosofía política condenada"; también está condenada por "la inconsistencia de la construcción de la empresa como una comunidad de trabajo".

Pero tampoco cabe perder de vista que el mantenimiento del análisis contractual sólo ha sido posible pagando el precio de una mutación completa de la vieja noción de arrendamiento de servicios. Dicho de otro modo, el análisis contractual de la relación de trabajo no ha podido sobrevivir en los diferentes sistemas jurídicos europeos sino incorporando ciertos aspectos de la concepción germánica y, ante todo, reconociendo la dimensión personal del compromiso del trabajador (Supiot, 1996, p. 44).

Durante los primeros años del siglo XX el panorama mundial en torno al derecho del trabajo se centraba alrededor de la discusión sobre la naturaleza de la figura central del nuevo derecho: "el contrato de trabajo" y la "relación de trabajo".

...si bien en principio la teoría contractualista parece la más acertada, hay que analizarla siempre en el contexto de la relación de trabajo como fenómeno jurídico objetivo.

El anterior era el panorama mundial en momentos en que se expedían las primeras normas laborales en nuestro país. En Colombia, si bien en toda la historia legislativa no faltaron normas que se refirieran al trabajo por cuenta ajena, sólo hasta mediados del siglo pasado se expidió el Código Sustantivo del Trabajo⁴, a pesar de que pueden resaltarse normas que con anterioridad habían regulado los principales aspectos de la ecuación capital-trabajo como la ley 10 de 1934⁵, el decreto 652 de 1935 y la ley 6 de 1945⁶.

Las escuelas iuslaboralistas europeas fueron recibidas en América Latina fundamentalmente a partir de la obra del maestro Mario De La Cueva quien desde México logró inspirar la mayoría de ordenamientos laborales latinoamericanos.

La obra de De La Cueva claramente toma partido por la teoría alemana de la relación, supuesto vital para el posterior análisis de la evolución de las normas laborales colombianas.

Sobre el particular, sostiene el pensador mexicano:

Con la aparición del libro *Derecho mexicano del trabajo*, se inició en los pueblos de habla española y portuguesa, la batalla

en contra del contractualismo que prevalecía entre los profesores y escritores de los diferentes países, una batalla que representa uno de los episodios más intensos en la lucha del derecho del trabajo por afirmar su individualidad y con ella su autonomía y por transformarse en el derecho general de las relaciones de trabajo. (...)

La defensa de la teoría de la relación de trabajo como una situación jurídica objetiva independiente de su origen, partió de la circunstancia de que nuestro derecho del trabajo nació en la Asamblea Constituyente sin conexión alguna con el viejo derecho civil, sino al contrario, como un derecho cuyas bases se encontraban en una decisión fundamental del pueblo y cuya misión consistía en superar, en beneficio del hombre, una concepción jurídica que hundía sus raíces en la historia hasta llegar a la solución esclavista de la *locatio conductio operarum* de los jurisconsultos romanos (De la Cueva, 1997, p. 182).

Las referencias respecto de las circunstancias en que se redactó el estatuto del trabajo datan de 1944 y el evento histórico conocido como "golpe de Pasto" liderado por el general Diógenes Gil contra el presidente Alfonso López Pumarejo. La coyuntura histórica referida enmarcó las gestiones del entonces ministro del trabajo Adán Arriaga Andrade, quien encomendó a una comisión de juristas la redacción del Código Sustantivo del Trabajo⁷.

La redacción de las normas originales del Código Sustantivo del Trabajo permiten llevar a cabo el análisis en torno a la posición de las

⁴ El Código Sustantivo del Trabajo Colombiano corresponde a la ley 141 de 1961 que adoptó como legislación permanente lo establecido en los decretos 2663 y 3743 de 1950.

⁵ La ley 10 de 1934, reglamentada por el decreto 632 de 1935, versaba sobre la pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados, de manera que el objeto de la ley no era el de reglamentar el contrato de trabajo; sin embargo a partir del artículo 12 se reglamenta el régimen aplicable a los empleados del sector particular.

⁶ La ley 6 de 1945 establecía la columna vertebral del derecho del trabajo con anterioridad a la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, la misma contenía *disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo*.

⁷ Entrevista a Guillermo González Charry sobre la redacción de las primeras normas laborales en Colombia:

A. L.: ¿Cuál fue la base de esta normatividad [Código Sustantivo del Trabajo]?

G. G. CH.: Tuvimos como base la legislación mexicana que era la más avanzada para esa época y en la que había intervenido el maestro Mario de la Cueva. También nos sentamos a mirar la legislación chilena y la Ley de cesantías que, aunque venía mal, estaba vigente desde 1934. Además, empezamos a recopilar todo lo que existía en materia de prestaciones (González, 2002.).

normas colombianas respecto de las escuelas doctrinales antes referidas.

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo establecía originalmente:

ARTÍCULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES.

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:
 - a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
 - b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y
 - c. Un salario como retribución del servicio.
2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

ARTÍCULO 24. PRESUNCIÓN. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Las normas trascritas no permiten dilucidar con facilidad en qué escuela se matricula el código colombiano ya que inicialmente se hace referencia al contrato de trabajo, pero a renglón seguido se enlistan los elementos constitutivos del mismo que son propiamente los de la relación de trabajo. Esto se debe a la influencia en los redactores de las normas del Código colombiano de la doctrina mexicana, en cabeza del maestro Mario de la Cueva, que a su

vez está inspirada en la escuela alemana y su teoría de la relación de trabajo, de manera que a pesar de que en principio Colombia adopta la tesis contractualista, no deja de lado la tesis de la relación de trabajo en armonía con la influencia de la doctrina mexicana en los países de América Latina. En conclusión, a pesar de que formalmente se nominó contrato de trabajo el vínculo que une al trabajador con el empleador, sustancialmente se privilegió la teoría de la relación de trabajo.

De la misma manera el artículo 24 transcrito brinda elementos de juicio para el análisis sobre la base doctrinal del Código colombiano ya que reitera que el vínculo laboral está enmarcado en un contrato al establecer una presunción según la cual del supuesto de hecho relación de trabajo personal es posible inferir la situación jurídica de la existencia de un contrato de trabajo.

Las inferencias plasmadas en los párrafos coinciden con lo expresado por la doctrina colombiana en cabeza del propio Guillermo González Charry (redactor del Código Sustantivo del Trabajo):

De todo cuanto hemos visto hasta ahora, extraemos algunas consecuencias importantes:

- a) Los que la ley colombiana llama "elementos del contrato de trabajo" no son tales sino, más bien, "elementos de la relación de trabajo". El contrato como acto jurídico requiere la concurrencia de requisitos diferentes de los que caracterizan la relación.
- b) No es preciso que los elementos constitutivos se encuentren en la relación de trabajo, pues ésta puede darse sin el principal de ellos, que es el acuerdo de voluntades (...)
- c) Las leyes sociales amparan específicamente el hecho de la prestación del servicio (...)
- d) Si no son tanto las formas como la realidad lo que determina el

contenido, y, por consiguiente, la naturaleza de la relación de trabajo, esta no depende de lo que las partes hayan acordado, ni se somete a la denominación que errada o acertadamente, de buena o mala fe le hayan asignado (González, 2004, pp. 133-134).

El expreso reconocimiento de los redactores de las normas laborales sobre la influencia de la doctrina de Mario De La Cueva resulta fundamental para entender la redacción de las normas que regulan la principal figura del ordenamiento laboral: el contrato de trabajo, que a pesar de llevar ese nombre tiene especiales matices de la relación de trabajo potenciada en la formulación del principio de primacía de la realidad, conforme al cual en caso de discordancia entre lo que sucede en el terreno de los hechos y las formas adoptadas por las partes debe atenderse a lo que se verifique en lo fáctico. La aplicación de este principio es una clara manifestación de la teoría de la relación de trabajo, que para la figura analizada encuentra expresa consagración legal, desde la redacción original del Código en el numeral 2 del artículo 23 referido.

2. *Flexibilización laboral*

Con la caída del muro de Berlín en 1989 y la nueva coyuntura política de un mundo unipolar, el Consenso de Washington determinó el conjunto de políticas que los países tercermundistas debían adoptar para lograr el desarrollo en el marco del panorama mundial.

La nueva realidad marcó para Colombia la necesidad de adecuar las normas laborales a la situación socio-económica, con el objeto de hacer viable la economía mundial. De esa manera el gobierno del presidente César Gaviria puso en marcha una serie de medidas conocidas como apertura económica, que debía armonizarse con reformas laborales que hicieran compatible el ordenamiento laboral con la nueva realidad económica.

Las normas transcritas no permiten dilucidar con facilidad en qué escuela se matricula el código colombiano ya que inicialmente se hace referencia al contrato de trabajo, pero a renglón seguido se enlistan los elementos constitutivos del mismo que son propiamente los de la relación de trabajo.

En ese contexto, el gobierno propuso una serie de reformas en aras de lograr la denominada flexibilización laboral, consistente en la eliminación de garantías que se consideraban excesivas para el mercado colombiano que terminaron condensándose en la ley 50 de 1990⁸.

El entonces ministro de trabajo, Francisco Posada De la Peña, consideraba que la estructura de las normas laborales se tornaba anacrónica e incompatible con las políticas adoptadas por el Estado colombiano para poner a tono al país con la nueva realidad económica mundial.

Sostenía el Ministro a propósito de la reforma contenida en la ley 50 de 1990: "Creemos que la reforma al régimen laboral vigente es uno de los pasos trascendentales que ha dado el país en la búsqueda de unas condiciones que le permitan a nuestra nación incorporarse en el mercado internacional, acomodar también toda nuestra estructura a la política de apertura económica" (Cámara de comercio de Bogotá, 1991, p. 17).

Las principales reformas al régimen sustantivo laboral giraron en torno a los siguientes aspectos:

⁸ La exposición de motivos de la ley 50 de 1990 por el Gobierno Nacional enseña: "El Código Sustantivo del Trabajo que nos rige fue expedido en el año 1950 y desde entonces se han realizado profundos cambios en la economía y la sociedad colombiana. (...) La legislación actual se ha quedado al margen de lo que ocurre con la economía microempresarial, campesina, informal y, en general de la pequeña producción" (Cámara de Comercio de Bogotá, 1991, p. 219).

- ***Eliminación de estabilidad reforzada respecto de los trabajadores con más de 10 años de servicio.***

El Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 8 del decreto 2351 de 1965, regulaba las consecuencias del despido sin justa causa con un esquema de indemnizaciones que tasaban anticipadamente los perjuicios que pudieran llegar a generarse como consecuencia de la ruptura imprevista del vínculo contractual.

Sin embargo, respecto de los trabajadores que contaran con más de 10 años de servicio establecía la posibilidad que judicialmente se ordenara el reintegro en las mismas condiciones de empleo de las que antes gozaban, si el juez encontraba aconsejable dicha medida de acuerdo con las condiciones de cada caso particular⁹.

Dicha norma fue establecida para proteger a los trabajadores de los despidos sin justa causa que los privaran del derecho a la pensión, cuando dicha prestación estaba a cargo de los empleadores, sin embargo, se consideraba que con la subrogación de la prestación por parte del Sistema de Seguridad Social la norma en cuestión establecía garantías excesivas que perjudicaban la economía nacional.

La exposición de motivos de la ley 50 sobre el particular enseña:

Es indudable que una sana estabilidad en el empleo hace parte de las buenas condiciones de trabajo. Pero ella no se consolida con factores inmovilizantes del mercado laboral, que conduce a resultados contrarios a aquellos que teóricamente se desea alcanzar (...)

Después de diez (10) años de servicio en una misma empresa, la estabilidad

⁹ El artículo 8 del decreto 2351 (República de Colombia, 1965) en lo pertinente establecía: "Con todo, cuando el trabajador hubiere cumplido diez (10) años continuos de servicios y fuere despedido sin justa causa, el Juez del Trabajo podrá mediante demanda del trabajador, ordenar el reintegro de éste en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba y el pago de los salarios dejados de percibir, o la indemnización en dinero prevista en el numeral 4. literal d) de este artículo".

en el empleo se convierte en inmovilidad y está conduciendo, en la práctica, a unos efectos contrarios a los que la norma se propuso en su momento. En efecto, la acción de reintegro, así como la llamada pensión-sanción, tuvieron justificación cuando las pensiones de jubilación estaban a cargo del empleador y podía presumirse interés de éste en propiciar el despido, con el único fin de eludir la pensión. (Cámara de comercio de Bogotá, 1991, pp. 222-223).

La reforma en aplicación del principio de la condición más beneficiosa¹⁰ mantuvo la posibilidad de aplicar el decreto 2351 de 1965 y consecuentemente el reintegro para aquellos trabajadores que a la entrada en vigencia de la reforma (1 de enero de 1991) tuviesen más de 10 años de servicio.

- ***Creación del Régimen de Liquidación Anual de Cesantías***

Respecto de las prestaciones sociales patronales, se verificó que el auxilio de cesantía y la forma de liquidarlo a través del régimen de retroactividad había generado problemáticas en las empresas, ya que al momento del pago de esta prestación muchas empresas no habían sido precavidas en el sentido de apropiar las sumas que respaldaran año a año la causación de la referida prestación que equivalía a un mes de salario por año laborado que debía ser pagado a la terminación del contrato de trabajo.

Sobre el particular, la ponencia para primer debate de lo que a postre sería la ley 50 de 1990 enseña:

La doble retroactividad o el impacto de los incrementos salariales en las porciones anticipadas de cesantía, ha creado problemas financieros de muy difícil solución en sectores de empresas muy bien organizadas; ha estimulado la

¹⁰ "La regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determinada que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se ha de aplicar" (Plá, 1998, p. 108).

evasión en empresas de limitado capital, que bajo estas condiciones han señalado que el auxilio es algo impagable; y, que se ha invocado como causa esencial en el auge de la temporalidad y en general en la inestabilidad, barreras muy determinantes de la baja remuneración y del debilitamiento sindical (Cámara de Comercio de Bogotá, 1991, p. 256).

La modificación introducida en el año 90 consistió en adoptar para los trabajadores que se vincularan a partir del 1 de enero de 1991 y aquellos que decidieran trasladarse al nuevo régimen un sistema de acuerdo con el cual los empleadores liquidarán año a año el auxilio y lo depositarán en administradoras especializadas en el manejo de las sumas depositadas, las cuales serán entregadas a los trabajadores a la finalización del contrato de trabajo.

- ***Contratación a término fijo por periodos inferiores a 1 año***

La legislación del Código Sustantivo del Trabajo modificada por el decreto 2351 de 1965 había restringido la posibilidad de suscribir contratos por duración definida inferiores a 1 año a una serie de supuestos, de manera que no existía plena libertad para adoptar el plazo fijo inferior a 1 año como modalidad contractual.

La reforma previó la posibilidad de que en cualquier evento empleador y trabajador pudiesen pactar como duración del contrato un lapso inferior a 1 año con la única limitación de que sólo podría ser prorrogado en tres oportunidades, al cabo de las cuales debería prorrogarse mínimo a 1 año.

En la ponencia para primer debate se establece: "El concepto de flexibilización dosificada que subyace a las modificaciones nos conduce a aceptar la proposición del gobierno sobre contratos a término fijo, pero con algunas variaciones y precisiones, en parte derivadas de las observaciones de los trabajadores (...)" (Cámara de comercio de Bogotá, 1991, p. 258).

- ***Definición conceptual del salario y regulación jurídica de los pactos de exclusión salarial***

Respecto del tema de la regulación de la remuneración por los servicios prestados con ocasión del vínculo laboral, la reforma de la ley 50 (República de Colombia, 1990) estableció reglas en torno a la definición de lo que debía entenderse por salario, ya que la definición del Código no ofrecía mayores garantías para aquellos empleadores que de manera gratuita querían brindar beneficios a los trabajadores sin que ello significara impacto prestacional.

De esta manera, legalmente se establece en Colombia que el salario está constituido por los pagos en dinero o en especie que tengan por objeto remunerar directamente el servicio. De la misma manera, la ley 50 estableció legamente la posibilidad de que las partes pactaran los denominados pactos de exclusión salarial, que constituyen el pilar jurídico fundamental para la estructuración de los planes de compensación flexibles de las empresas.

En este orden de ideas, se otorgó la posibilidad a las partes de calificar como no salariales los beneficios o auxilios que recibiera el trabajador de manera habitual u ocasional, de manera que el empleador que concediera este tipo de

Respecto de las prestaciones sociales patronales, se verificó que el auxilio de cesantía y la forma de liquidarlo a través del régimen de retroactividad había generado problemáticas en las empresas, ya que al momento del pago de esta prestación muchas empresas no habían sido precavidas en el sentido de apropiar las sumas que respaldaran año a año la causación de la referida prestación que equivalía a un mes de salario por año laborado que debía ser pagado a la terminación del contrato de trabajo.

De esta manera, el grupo de trabajadores que reciben el pago de su remuneración mensual con el componente prestacional no goza del carácter tuitivo de las prestaciones que son pagadas en eventos legalmente determinados, pero se considera que por tener un ingreso importante tiene la capacidad de manejar adecuadamente sus ingresos.

beneficios adicionales tuviese certeza en la imposibilidad de una futura reclamación que tuviese por objeto la calificación, de salariales, de dichos beneficios adicionales.

La exposición de motivos de la ley 50 de 1990 (República de Colombia, 1990) establecía:

Hemos creído conveniente que se precise el concepto jurídico de salario. Es evidente que la norma actual ha dado lugar a conflictos de interpretación, en razón de su vaguedad, conflictos que desde luego no convienen a los trabajadores ni a los empleadores. Dicha norma ha permitido igualmente que se configuren las llamadas prestaciones "en cascada", lo cual ha dificultado notablemente la negociación colectiva y ha impedido el otorgamiento de sanos beneficios extralegales lo cual redundo en perjuicio de los propios trabajadores (Cámara de Comercio de Bogotá, 1991, p. 222).

- ***Introducción de la figura del salario integral***

Como complemento de lo esbozado en el párrafo anterior, la reforma contenida en la ley 50 de 1990 estableció la posibilidad de que un grupo de trabajadores recibiera en la remuneración mensual el pago salarial y de sus prestaciones, de manera que la compensación de los servicios prestados pudiera concentrarse en un solo pago y manejar un flujo de caja superior. De esta manera, el grupo de trabajadores que reciben el pago de su remuneración mensual con el

componente prestacional no goza del carácter tuitivo de las prestaciones que son pagadas en eventos legalmente determinados, pero se considera que por tener un ingreso importante tiene la capacidad de manejar adecuadamente sus ingresos.

La exposición de motivos presentada por el gobierno justificó de esta manera, la introducción de la figura del salario integral:

Se propone que los empleadores y trabajadores puedan pactar un salario que no solo retribuya la labor ordinaria sino que compense el valor de las prestaciones, los recargos y beneficios tal como el trabajo nocturno, extraordinario o el dominical y festivo, el de primas legales y extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie, y en general las que ellos acuerden, excluyendo las vacaciones. Se estima que este tipo de contratación se puede permitir en los casos en que el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales. En estos casos se supone que no es necesaria la rígida protección del derecho laboral (Cámara de Comercio de Bogotá, 1991, p. 223).

- ***Eliminación de la presunción de laboralidad de la prestación personal del servicio cuando se suscriben contratos civiles o comerciales***

En virtud de la teoría de la relación de trabajo y el principio de la primacía de la realidad, el trabajador contaba con la presunción en su favor consistente en que, con sólo probar prestación personal del servicio, se presumía la existencia de la subordinación y la remuneración y por consiguiente la existencia del contrato de trabajo de acuerdo con la terminología usada por el código colombiano.

Esta presunción resultaba útil a los trabajadores ya que existe un sinnúmero de situaciones en las que resulta difícil establecer la existencia o no de una relación de trabajo, además de un sin-

número de eventos en los que los trabajadores suscribían contratos civiles o comerciales que terminaban siendo desvirtuados judicialmente en aplicación del principio de primacía de la realidad.

Por esta razón se consideró que resultaba aconsejable inaplicar la presunción referida cuando analizaran situaciones en las se prestara un servicio en el marco de profesiones liberales o de un contrato de prestación de servicios civil o comercial, eliminar la referida presunción y en consecuencia dejar en cabeza del trabajador la carga de la prueba de los tres elementos de la relación laboral¹¹.

Sobre este particular la ponencia para primer debate establece:

La presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que busca proteger al trabajador subordinado, ha degenerado en que contratos civiles o comerciales o aquellos realizados en ejercicio de profesiones liberales, se conviertan, a raíz de la presunción indiscriminada de la presunción, en contrato de trabajo, alejándose del principio general del derecho de que todo contrato debe ejecutarse de buena fe.

Por tanto, cuando los profesionales independientes del derecho, la medicina, la ingeniería, en general de las profesiones liberales o quienes de otra forma presten servicios en desarrollo de contratos de naturaleza civil o comercial, resuelvan reclamar el carácter laboral y no civil o comercial de estos contratos, deben asumir la carga de la prueba. Es lógico que dichos profesionales no se privilegien de las presunciones y ventajas tuitivas del derecho del trabajo, concebidas para

el caso específico de la subordinación laboral (Cámara de Comercio de Bogotá, 1991, p. 258).

De cualquier forma es necesario precisar que la norma analizada fue retirada del ordenamiento, en virtud de una decisión de la Corte Constitucional con fundamento en el quebrantamiento de la cláusula general de igualdad prevista en la Constitución Política.

En tal virtud, se declarará la inexequibilidad del inciso segundo del artículo 2o. de la Ley 50 de 1990, en el entendido de que dicha norma es violatoria del derecho a la igualdad con respecto a los trabajadores que en la realidad han prestado sus servicios bajo la continuada dependencia o subordinación del empleador, y que en forma evidente han reunido los presupuestos propios de la relación de trabajo, lo que deberá ser examinado y decidido por el juez laboral en el correspondiente juicio (Corte Constitucional, Sentencia C-665 de 1998, 1998).

En materia de derecho colectivo del trabajo la reforma de la ley 50 buscó acompasar la legislación laboral con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, ampliando el elenco de garantías para el ejercicio del derecho de asociación sindical, de manera que si bien en materia individual significó la eliminación de disposiciones protectoras, en materia colectiva se adecuó a lo establecido en los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo.

3. Actualidad del derecho del trabajo: retos y perspectivas de cara al siglo XXI

Después de los procesos de reformas que propendían por la flexibilización en la mayoría de países de América Latina, el Derecho del Trabajo ha experimentado cambios que tienen como denominador común el retorno a un sistema más garantista contrario a las predicciones de eliminación de esta rama del derecho. Respecto

¹¹ La Ley 50 de 1990 en el artículo 2 establecía: "No obstante, quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 1o. de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada" (República de Colombia, 1990).

En materia de derecho colectivo del trabajo la reforma de la ley 50 buscó acompasar la legislación laboral con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, ampliando el elenco de garantías para el ejercicio del derecho de asociación sindical...

de los cambios y figuras que en la actualidad permiten avizorar el futuro del derecho del trabajo a continuación se exponen los más importantes para el análisis propuesto en el presente capítulo.

- ***Constitucionalización del derecho del laboral***

La profusa jurisprudencia constitucional ha marcado un cambio en la manera de abordar el estudio del ordenamiento laboral ya que en la actualidad resulta imposible analizar cualquier institución jurídico-laboral sin acudir a los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

El desarrollo de la jurisprudencia constitucional se ha fundamentado en lo establecido en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política de Colombia que si bien, no introducen elementos novedosos a lo establecido en la legislación laboral, comportan el fundamento de los diversos pronunciamientos en materia de derecho del trabajo.

A partir de los artículos antes referidos la jurisprudencia constitucional ha trazado líneas jurisprudenciales en torno a temas tan importantes como el fuero de maternidad, los ajustes salariales, el despido de trabajadores sindicalizados, el despido de trabajadores disminuidos físicamente, y el otorgamiento de intervenciones y medicamentos excluidos del plan obligatorio de salud, entre otros.

El debate se ha centrado en torno a la tradicional concepción del imperio de la ley y la nueva visión del derecho que propende por la garantía

en el ejercicio de los derechos fundamentales, aunque valores como la seguridad jurídica puedan verse afectados.

Además de lo anterior, un sector de la doctrina iuslaboralista propende porque el análisis jurídico incorpore elementos económicos y sociales para la toma de decisiones judiciales ya que los efectos en dichas materias pueden ser definitivos en determinados sectores. A manera de ejemplo: el conceder judicialmente derechos adicionales a los establecidos en el plan obligatorio de salud conlleva un desequilibrio financiero del sistema; o imponer reintegros no contemplados legalmente puede generar efectos nocivos en la inversión extranjera y en la seguridad jurídica en la gestión laboral de las empresas.

- ***Contratos atípicos***

La distinción doctrinal entre contratos típicos y atípicos se atribuye a Efrén Córdova, quien en el marco del Congreso Mundial de Derecho del Trabajo celebrado en Venezuela en 1985, propuso esta clasificación señalando que por contrato atípico, a diferencia del derecho civil o comercial, se debe entender, en derecho del trabajo, aquél que no tiene alguna de las características de los contratos típicos entendidos estos en su acepción gramatical como característico o representativo de un tipo¹².

La base de la distinción consiste en la descripción del modelo sobre el cual se estructuró el contrato de trabajo esto es: a término indefinido; en una jornada completa; para un solo empleador; en el centro de trabajo de la empresa, los contratos que consulten estas

¹² En el marco del Curso de Especialización para Expertos en Relaciones Laborales: "La Relación de Trabajo. Mercado de Trabajo, protección, equidad y adaptabilidad." celebrado en septiembre del 2006, la ponencia del Doctor Mario Pasco Cosmópolis señaló: "Atípico resulta ser, entonces, el que carece de uno o más de tales elementos, porque (i) no es de duración indefinida, o (ii) no es a tiempo completo o no se cumple dentro de los límites de la jornada máxima, o (iii) es prestado para más de un empleador, o (iv) se realiza fuera del centro de trabajo de éste."

características se consideran típicos, *a contrario sensu* serán atípicos aquellos que en que no se observa alguna de ellas.

Así las cosas, el derecho del trabajo experimenta un cambio estructural en las formas de contratación tradicionales que informaban el modelo de producción fordista. Sobre los contratos atípicos y sus características debemos precisar:

(i) *Contratación por tiempo definido*. El principio de estabilidad en el empleo no implica inamovilidad en el mismo, de manera que este tipo de contrataciones no riñen con el referido principio. Sin embargo, la regla general sobre la que está fundamentado el derecho del trabajo es la contratación a término indefinido. Como manifestación de la regla tradicional, el Código Sustantivo del derecho colombiano establece que cuando quiera que las partes no señalen algo distinto en el contrato se entenderá celebrado por duración indefinida. De la misma manera, si bien actualmente no existen restricciones para celebrar contratos a término definido, el examen constitucional de estas normas determinó que las mismas se ajustaban a la Constitución Política sólo si se entendía que si subsistían las causas que dieron origen a la contratación y el trabajador haya cumplido satisfactoriamente sus funciones se debe renovar el contrato. Sin embargo, las reglas anteriormente descritas se encuentran en la parte motiva de la sentencia sin que la parte resolutive ordene una constitucionalidad condicionada como en un sinnúmero de ocasiones lo ha hecho esta misma corporación¹³.

(ii) *Jornadas inferiores a la máxima legal*. El conjunto de jornadas flexibles que se han introducido en la legislación laboral dan cuenta del reco-

Así las cosas, el derecho del trabajo experimenta un cambio estructural en las formas de contratación tradicionales que informaban el modelo de producción fordista.

nocimiento de la legislación laboral en torno a la necesidad de regular la prestación de servicios en jornadas inferiores a la máxima legal. Como ejemplo puede citarse la jornada de 36 horas a la semana prevista en la ley 789 de 2002, la jornada flexible de 4 a 10 horas diarias con un día de descanso obligatorio; el denominado sábado inglés; y el trabajo por turnos previsto desde la expedición del C. S. T.

(iii) *Las labores se realizan para más de un empleador*. El derecho del trabajo ha experimentado cambios en uno de los sujetos que participan de la relación laboral de manera que en el marco de las denominadas relaciones triangulares, quien se beneficia de las labores no es el empleador sino un tercero que contrata o subcontrata con éste. Sobre el particular la doctrina ha analizado este fenómeno como consecuencia necesaria de la descentralización productiva; como lo expone Nores Torres, el proceso se puede sintetizar como:

De las iniciales razones patológicas a las ulteriores razones fisiológicas. Así en un principio la misma se analiza con un alto grado de desconfianza, como un fenómeno dotado necesariamente de una valencia negativa, pues se sobreentiende que con ellas se persiguen unas finalidades por lo general perversas. Desde esta perspectiva el recurso a este sistema de organizar el proceso productivo se asocia entonces con unas razones que la doctrina ha dado en llamar patológicas. (...)

Con el tiempo, sobre todo a partir de la mitad de los ochenta, se señala como no es admisible un análisis de la descentralización fundado exclusivamente en estos términos de "elusión" y "especulación" pues la misma puede responder también a unas razones fisiológicas. (...)

¹³ La sentencia C-016 de 1998 (Corte Constitucional, 1998A), establece en su parte motiva: "La renovación sucesiva del contrato a término fijo, no riñe con los mandatos de la Constitución, ella permite la realización del principio de estabilidad laboral, pues siempre que al momento de la expiración del plazo inicialmente pactado, subsistan la materia de trabajo y las causas que lo originaron y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación".

Es evidente la influencia que en este cambio de consideración ha desempeñado la aparición y desarrollo de las nuevas tecnologías, y así lo ha resaltado la doctrina. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la incorporación de éstas a las unidades productivas supone, por lo general, una importante inversión que puede elevar los costes de producción de forma considerada. Pues bien, ello incide en que se acuda a empresas especializadas, altamente tecnificadas, para encargar ciertas fases del proceso productivo" (Nores, 2004, p. 17).

En Colombia, desde la expedición del C. S. T. se contempló el tema de las relaciones triangulares a través de la figura del contratista independiente de conformidad con la cual, cuando una persona natural o jurídica contrate con otra la construcción de una obra o la prestación de un servicio será solidariamente responsable del pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones cuando las actividades que desempeñe no sean extrañas al giro ordinario de los negocios.

Otra modalidad de relaciones triangulares está dada por el denominado suministro de personal en virtud del cual una empresa vincula a los trabajadores para enviarla a un tercero a prestar los servicios contratados.

Esta segunda modalidad ha sido asumida en Colombia por las empresas de servicios temporales que tienen por objeto el suministro de trabajadores para atender necesidades temporales de las empresas.

(iv) *Desarrollo de las labores fuera de la sede de la empresa.* Sobre este particular vale la pena traer a colación la prestación de los servicios en el marco de lo que doctrinalmente se ha denominado teletrabajo¹⁴ que consiste en

"una forma de organización del trabajo (deslocalizada) en la que una persona presta sus servicios a favor de otra, natural o jurídica, a través del uso de medios informáticos, sin la necesidad de su presencia física en un sitio específico o puesto de trabajo, es decir, la actividad se realiza desde el domicilio del empleado o desde cualquier otro lugar diferente a la empresa contratante" (Gómez, 2007, p. 12).

El desarrollo de esta modalidad de prestación de servicios ha generado reformas legislativas que propenden por regular la figura del trabajo de manera autónoma dentro del ordenamiento laboral¹⁵. La regulación del teletrabajo como modalidad especial tiene por objeto regular aspectos especiales de este tipo de contratos tales como: jornada de trabajo, compensación por los gastos en que incurre el trabajador, derecho de asociación, determinación de accidentes de trabajo y normas en prevención de riesgos.

En Colombia, la ley 1221 de 2008 regula los aspectos concernientes a la prestación del servicio de los teletrabajadores, en atención a la utilización cada vez más frecuente de esta modalidad contractual.

- ***Ampliación del ámbito subjetivo de aplicación:
Para subordinación y protección del trabajador autónomo***

Contrario a lo que diversos sectores avizoraban en torno a la desaparición del derecho del trabajo, el devenir histórico muestra que desde diversos ámbitos se viene desarrollando la idea de ampliar el grupo poblacional protegido por las normas laborales ya que, sin duda, existe un grupo de trabajadores que si bien no ostentan la

presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo (República de Colombia, 2008).

¹⁴ El artículo 2 de la ley 1221 de 2008 define el teletrabajo de la siguiente manera: "Es una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la

¹⁵ El artículo 233 del Código del Trabajo de Portugal (Ley 99/2003) establece: "Para efectos de éste Código, se considera teletrabajo la prestación laboral realizada con subordinación jurídica, habitualmente fuera de la empresa del empleador, y a través del recurso de tecnologías de información y de comunicación." Código Do Trabalho, Edicoes Almedina, SA, Coimbra, Maio, p. 88.

condición de trabajadores subordinados requieren de la especial protección del ordenamiento laboral ¹⁶.

Así, la doctrina italiana ha esbozado una nueva categoría de trabajadores cuyo vínculo está en el medio de la subordinación y la autonomía y que ha dado en denominarse parasubordinación.

Restan por examinar las hipótesis entre subordinación y autonomía objeto de continuas polémicas y controversias.

El artículo 409 numeral 3 del Código de Procedimiento Civil [italiano] dispone que se tramita por el rito procesal laboral (en este punto de la evolución sólo para efectos procesales) las relaciones de colaboración que se concretan en una prestación continuada y coordinada, prevalentemente personal, no obstante no tener carácter subordinado. Fueron tempranamente llamadas "parasubordinadas", porque están entre la subordinación y la autonomía pero se mantienen como autónomos. En los años 90 se denominaban con el sobre nombre de co.co.co. De nuevo tres palabras: continuada, coordinada y personal (o prevalentemente personal). (...)

A partir del "Libro Blanco" de octubre de 2001, con inesperado grantismo, emergió luego en el decreto 276 del 10 de septiembre de 2003 la intención de eliminar el "co.co.co" porque se consideraba abusivo y fuente de simulación, con un juicio breve y drástico. Porbablemente la intención era otra, con la consciencia de la realidad de la dificultad sino imposibilidad de distinguir lo ilegítimo de lo legítimo es muy difícil de verdadera vigilancia: en esta lógica, diversa, se querían regular todos los trabajos esenciales desarrollados por las personas, como en parte se hizo: pero para el "co.

co.co", prevaleció la idea de modificarlo. Se requiere para "las colaboraciones a proyecto", además de la forma escrita (para fines de prueba), la disposición de un "proyecto" o "programa" por el cual la actividad debe tener un carácter de especialidad, que lo distinga de aquél normal de todos los días. Quedan sólo las relaciones "reconducibles" en "co.co.pro" (colaboración a proyecto), con requisitos precisos y rigurosos y con prohibición total de utilización fraudulenta son pena de trasformarse en relación de trabajo nsubordinado (artículo 69 decreto 276 del 2003)" (Miscione, 2010, p. 17) ¹⁷.

Como ya se preció entonces, este tipo de relaciones en la doctrina italiana conocida como co.co.co. (colaboración continua y coordinada) fue reformada en el decreto 276 de 2003¹⁸. La reforma introdujo un elemento a los vínculos de parasubordinación de manera que ya no deberían ser sólo continuos y coordinados sino que deberían de estar enmarcados en un *proyecto* específico a desarrollar, en ausencia del cual por expresa disposición legal se tratará de un contrato de trabajo a tiempo indeterminado.

Por otra parte, algunos países han iniciado la tarea de reformar sus ordenamientos laborales para incluir en el ámbito de protección a los trabajadores autónomos dependientes económicamente ¹⁹.

¹⁷ Traducción del autor.

¹⁸ El artículo 61 de la Ley 276 de 2003 establece: "Se mantiene la regulación para los agentes y representantes de comercio. Las relaciones de colaboración continuada y coordinada, prevalentemente personal y sin vínculo de subordinación, del que habla el artículo 409 num. 3 del código de procedimiento civil, deben ser reconducidas a uno o más proyectos específicos o programas de trabajo o fases seterminadas por el comitente y administratadas autónomamente por el trabajador en función del resultado de manera coordinada con la organización del comitente e independientemente del tiempo empeñado para la ejecución de la actividad". (República de Italia, 2003).

¹⁹ En España la Ley 20 del 11 de julio de 2007 establece el denominado "Estatuto del Trabajo Autónomo" cuyo artículo 1 establece: "Artículo 1. Supuestos incluidos.

1. "La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.

¹⁶ "La tendencia expansiva del derecho del trabajo. Se ha evidenciado como la disciplina del del derecho del trabajo –históricamente modelada sobre la especie del trabajo subordinado estable y en una carrera– se está progresivamente extendiendo además del trabajo dependiente, interesando algunas áreas relevantes del trabajo autónomo y asociado" (Traducción de lo dicho por Biagi, 2007, p. 233).

El gobierno español inició a mediados de 2004 un proceso de diálogo con varias organizaciones de trabajadores autónomos con el fin de elaborar un estatuto del Trabajador Autónomo. Con ello se daba respuesta a una de las demandas más importantes de este colectivo. Como resultado de estos encuentros, se impulsó la creación de una Comisión de Expertos con el objetivo de que realizara un diagnóstico y evaluación sobre la situación económica del trabajo autónomo en España y un análisis del régimen jurídico y de protección social de los trabajadores autónomos, elaborando al mismo tiempo una propuesta de Estatuto del Trabajo Autónomo (Cairós, 2007, p. 84).

En Colombia, algunos de los proyectos de ley que buscan crear el estatuto del trabajo de acuerdo con lo ordenado por la Constitución Política han incorporado la idea de ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de las normas laborales. Tal es el caso del proyecto de ley 02 de 2007 y 080 de 2007, de acuerdo con el cual el artículo 1 establecería: "La finalidad de esta ley es regular las relaciones entre el trabajo y el capital, haciendo efectiva la especial protección constitucional a que tienen derecho todos los trabajadores, sean éstos dependientes o *independientes*, en orden a garantizar un orden económico social y justo (Resaltado y subrayas fuera de texto).

• *Flexiseguridad*

Las reformas más recientes en materia de derecho del trabajo tienen como fundamento el alcanzar la flexiseguridad, que consiste en armonizar las necesidades de flexibilización de las normas laborales para acompasarlas con el

De la misma manera el artículo 13 del Código del Trabajo portugués establece la figura de los denominados contratos equiparados según la cual: "Quedan sujetos a los principios de éste Código, en cuanto a los derechos de personalidad, igualdad y no discriminación y seguridad, higiene y salud en el trabajo, sin perjuicio de reglamentación en legislación especial, los contratos que tengan por objeto la prestación de trabajo, sin subordinación jurídica, siempre que el trabajador se considere en dependencia económica del beneficiario de la actividad".

Por otra parte, algunos países han iniciado la tarea de reformar sus ordenamientos laborales para incluir en el ámbito de protección a los trabajadores autónomos dependientes económicamente.

sistema productivo, garantizando márgenes de protección mínimos que amparen al trabajador frente al impacto de dichas reformas. El modelo práctico de esta doctrina se implementó en Dinamarca donde los niveles de protección lograron conservar el carácter tuitivo del derecho del trabajo a pesar de las reformas flexibilizadoras que se implementaron.

Al mismo tiempo que se inscribe en una perspectiva posfordista, que intenta conciliar flexibilidad del mercado y seguridad de los trabajadores –dos objetivos que podían parecer incompatibles, tal como hemos apuntado, en el marco del fordismo– podemos pensar, a diferencia del modelo anterior, que la posesión de capitales no basta para dar seguridad a las trayectorias, dicho objetivo se ha popularizado con el término de «flexiseguridad» en el Reino Unido y Europa del Norte (Gautié, 2004, p. 19).

En Colombia, la ley 789 de 2002²⁰ tuvo por objeto reformar las normas laborales para flexibilizarlas y bajar los índices de desempleo, estableciendo un sistema de protección social, de manera que puede inscribirse dentro del modelo flexiseguridad al que apunta la actualidad y el mañana del Derecho del Trabajo.

La ley 789 de 2002, entre los aspectos más relevantes, reformó la determinación horaria de la

²⁰ La exposición de motivos de la Ley 789 de 2002 enseña: Urge dinamizar la vida laboral en aspectos que hoy la legislación no facilita y que dentro de márgenes razonables e inspiradas en la posibilidad de recuperar espacios para el empleo digno, hagan un poco más atractiva la posibilidad de generarlo e iniciar el camino restaurador de la economía, desde la oportunidad básica de tener acceso al trabajo en condiciones dignas y justas" (República de Colombia, 2002).

jornada nocturna, de manera que actualmente se considera jornada nocturna el lapso comprendido entre las 22:00 y las 6:00²¹, reduciendo consecuentemente tanto el recargo nocturno²² como las horas extra nocturnas²³. De la misma manera, introdujo la posibilidad de pactar jornadas flexibles como se explicó en precedente y redujo el monto de la indemnización tarifada en la ley por despido sin justa causa en contratos a término indefinido.

Sin embargo, la misma reforma contempló para compensar las medidas de flexibilidad, la estructuración de un sistema de protección social; un régimen de protección al empleo y al desempleado; y de otra parte, normas para controlar la evasión y elusión de pagos de aportes al sistema integral de seguridad social y parafiscales.

4. Conclusión

El derecho laboral, hijo de la sociedad industrial, fue sin lugar a dudas el acontecimiento jurídico del siglo XX. La regulación de la ecuación capital-trabajo a partir de un modelo clásico contractual permitió el desarrollo del sistema de producción del modernismo.

Los años 90 fueron escenario del primer paso de las profundas reformas de las instituciones jurídico-laborales que tuvieron por objeto flexibilizar para disminuir garantías a los *insider* con el objetivo de garantizar la posibilidad a los *outsider* de entrar en el mercado de trabajo y el mantenimiento de las fuentes de trabajo, a pesar de los cambios del sistema productivo.

El cambio de siglo y consecuente inicio del nuevo milenio dio cuenta del cambio de modelo

El derecho laboral, hijo de la sociedad industrial, fue sin lugar a dudas el acontecimiento jurídico del siglo XX. La regulación de la ecuación capital-trabajo a partir de un modelo clásico contractual permitió el desarrollo del sistema de producción del modernismo.

productivo en el que el contrato de trabajo a tiempo indeterminado no resultaba ajustado para el sistema post-moderno.

Los contratos denominados "atípicos" (a término fijo, en jornadas inferiores a las legales, fuera del centro de trabajo y para más de un empleador) se convirtieron en la regla general del mercado laboral, como producto de las reformas flexibilizadoras y las nuevas necesidades del sistema de producción.

La actualidad de la disciplina demanda la revisión del ámbito de protección subjetivo (del trabajador dependiente a los trabajadores parasubordinados y autónomos) y objetivo (del trabajo subordinado a los trabajos) que sin duda muestra la tendencia de ampliación del derecho del trabajo con el objeto de regular la prestación de servicios de los ciudadanos que con su trabajo, en cualquiera de sus modalidades como lo dispone el artículo 23 de la Constitución Política, buscan obtener un rédito que les permita asumir sus necesidades básicas.

Referencias bibliográficas

- Baylos, A. (1991). *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Biagi, M. (2007). *Istituzioni di Diritto del Lavoro*. (4ª ed.). Italia: Giuffré Editore.
- Cairós, D. M. (2007). Hacia una regulación del trabajo autónomo: Comentarios al Proyecto de Estatuto del Trabajador Autónomo. *Revista de Derecho Social* 37, Enero-Marzo. España: Ediciones Bomarzo, Albacete.

²¹ Con anterioridad a la reforma se consideraba trabajo nocturno el período comprendido entre las 18:00 y las 6:00.

²² El recargo nocturno se causa por trabajar en jornada ordinaria pero nocturna y equivale al 35% sobre cada hora ordinaria.

²³ La hora extra nocturna se causa cuando se trabaja superando la jornada ordinaria de trabajo en la jornada nocturna y equivale el 75% sobre cada hora ordinaria.

- Cámara de Comercio de Bogotá. (1991). *La reforma laboral*. Bogotá: Cámara de comercio de Bogotá.
- Carinci, F., De Luca, R., Tosi, P. & Treu, T. (2008). *Diritto del Lavoro Vol 2. Il rapporto di lavoro subordinato*. (6ª ed.). Torino, Italia: UTET Giuridica.
- De la Cueva, M. (1997). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. (14ª ed.). México: Editorial Porrúa S.A.
- Deveali, M. (1953). *Lineamientos de derecho del trabajo*. (2ª ed.). Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina.
- Gautié, J. (2004). Repensar la articulación entre mercado de trabajo y protección social en el posfordismo. *Documentos para el seminario Mercados de trabajo, políticas de empleo y protección social*. Buenos Aires, Argentina.
- González, C. (2002). ¿Cómo fue el proceso de nacimiento de la legislación laboral en nuestro país? (Revista Actualidad Laboral y Seguridad Social, No. 112, Entrevistador).
- González, G. (2004). *Derecho laboral colombiano. Relaciones individuales*. (10 Ed.). Bogotá: Legis S. A.
- Guerrero, G. (2008). *Teoría general del derecho laboral*. Bogotá: Leyer.
- Lenis, M. (2007). Teletrabajo: apuntes para un análisis sociojurídico. *Revista Actualidad Laboral y Seguridad Social*, (144, noviembre-diciembre), pp. 10-15.
- López, G. (2006). *Evolución y tendencias de las relaciones laborales en Colombia, Homenaje al Doctor Guillermo López Guerra, prólogo XIX y XX*. Colombia: Colegio de Abogados del Trabajo.
- Lyon-Caen, G., Péliissier, J. & Supiot, A. (1996). *Droit du Travail*. (18ª ed.). Italia: Dalloz.
- Miscione, M. (2010). *Subordinazione/Autonomia, collaborazioni a progetto*, Master Diritto del Lavoro Università di Bologna. Material de estudio Università di Bologna.
- Olea, M. A., Casas, M. E. (2001). *Derecho del trabajo*. (19ª ed.). Madrid: Civitas.
- Plá, A. (1998). *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Nores, L. E. (2004). *El trabajo en contratas, la noción de "contrata de propia actividad"*. (Colección Laboral 152). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- República de Colombia. (1965). *Decreto 2351 de 1965*. República de Colombia.
- República de Colombia. (1990). *Ley 50 de 1990*. República de Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional. (1998). *Sentencia C-665 de 1998*. Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional. (1998A). *Sentencia C-016 de 1998*. Colombia.
- República de Colombia. (2002). *Ley 789 de 2002*. República de Colombia.
- República de Colombia. (2008). *Ley 1221 de 2008*. República de Colombia.
- República de Italia. (2003). *Ley 276 de 2003*. República de Italia.
- Romagnoli, U. (1997). *El derecho, el trabajo y la historia* (1ª ed.). Madrid, España: Consejo Económico y Social.
- Romagnoli, U. (2005). Renacimiento de una palabra. *Revista Derecho Social, Separatas*, Albacete, España: Ediciones Bomarzo.
- Supiot, A. (1996). *Crítica del derecho del trabajo*. España: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.