

INTRODUCCION

A través de la historia, el trabajo en igualdad de condiciones, ha sido un concepto constantemente violentado y no respetado sobre todo por la parte fuerte de la relación laboral, materializándose dicha afirmación a través de sucesos tales como la esclavitud en la época antigua, la servidumbre frente a las organizaciones gremiales en la edad media y las conductas abusivas durante la colonización americana propios de la edad moderna.

Por lo tanto, al verse la precaria situación del trabajo en épocas anteriores, durante el transcurso y desarrollo de la revolución industrial, se dio inicio al derecho laboral y a una serie de leyes que por primera vez reglamentaban el trabajo para las mujeres y hombres, siendo un paso importante mas no final en la obtención de medidas justas e igualitarias para las partes de la respectiva relación contractual.

Ya en la actualidad, a nivel internacional y en concordancia con las necesidades de un mundo globalizado, puede verse como el trabajo ha sido ampliamente reglamentado tanto en su inicio, desarrollo como culminación, lo cual a su vez, no solamente ha generado una mayor sensación de protección, estabilidad e igualdad respecto a todo tipo de relaciones laborales, sino que además, ha provocado el desarrollo del contrato de trabajo como una de las principales herramientas de la actividad laboral. Sin embargo, es importante aclarar que a pesar de haberse avanzado en la búsqueda de medidas mas justas y equitativas para los trabajadores, todavía existen muchos vacíos jurídicos y poca aplicabilidad de la medida por parte de las partes involucradas.

Con fundamento en dicho análisis, el contrato de trabajo en la legislación Colombiana (objeto de estudio del presente trabajo), evidentemente ha sido una de las figuras más utilizadas en relación con el ejercicio de las profesiones y la ejecución de las diferentes actividades económicas en el territorio nacional, encontrándose reglamentada tanto a nivel legal como constitucional.

Sin embargo, en dicho contrato, desafortunadamente se han presentado constantes situaciones de desigualdad por parte del empleador frente al trabajador y viceversa, por motivos tales como la extrema pobreza, la necesidad de empleo y la poca formación intelectual.

Pero lo más preocupante de dicha situación, se fundamenta en que muchos empleadores han estado aplicando otro tipo de figuras que aunque en principio pudiera pensarse que pertenecen a campos completamente distintos al contrato laboral, realmente terminan siendo un contrato de trabajo como tal. Ello con la finalidad de abusar del trabajador y de evitar el pago de diversas obligaciones producto de la relación laboral.

Ejemplo de dichas figuras, son el contrato de prestación de servicios, los trabajos temporales desarrollados a través de las empresas de servicio temporal, la contratación por medio de las cooperativas de trabajo asociado, entre otro tipo de figuras similares, que en muchas ocasiones tienen por finalidad el encubrimiento o simulación de verdaderos contratos de trabajo, y por lo tanto, presentan como objetivo la violación de derechos laborales fundamentales tales como el pago de cesantías, vacaciones, reconocimiento del salario mínimo legal vigente, derechos en materia sindical u otro tipo de exigencias propias de la mencionada relación contractual.

Por otro lado, la propia concepción del principio de igualdad ha sido erróneamente interpretada a través de los años, solamente entendiéndose desde un punto de

vista riguroso, estricto o absoluto y no adecuándose a las condiciones específicas tanto del trabajador como del empleador.

Así las cosas, al presentarse actualmente hechos tales como la aplicabilidad del contrato de trabajo en la legislación nacional, la existencia de innumerables situaciones de desigualdad en materia laboral y la falta de concepción e interpretación del propio principio de igualdad, es evidente la importancia que conlleva el estudio de **LA EFICACIA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO FRENTE AL DERECHO LABORAL COLOMBIANO**, siendo indispensable su discusión y análisis para el mejoramiento de las condiciones laborales.

Por otro lado, al existir una gran variedad de opiniones que denotan una pobre delimitación y un alto nivel de incertidumbre en relación con el principio de igualdad y el contrato de trabajo simulado, al hacerse este estudio se contribuye a la unificación de criterios en torno a dichas temáticas, con lo cual se podrá responder a los interrogantes de cuál es la real interpretación del principio de igualdad en nuestra legislación nacional y cuando realmente se está presentado un contrato de trabajo con todos sus derechos y obligaciones.

Por lo tanto, el debido estudio del principio de igualdad en el contrato de trabajo desde su conceptualización, razón de ser, reglamentación, aplicabilidad y consecuencias respectivas, tendrá como objetivos informar al trabajador o empleador cuando se presenta una real violación al principio de igualdad en materia laboral, brindar suficientes herramientas al abogado laboralista para poder defender de manera efectiva y eficiente cada una de las situaciones susodichas, y finalmente, hacer llegar al lector toda la información pertinente de manera completa, detallada, clara y concisa para su adecuada observación y análisis.

La metodología a través de la cual el presente trabajo será desarrollado por el autor, consta de soportes jurisprudenciales, doctrinales y legales, tanto a nivel nacional como internacional, con lo cual se busca hacer un análisis de la temática mencionada acorde con los hechos y circunstancias actuales.

Por ultimo, el autor es consciente de las limitaciones que la temática en cuestión puede desencadenar, con fundamento en la permanente necesidad que tienen las personas de adquirir un trabajo sin importar la calidad del mismo. Sin embargo, a pesar de las evidentes dificultades mencionadas, ruego al lector tomar conciencia acerca de lo tratado en este escrito, para que así finalmente, no solamente exija del Estado la oportunidad de ejercer un trabajo o profesión, sino además, la oportunidad de realizar un trabajo en condiciones dignas, justas, equitativas y humanas.

1. CONCEPTUALIZACION Y RAZON DE SER DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO

1.1 CONCEPTUALIZACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Antes que nada, al tratar el tema del contrato de trabajo en condiciones de igualdad, es necesario que se tenga claro ciertos conceptos relevantes para la completa comprensión de la problemática objeto de estudio, tales como el significado y delimitación del principio de igualdad tanto a nivel internacional como nacional, el concepto de contrato de trabajo con todas sus respectivas características según nuestra legislación nacional y la doble cara del principio de igualdad en relación con su interpretación y alcance.

Todo ello, con la finalidad de darle al lector suficientes bases sólidas durante el inicio del trabajo como tal, que le permitan tener un panorama general del tema tratado en el presente escrito y le ayuden en cada uno de los aspectos a tratar durante su desarrollo. No hay duda que para el debido estudio de cualquier asunto en específico, siempre será importante tener claro el significado de los conceptos que lo vinculan y la razón de ser de la figura en si.

1.1.1 El principio de igualdad. Sobre el principio de igualdad en nuestra legislación nacional se pueden decir muchas cosas, pero sobre todo, es importante destacar el proceso evolutivo que ella ha presentado en nuestra historia patria, el concepto actual de dicha figura tanto a nivel nacional como internacional y el doble sentido característico y trascendental que posee la misma en cuanto a su propia interpretación. Dichos conceptos no solamente son

fundamentales para la completa delimitación de la figura, sino además, para la debida comprensión de la misma.

Así, si nos remitimos a la historia jurisprudencial del principio como tal, efectivamente se podrá ver como un fallo de la corte suprema de justicia de 1931 reconoció por primera vez el principio de igualdad formal, proporcionándose los primeros pasos en la aplicación de dicho principio sobre los ciudadanos colombianos. Ya por otro lado, gracias a un fallo del mismo tribunal del 4 de septiembre de 1970 con ponencia del señor Eustorgio Sarria se reconoció el principio de igualdad material, donde se manifestó la idea de que la igualdad no implicaba una igualdad matemática, sino una igualdad de trato para los iguales y un desigual trato para los desiguales. Así las cosas, dicho proceso evolutivo culminó con el fallo de la corte suprema de justicia del 17 de Octubre de 1991 con ponencia del magistrado Simón Rodríguez Rodríguez en el que se ratificó el principio de igualdad material, evidenciándose la gran importancia del principio de igualdad desde su sentido no absoluto o meramente literal.

Ya analizándose el proceso evolutivo del principio de igualdad desde la propia constitución, se podrá ver como en la constitución de 1886 dicho principio de igualdad se encontraba implícito en su artículo 16, debiéndose realizar grandes esfuerzos por parte de la doctrina y jurisprudencia para desentrañarla y reconocerla. Fue así, como gracias a la constitución de 1991 dicho principio se mostró de manera explícita en su artículo 13, generando ya no problemas de reconocimiento en la legislación, sino en cambio, situaciones propias relacionadas con el desarrollo de dicho concepto jurídico.

Por lo tanto, desde el punto de vista histórico, podemos ver como el principio de igualdad ha ido constantemente evolucionando a través de los tiempos en el territorio colombiano, conllevándonos a importantes conceptos como el principio de igualdad formal, principio de igualdad material y su implicación en cada una de

las posibles situaciones que ella puede presentar, y además, mostrándonos la gran capacidad interpretativa que la misma conlleva desde cada una de sus posibles facetas.

Una vez analizado los antecedentes históricos del principio de igualdad en nuestra legislación colombiana, ya puede verse y analizarse el principio de igualdad desde sus diferentes concepciones nacionales e internacionales, y por lo tanto, podrá estudiarse de manera detallada, clara y precisa, su delimitación según los tratados internacionales ratificados por Colombia, en materia constitucional, y además, con fundamento en la ley. Además, podrá analizarse la doble faceta que la misma conlleva en el territorio nacional.

1.1.1.1 El principio de igualdad según los tratados internacionales ratificados por Colombia. Al encontrarnos en un mundo globalizado, dinámico e interconectado desde todas las ópticas existentes tales como los aspectos económicos, sociales, culturales y políticos, evidentemente el derecho y las leyes no solamente no se encuentran limitadas al Estado a través del cual fueron creadas, sino que además, dependen de otro tipo de normas y disposiciones internacionales de obligatorio cumplimiento. Es así, como el principio de igualdad en el Estado Colombiano, deberá ser analizado desde la constitución y la ley, pero además, desde el plano internacional y mas concretamente desde el plano de los tratados internacionales ratificados por nuestra nación.

Por lo tanto, en relación con la temática en mención, el principio de igualdad efectivamente ha sido reconocido y desarrollado en una serie de tratados internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos en sus artículo 2 y 7, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) en sus artículos 3 y 26 y La Convención Americana sobre derechos humanos (Ley 16 de 1972) en sus artículos 1 y 24, manifestándose dentro de

ellos, la importancia de respetar todos los derechos y libertades del ser humano sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o factor de cualquier otra índole, e inclusive, hablándose de la protección a la cual tiene derecho toda persona al ser objeto de todo tipo de discriminación o trato desigual.

Ya en torno a tratados internacionales que vinculen el principio de igualdad en materia laboral y que hayan sido reconocidos por Colombia, se encuentra el Convenio Internacional del Trabajo número 111 aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 (el cual fue ratificado en el año 1969) ocupándose de dicho principio en sus artículos 1 y 2, donde se hace mención del concepto de discriminación en materia de empleo y ocupación de la siguiente manera:

El artículo 1o. del Convenio citado dice:

1. A los efectos de este convenio, el término 'discriminación', comprende:

A) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades, de trato en el empleo y la ocupación;

B) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el miembro interesado, previa consulta con las organizaciones representativas, de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan , y con otros organismos apropiados

2) Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación

El artículo 2º del Convenio dispone:

Todo miembro para el cual este convenio se halle en vigor, se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional, que

promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.¹

Por ultimo, para poder exigir debidamente la protección de dicho principio en el área mencionada, no debemos olvidar ciertas pautas trascendentales relacionadas con la aplicación de todo tratado internacional ratificado por Colombia en nuestra legislación nacional, siendo ejemplo de ellas, la prevalencia de los tratados internacionales aún sobre la legislación interna, siempre y cuando, se trate de convenios internacionales sobre derechos humanos debidamente ratificados por el país, la obligación del Estado Colombiano de armonizar su derecho interno con las estipulaciones de ciertos tratados y de abstenerse de modificar aquéllos en sentido contrario o adverso al de la preceptiva internacional, y por ultimo, la disposición constitucional de que todo convenio internacional del trabajo ratificado por el Estado hará parte de la legislación interna del país.

1.1.1.2 El principio de igualdad según la constitución política de Colombia de 1991. Además de encontrarse consagrado el principio de igualdad en los tratados internacionales ratificados por nuestra nación, dicho principio se encuentra consagrado en la Constitución Política de Colombia en su artículo 13 y en otros apartes fundamentales tales como el preámbulo y los artículos 5, 19, 25, 42, 43, 53, 67, 68 y 69 de la carta.

Así las cosas, el principio general de la igualdad consagrado en el artículo 13 de nuestra constitución, manifiesta prácticamente los mismos elementos que dicho principio contiene en los tratados internacionales ratificados por el país, siendo

¹ CONVENIO INTERNACIONAL del trabajo numero 111 de Junio 25 de 1958. Citado por, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 del veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992). MP: Alejandro Martínez Caballero. Bogota: El Autor, 1992.

ellos, el derecho que tiene toda persona de nacer libre e igual ante la ley, la obligación del Estado de brindar igual protección y trato a todos los ciudadanos colombianos y el no trato discriminatorio a ninguna persona por razones de su raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión, entre otro tipo de factores existentes. Sin embargo, el mencionado artículo constitucional hace referencia a otro tipo de aspectos que evidentemente complementan y fortalecen el concepto de la equidad, los cuales se encuentran manifestados en la norma de la siguiente manera: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionara los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”².

De esta manera, efectivamente puede verse como el principio de igualdad en materia constitucional, evidentemente es un principio que aplica por regla general la igualdad entre las personas, y que además de manera excepcional, puede conllevar a un trato desigual con la debida justificación de la decisión en forma objetiva y razonable. Es decir, por medio de dicha situación se logra comprobar una gran evolución en materia de delimitación de dicho principio, pasándose de un principio de **igualdad formal** estipulado en la constitución de 1886 a un principio de **igualdad material** estipulado en el artículo 13 de la constitución de 1991.

Adicionalmente, con fundamento en dicha disposición constitucional, si llegare a existir una justificación de la decisión en forma objetiva y razonable, dicho trato desigual será constitucionalmente legítimo y válido. Por el contrario, si no llegare a existir una justificación de la decisión de forma objetiva y razonable, dicho trato desigual será constitucionalmente ilegítimo, inválido y configurara un manifiesto trato plenamente discriminatorio.

² CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Bogota: Legis, 2003. Art. 13.

Por otro lado, otro tipo de disposiciones constitucionales que se encuentran íntimamente relacionadas con el principio general de la igualdad consagrado en el artículo 13 de la carta, son el artículo 19 referido a las confesiones religiosas e iglesias, el artículo 42 referido a los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, el artículo 43 que hace mención a la relación de género, masculino y femenino, el artículo 53 al hablar de principios mínimos fundamentales del trabajo tales como la igualdad de oportunidades para los trabajadores, y finalmente, el artículo 25 el cual señala la protección especial del trabajo en condiciones dignas y justas.

Por último, parte de este pensamiento puede ser constatado a través de un pronunciamiento de la corte constitucional del año 1998, dentro del cual a través de dicha entidad se expuso la siguiente idea:

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho a la igualdad en múltiples ocasiones, a través de sentencias provenientes de sus Salas de Revisión de Tutelas y de fallos proferidos por la Sala Plena en asuntos de constitucionalidad.

De todos ellos se desprende una clara y contundente afirmación sobre el carácter fundamental del derecho a la igualdad, como valor fundante del Estado social de derecho y de la concepción dignificante del ser humano que caracteriza la Constitución de 1991 y que consagra su artículo 13.

Según lo ha indicado también la Corte, dicho derecho contiene seis elementos, a saber:

a) Un principio general, según el cual, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades.

b) La prohibición de establecer o consagrar discriminaciones: este elemento pretende que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio o se restrinja el ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e

injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, o posición económica.

c) El deber del Estado de promover condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva para todas las personas.

d) La posibilidad de conceder ventajas o prerrogativas en favor de grupos disminuidos o marginados.

e) Una especial protección en favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y

f) La sanción de abusos y maltratos que se cometan contra personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.³

1.1.1.3 El principio de igualdad según la ley laboral. En desarrollo del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, encontramos en el código sustantivo del trabajo 2 artículos fundamentales que consagran el principio de igualdad y lo desarrollan en materia laboral. Además, cabe mencionar que en dicho código, podremos encontrar otra serie de artículos que se encuentran íntimamente relacionados con el principio de igualdad y los cuales serán tratados mas adelante en capítulos posteriores.

El primer artículo a través del cual se menciona directamente el principio de igualdad es el artículo 10 del mencionado reglamento, dentro del cual, se dispone que todos los trabajadores son iguales ante la ley, gozan de la misma protección y garantías, y no podrán ser objeto de trato distinto por razón de su sexo, raza, origen, edad, lengua, religión, opinión política o por cualquier otro tipo de factor similar.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-665 de 1998. MP: Dr. Hernando Herrera Vergara. Bogotá: El Autor, 1998.

Ya el segundo artículo a través del cual se menciona directamente el principio de igualdad es el artículo 143 del código, donde claramente se dispone que todo trabajo igual desempeñado en condiciones de eficiencia, puesto y jornada también iguales, deberá corresponderle igual salario. Es el denominado principio a trabajo igual salario igual.

No obstante, el principio de igualdad contempla varias excepciones que deberán ser tomadas en cuenta al momento de su aplicación, siendo ejemplo de ellas, factores tales como la nacionalidad de los trabajadores, la edad de ciertas personas en relación con la jornada máxima laboral y tipo de labor, y por último, la naturaleza jurídica del empleador ya sea este público o privado.

De todo ello, en principio puede constatarse el pleno desarrollo del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia y la aplicación del principio de igualdad según los tratados internacionales ratificados por Colombia en el código sustantivo del trabajo, estando el respectivo plexo normativo en plena armonía respecto de la temática anteriormente mencionada. De todas maneras, se hace necesario hacer un estudio profundo sobre la temática como tal, para finalmente poder tener certeza de la adecuada aplicación de dicho principio en el contrato de trabajo desde la óptica tanto teórica como práctica.

1.1.1.4 El principio de igualdad desde un sentido estricto y amplio. En nuestra legislación nacional, el principio de igualdad a pasado de ser un principio meramente formal, abstracto y caracterizado por la denominada igualdad matemática ha un principio de igualdad material, objetivo y concreto, mostrándose un gran avance en materia interpretativa del concepto y una indudable claridad en relación con el sinnúmero de situaciones diferentes o especiales que pueden presentarse en torno a una realidad social.

Es claro que al aplicarse la conocida regla que exige tratar a los iguales de forma igual y a los desiguales de forma desigual, ciertamente se le estará dando un trato a la persona en concordancia con sus situaciones propias o específicas, y por lo tanto, se estará aplicando el sentido de igualdad y justicia desde un punto mas certero, equilibrado y equitativo. Así las cosas, el principio de igualdad concebido desde esta perspectiva en nuestro sistema jurídico, posee 2 aspectos o facetas de vital importancia.

La primera de ellas, se fundamenta en el principio de igualdad en sentido estricto, el cual ha sido conceptualizado detalladamente en el primer inciso del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, al manifestarse el derecho que tienen todas las personas a nacer libres e iguales ante ley, a ser protegidos y tratados de manera equitativa por parte de las autoridades correspondientes y a gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación por razón de su sexo, edad, religión, nacionalidad, lengua, entre otro tipo de factores similares.

Por lo tanto, en torno a dicho concepto, todas las personas en el Estado colombiano deberán ser tratadas de manera igual o equitativa, y en caso de no presentarse dicha situación, se deberán brindar todas las herramientas o medidas necesarias para la aplicación adecuada del susodicho principio.

La segunda de ellas, se fundamenta en un principio de igualdad en sentido amplio, siendo ya delimitado o definido por el segundo y tercer inciso del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, donde se expresa la obligación del Estado de brindar condiciones para que la igualdad sea **real y efectiva** y se adoptan medidas y tratos especiales hacia las personas en estado de discriminación, marginación, debilidad manifiesta, y en general, personas que se encuentren en un aparente estado de inferioridad respecto de las demás.

Así las cosas, teniéndose en cuenta el principio de igualdad desde un sentido amplio, se podrá dar un trato distinto a ciertas personas, hechos o circunstancias de manera concreta, siempre y cuando, se cumplan con ciertos supuestos exigidos por la normatividad y jurisprudencia colombiana. Así, dichos supuestos, son los siguientes:

- **La diferenciación de los supuestos de hecho.** Se deberán comparar las situaciones de hecho, para así finalmente llegar a la conclusión de si son idénticas o no.
- **La finalidad.** El trato diferenciador no deberá ser completamente gratuito. Por lo tanto, deberá contener una finalidad concreta y no abstracta.
- **Razonabilidad.** No basta con que se persiga una finalidad cualquiera. Deberá ser una finalidad constitucionalmente legítima y admisible. En otras palabras, deberá ser una finalidad acorde con la prudencia, con la justicia y con la equidad que rigen para el caso en concreto, es decir, deberá ser conveniente o necesaria.
- **Racionalidad.** Deberá existir una conexión efectiva entre el supuesto de hecho, el trato diferente que se impone y la finalidad que se persigue.
- **Proporcionalidad.** El supuesto de hecho, el trato diferente que se impone y la finalidad que se persigue, deberán llevar a una consecuencia jurídica no desproporcionada.

Con base en lo mencionado anteriormente, se puede decir, que el principio de igualdad que se presenta en el Estado colombiano, obedece a un principio que a pesar de reconocer la obligación de trato similar a supuestos similares, reconoce también la facultad del trato diferente en ciertos aspectos excepcionales y debidamente justificados. En muchas ocasiones se requiere un trato desigual entre las personas, para llegar a términos de justicia y equidad.

Finalmente, teniéndose en cuenta todo lo mencionado respecto al principio de igualdad en las anteriores subdivisiones, se llega evidentemente a la conclusión que para la comprensión, aplicación, exigencia y cumplimiento del concepto en el ordenamiento jurídico nacional, siempre se deberá mirar y analizar el principio desde su ámbito genérico, es decir, teniéndose en cuenta los tratados internacionales ratificados por Colombia, la constitución, la ley, y para el caso en específico, el derecho laboral colombiano.

1.1.2 El contrato de trabajo. A nivel mundial, dicha figura nació como respuesta a una serie de situaciones injustas y desiguales que se presentaron por parte del empleador en contra de los trabajadores, siendo ellas, los constantes abusos del capitalismo industrial, las extralimitaciones presentadas propias del liberalismo económico, y como causa de las dos anteriores, la gran desigualdad económica entre empleadores y trabajadores. Obviamente, como los empleadores eran la parte fuerte de la relación laboral, se generaron grandes atropellos en contra de la masa obrera.

Ya en Colombia, la primera vez que se usó la denominación contrato de trabajo, fue en el artículo 13 de la ley 16 de 1934 presentándose el decreto 52 de 1935 como decreto reglamentario de la ley anterior. Así, se desarrollaron una serie de leyes y decretos a través de los cuales se permitió la evolución del concepto de contrato de trabajo, tales como el artículo 1 del decreto 1632 de 1938, el decreto ley 2350 de 1944 y la ley 6 de 1945. Finalmente, se llegó a la definición actual del contrato de trabajo, incorporada en el artículo 22 del código sustantivo del trabajo.

Así las cosas, para una completa comprensión del concepto del contrato de trabajo en la legislación colombiana, es importante no solamente estudiar su definición vigente, sino que además, se hace vital analizar otro tipo de aspectos propios de

la figura tales como sus elementos esenciales, características y diferentes tipos de clases.

1.1.2.1 Definición. El contrato de trabajo se encuentra definido en el artículo 22 del código sustantivo del trabajo, expresándose lo siguiente: “1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. 2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario”⁴.

1.1.2.2 Elementos esenciales. Según el artículo 23 del código laboral, los elementos esenciales para que haya contrato de trabajo, son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y la remuneración.

El elemento esencial de la actividad personal del trabajador, hace que solo la persona física o natural pueda tener la calidad de trabajador, debiendo realizar por sí mismo o mejor dicho sin la ocurrencia de otras personas, la prestación personal del oficio respectivo. Sin embargo, dicho elemento presenta ciertas excepciones legales, como es el caso del trabajo a domicilio, donde se permite que el trabajador labore con ayuda de ciertos miembros de su familia.

El elemento esencial de la continuada subordinación o dependencia, se refiere a la posibilidad de que el servicio personal sea ejecutado bajo el control y dirección del patrono, siempre y cuando, este considere que es conveniente.

⁴ CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Bogota: Legis, 2007. Art. 22.

Y por ultimo, la remuneración, hace referencia al pago del salario. No obstante, aunque el salario no se haya pactado no se presenta ningún tipo de problema, en virtud del artículo 27 del código sustantivo del trabajo donde se manifiesta que todo servicio personal debe ser remunerado. Por lo tanto, si se presentan los elementos de la actividad personal del trabajador y la continuada subordinación o dependencia, se deduce la existencia de la remuneración aun cuando esta no haya sido pactada.⁵

Según opinión del autor, la existencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo son indispensables para toda persona que en materia laboral se encuentre activa o piense estarlo en un futuro, ya que al probarse los mencionados elementos podrá accederse a todos los derechos y privilegios de dicho contrato sin importar la figura bajo la cual se este laborando. Ejemplo de dichas figuras, son el contrato de prestación de servicios, los trabajos temporales desarrollados a través de las empresas de servicio temporal, la contratación por medio de las cooperativas de trabajo asociado, entre otro tipo de figuras que serán tratadas posteriormente durante el desarrollo del trabajo.

1.1.2.3 Características. Según las clasificaciones de los contratos, el contrato de trabajo presenta una serie de características fundamentales y propias de la figura como tal que a su vez le permiten diferenciarse de otro tipo de contratos, siendo un contrato bilateral ya que en el surgen obligaciones para las partes intervinientes, es decir, el trabajador se obliga a la prestación personal del servicio bajo las ordenes y subordinación del patrono y el empleador se obliga a pagar una remuneración, un contrato oneroso por cuanto tiene por finalidad la utilidad de ambas partes, prestación del patrono y remuneración del trabajador, un contrato de tracto sucesivo ya que su ejecución o cumplimiento se prolonga en el tiempo,

⁵ GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Manual de derecho del trabajo. 3. ed. Colombia: Leyer, s.f. p. 245 – 247.

un contrato principal por no depender de otro contrato para producir efectos legales, consensual por requerir su perfeccionamiento del consentimiento de las partes, y finalmente, un contrato de adhesión por el hecho de tener el trabajador que someterse a las respectivas normas convencionales encargadas de regular las relaciones obrero patronales.⁶

Ya una vez tenido en cuenta las características del contrato de trabajo, se puede analizar cada una de las diferentes clases o tipos de contratos laborales que existen en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.1.2.4 Modalidades del contrato de trabajo. El contrato de trabajo se encuentra dividido en una serie de tipos, clases o modalidades contractuales que han sido reconocidas en la ley, la jurisprudencia y la doctrina, encontrándose así, clasificado por su forma, duración, por la forma de pago, y por otro tipo de factores similares, siendo de gran importancia su estudio para proporcionar una completa delimitación del contrato en torno a las posibles derivaciones que el mismo puede presentar y para brindar una mayor claridad al lector en relación con las posibles reglamentaciones especiales que este tipo de modalidades contractuales puede presentar a futuro. De esta manera, el contrato de trabajo se divide en las siguientes modalidades o subclases:

Por su forma, el contrato de trabajo se divide en contratos verbales y contratos escritos, teniendo cada uno de ellos características específicas.

El contrato de trabajo verbal, como su nombre lo indica, es el que se celebra de forma oral o de palabra, haciendo referencia al respectivo acuerdo entre empleador y trabajador. Toda persona que quiera celebrar un contrato de trabajo verbal se encuentra facultada para hacerlo y el acuerdo entre las partes

⁶ Ibid., p. 248.

contratantes deberá abarcar una serie de aspectos mínimos, siendo ellos, la clase de labor, el lugar de trabajo, la cuantía y forma de remuneración, los periodos que regulen el pago y la duración del contrato como tal.⁷

Ya el contrato de trabajo escrito, se define como el que es plasmado en un documento, haciendo referencia al respectivo acuerdo entre las partes contratantes. Aunque es verdad que toda persona libremente podrá celebrar este tipo de contrato, existen ciertos acuerdos especiales que deberán ser celebrados por escrito tales como el contrato de trabajo a término fijo, el enganche colectivo para el exterior, el periodo de prueba y el contrato de aprendizaje. Por ultimo, fuera de las cláusulas que las partes acuerden libremente, el artículo 39 del código sustantivo del trabajo establece una serie de condiciones mínimas que dicho contrato deberá abarcar.

Así, en el mencionado artículo, se expresa lo siguiente:

Art. 39.—Contrato escrito. El contrato de trabajo escrito se extiende en tantos ejemplares cuantos sean los interesados, destinándose uno para cada uno de ellos, está exento de impuestos de papel sellado y de timbre nacional y debe contener necesariamente, fuera de las cláusulas que las partes acuerden libremente, las siguientes: la identificación y domicilio de las partes; el lugar y la fecha de su celebración; el lugar en donde se haya contratado el trabajador y en donde haya de prestar el servicio; la naturaleza del trabajo, la cuantía de la remuneración, su forma y períodos de pago, la estimación de su valor, en caso de que haya suministros de habitación y de alimentación como parte del salario; y la duración del contrato, su desahucio y terminación.⁸

⁷ CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Op. Cit., Art. 38.

⁸ Ibid., Art. 39.

Por su duración, el contrato de trabajo se divide en contrato de trabajo a término indefinido, a término fijo, contrato de trabajo por la duración de una obra o labor contratada y contrato para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.

El contrato de trabajo a término indefinido es el contrato de trabajo por excelencia, ya que para configurarse en el mundo jurídico y laboral, solamente requiere no ser contrato de trabajo a término fijo, contrato de trabajo por la duración de una obra o labor contratada o contrato para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio. Así, al determinarse como contrato indefinido por las razones anteriormente expuestas, perdurara hasta la ocurrencia de alguna de las disposiciones legales para la terminación de los contratos laborales (ejemplo, terminación unilateral del contrato de trabajo).

Ya para presentarse un contrato de trabajo a término fijo, deberá constar por escrito y deberá estipular una duración no superior a 3 años. Así, al presentarse este tipo de contrato, este tendrá vigencia por el término estipulado pero podrá ser renovable de manera indefinida.

El contrato de trabajo por la duración de una obra o labor contratada, podrá ser verbal salvo estipulación en contrario y deberá estipular ya no un plazo sino una condición (la cual es el término que demanda la ejecución completa de una determinada obra o labor). Por lo tanto, una vez celebrado este tipo de contrato, la vigencia del mismo estará completamente determinado por la culminación del servicio u obra respectiva.

Por ultimo, el denominado contrato para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio, para su determinación deberá cumplir con los requisitos de no tener una duración mayor a un mes y que se refiera a labores distintas de las actividades normales del patrono. Así las cosas, las personas que laboren bajo este tipo de figura, carecerán de ciertos derechos primordiales tales como el

derecho a la ropa o calzado, el auxilio de cesantías, los gastos de entierro, el seguro de vida, entre otro tipo de factores similares.⁹

Cabe mencionar, que a pesar de las clasificaciones de forma y de duración de las que hablan la jurisprudencia, la doctrina y el código sustantivo del trabajo en sus artículos 6, 37, 38, 39, 45, 46 y 47, existen otro tipo de modalidades del contrato de trabajo que muchas veces han sido olvidadas u omitidas por parte de los juristas tales como el contrato de trabajo a sueldo, a destajo, a jornal, con salario integral, parte en dinero y parte en especie (contratos según la forma de pago), el contrato de aprendizaje, el trabajo a domicilio, entre otros.

Además, es importante tener en cuenta respecto a la temática susodicha, que no solamente toda clase de contrato puede ser a su vez otro tipo o modalidad contractual, sino que además, todas las clases de contrato presentan desarrollos legales específicos los cuales deberán ser respetados y tenidos en cuenta al momento de la aplicación de la norma.

Finalmente, en relación con la conceptualización del contrato de trabajo (tema que ha sido tratado en el presente acápite), se puede decir, que dicha figura ha sido ampliamente desarrollada por nuestra legislación colombiana, y por lo tanto, para su entendimiento detallado, claro y preciso, siempre se deberá tener presente aspectos generales mínimos tales como su definición, elementos esenciales, características y modalidades contractuales. Además, viéndose a profundidad los elementos mencionados y su relación, se puede ver la gran importancia que tienen los elementos esenciales del contrato de trabajo en todas las áreas propias de dicho concepto, no siendo de extrañar la gran trascendencia que tendrán los mismos al analizarse la aplicación del principio de igualdad en dicha materia.

⁹ GUERRERO FIGUEROA, Op. Cit., p. 295 – 300.

1.2 RAZON DE SER DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Al aplicarse el principio de igualdad en el contrato de trabajo acorde con el alcance internacional, constitucional y legal que dicho principio conlleva en el Estado colombiano, evidentemente se generan una serie de beneficios para todas las partes titulares de dicha relación contractual de carácter necesario y fundamental.

Sin embargo, para mayor claridad de la temática y atendiendo a la doble faceta que el principio de igualdad conlleva en cuanto a su interpretación (no es un principio absoluto), cabe analizar la razón de ser o importancia del principio de igualdad en el contrato de trabajo tanto desde su sentido estricto (igualdad en abstracto) como desde su sentido amplio (Igualdad concreta real y efectiva).

1.2.1 Razón de ser del principio de igualdad en el contrato de trabajo, desde la óptica de un principio de igualdad en sentido estricto. El trabajo en condiciones de igualdad se encuentra permanentemente en constante amenaza en la realidad nacional, por conceptos tales como la desigualdad económica entre las partes, la concepción del trabajador como parte débil de la relación laboral y del empleador como parte fuerte de la misma, la aplicación indebida de la autonomía de la voluntad en materia contractual, y sobre todo, por la aplicación de uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo (la subordinación).

Sobre este último se ha dicho lo siguiente:

Otra definición elaborada por el Magistrado Antonio Barrera es: «la subordinación laboral, le da al principio de igualdad una fisonomía distinta, toda vez, que la posición de igualdad existe en el acto de contratación del trabajador, por lo menos desde el punto de vista

jurídico, pero desaparece, durante el desarrollo del contrato, en que la subordinación del trabajador al patrono se pone en operación por la necesidad de lograr los objetivos del contrato.¹⁰

Por otro lado, además de poder presentarse evidentemente un trato desigual en la realización de un trabajo o labor, pueden aparecer otro tipo de factores como fuente o resultado de dicho trato tales como la discriminación y el acoso laboral. Aunque el término discriminación se encuentra comprendido dentro del tema del acoso laboral, se hará hincapié en ella por la importancia que reviste la misma y por su permanente enunciación en relación con el principio de igualdad.

Analizándose ciertas disposiciones legales, constitucionales, jurisprudenciales y doctrinales tales como el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia y lo comentado por la organización internacional del trabajo (OIT), la discriminación hace referencia a la exclusión, distinción o preferencia que se le haga a una persona determinada, por razón de su sexo, raza, religión, color, nacionalidad u otro tipo de factor similar. Así las cosas, ella comprende 2 aspectos fundamentales, es decir, por un lado el trato discriminado por razón de su raza, sexo, color, religión, etc., y por el otro, la consecuencia de dicho motivo tal como la discriminación en la obtención de empleo, discriminación ocupacional o en la obtención de buenos cargos, discriminación salarial y discriminación en la adquisición de capital humano (en el acceso a la educación formal y a la capacitación y entrenamiento empresarial).

El acoso laboral, ha sido definido como todo tipo de conducta persistente y demostrable encaminada a infundir miedo, intimidación, terror, perjuicios laborales, u otro tipo de conductas similares, cuyo sujeto pasivo es el trabajador y cuyo sujeto activo es el superior jerárquico, compañero de trabajo o subalterno. Así, ella

¹⁰ CORPORACION COLECTIVO DE ABOGADOS, Derecho al trabajo, [En línea]. Colombia : 13 de junio de 2005. <http://www.colectivodeabogados.org/article.php3?id_article=61> [Consulta: Jul: 2008].

comprende una serie de aspectos o situaciones de gran importancia, tales como el maltrato, persecución, discriminación (ya mencionado anteriormente), entorpecimiento, inequidad y desprotección laboral.¹¹

Por lo tanto, la aplicación del principio de igualdad desde un sentido estricto en el contrato de trabajo, se hace indispensable para que todos los derechos, principios y garantías propios del desarrollo de dicho contrato, sean prestados en igualdad de condiciones a todos los sujetos titulares de este tipo de relación laboral.

Un ejemplo de dichos principios en materia laboral, son los que han sido enunciados en el artículo 53 de la constitución política de Colombia tales como el principio de la igualdad de oportunidades para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de la relaciones laborales, los cuales han sido considerados como principios mínimos fundamentales que configuran el suelo axiológico de los valores materiales expresados en la Constitución y como postulados fundamentales que dan vida al libre desempeño de la actividad personal en condiciones dignas y justas.

Adicionalmente, con base en la aplicación de este tipo de principio a la figura en mención, evidentemente no solamente se estará evitando la práctica de la discriminación laboral en el contrato de trabajo, sino que además, se estará impidiendo el desarrollo de todas las figuras y manifestaciones propias del acoso laboral en el territorio o Estado colombiano. Al encontrarse la sociedad colombiana en un Estado social de derecho, ello implicara inexorablemente la exigencia de

¹¹ ACOSO LABORAL Y ACOSO SEXUAL, [En línea]. Colombia : octubre de 2006. <http://www.ciat.cgiar.org/training/pdf/061025_Acoso_Laboral-G_Arias.pdf> [Consulta: Jul: 2008].

medidas justas, equitativas e igualitarias que permitan el pleno desarrollo de la comunidad.

1.2.2 Razón de ser del principio de igualdad en el contrato de trabajo, desde la óptica de un principio de igualdad en sentido amplio. Como se ha explicado anteriormente en relación con el principio de igualdad, ella permite dar un trato desigual a ciertas personas, hechos o circunstancias, siempre y cuando, se cumplan con los requisitos o postulados exigidos para ello. Así las cosas, el principio de igualdad aplicado de dicha manera al contrato de trabajo, efectivamente conllevará a un sinnúmero de beneficios tanto para el empleador, para el trabajador, y en general, para toda la sociedad, permitiendo además, la aplicación de las leyes de una forma más justa, equitativa, equilibrada y acorde con las realidades sociales.

En relación con el empleador, evidentemente pueden presentarse grandes diferencias entre unos y otros, dado que pueden existir empleadores con empresas con alto soporte económico, muchos trabajadores, calidad del empleador como gran industrial o empresario y con fuerte ánimo de lucro, y otros empleadores con empresas de ningún o bajo soporte económico, pocos trabajadores, calidad del empleador como mediano, pequeño o simplemente microempresario y sin ánimo de lucro respecto a la actividad que se desarrolla.

Por lo tanto, una aplicación del principio de igualdad en sentido amplio en el contrato laboral fundamentado en equilibrar las cargas laborales de los empleadores por razón de su mayor o menor capacidad para sostenerlas, se hace indispensable para lograr un real y efectivo trato de dichos individuos. Cabe recordar, que dicho trato diferencial y no completamente igualitario, siempre debe obedecer a los criterios razonables y objetivos exigidos por la normatividad respectiva.

De este modo, en desarrollo del comportamiento mencionado se presentan una serie de beneficios tanto para el empleador como para el trabajador, siendo ejemplo de ellos, evitar situaciones tales como la desmotivación para la creación de empresas, la liquidación de empresas ya existentes, el retiro de un número importante de trabajadores o la utilización de figuras fraudulentas propias de un encubrimiento o simulación.¹²

Ya en relación con el trabajador, dada la existencia de factores diferenciales como la labor, categoría, preparación, horarios, responsabilidades, condiciones económicas, entre otro tipo de circunstancias propias de cada empleado, se hace indispensable la aplicación del principio en mención al contrato de trabajo, lográndose resultados de gran importancia tales como salarios equilibrados, unas buenas condiciones de trabajo y una efectiva protección laboral.

Es importante tener en cuenta, que la aplicación de dicho principio ya sea a los trabajadores o empleadores, terminara beneficiando sin ningún tipo de exclusión a la contraparte de la relación contractual. Ejemplo de ello se da, ya que al evitarse la desmotivación para la creación de empresas o asegurarse la no liquidación de las mismas, efectivamente se estará asegurando el empleo para el propio trabajador. Además, como otro ejemplo, al permitirse la existencia de condiciones justas y equilibradas para el trabajador, el empleador tendrá a su disposición una fuerza laboral más contenta, y por lo tanto, mucho más productiva.

Por otro lado, teniéndose como base la información proporcionada en la presente temática, podemos ver como efectivamente a partir de tratamientos desiguales es posible llegar a términos de igualdad. Aunque suene irónico, muchas veces la aplicación de la igualdad sin tener en cuenta las situaciones específicas de cada

¹² ALVAREZ, Carlos y otros. Evolución y tendencias de las relaciones laborales en Colombia: homenaje al doctor Guillermo López Guerra. Bogotá: Legis, 2006. p. 79 – 91.

individuo, podrá conllevar a situaciones desproporcionadas e injustas para la sociedad en general.

Finalmente, en relación con la razón de ser del principio de igualdad en el contrato de trabajo, se puede decir, que a pesar de presentarse muchas situaciones características de un contrato de trabajo abusivo, desigual e injusto, podemos ver como gracias a la aplicación de este principio desde la doble faceta que ella contiene, efectivamente se logra un completo equilibrio entre la parte fuerte de la relación contractual (empleador) y la parte débil de la misma (trabajador). Por lo tanto, dado la importancia que dicho concepto presenta en el ámbito laboral, es imprescindible su estudio, entendimiento, aplicación y exigencia en todos los casos sin excepción alguna.

Ya una vez estudiado todo lo relacionado con la conceptualización y razón de ser del principio de igualdad en el contrato de trabajo, y una vez quedado en claro aspectos básicos y fundamentales tales como la conceptualización y delimitación del principio de igualdad desde su ámbito nacional e internacional, la conceptualización, elementos esenciales, características y modalidades del contrato de trabajo y finalmente la razón de ser de la temática objeto de estudio desde los puntos de vista ya mencionados (estricto y amplio), a continuación se analizará la reglamentación que existe sobre la materia en el derecho laboral colombiano, estudiándose todas las disposiciones legales, constitucionales, jurisprudenciales y doctrinales respectivas.

2. REGLAMENTACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO

2.1 ACLARACIONES INICIALES

Con fundamento en las necesidades de la sociedad en el tiempo presente, efectivamente la presencia de un mundo globalizado, capitalista y en constante competencia, la obligación del empleador de ir acorde con dicho sistema y la falta de empleo o de oportunidades de los ciudadanos colombianos, han sido factores que no solamente han llevado a la creación de contratos de trabajo completamente violatorios de los derechos fundamentales de los trabajadores, sino que además, han motivado la aparición de figuras fraudulentas que tienen por único fin la simulación de verdaderos contratos laborales. Todo ello, se encuentra representado en un constante choque de intereses, entre la debida ampliación de la flexibilidad laboral para privilegiar la economía del Estado y la protección de la masa obrera en todas sus áreas o dimensiones.

Así las cosas, el contrato de trabajo ha sido objeto de constantes abusos por parte del empleador en diferentes etapas de la relación laboral, materializándose dicho comportamiento en el desarrollo de figuras tales como el acoso laboral, la discriminación en sus diferentes modalidades y la ejecución de diversas decisiones no razonablemente justificadas y completamente discrecionales. Vale aclarar como se dijo anteriormente, que a pesar que el acoso laboral presenta como sujeto pasivo al trabajador, el sujeto activo puede ser el empleador, un superior jerárquico, un compañero de trabajo o finalmente un subalterno.

Ya en relación con la aplicación de otro tipo de figuras fraudulentas que realmente terminan siendo un contrato de trabajo como tal, al encontrarse el trabajador

presuntamente por fuera de los beneficios del contrato de trabajo y de la reglamentación protectora de la figura en dicho caso, el empleador omite el cumplimiento de importantes derechos tales como el pago del salario mínimo legal mensual vigente, el pago al sistema de seguridad social integral en salud, pensiones y riesgos profesionales, el pago de las prestaciones sociales, y en general, el cumplimiento de las obligaciones propias de la relación laboral.

De esta manera, teniéndose como base los tres factores mencionados inicialmente, es decir, el contrato de trabajo propiamente dicho, las figuras propias de una simulación o fraude y los abusos que conllevan unas u otras figuras, indudablemente se puede deducir la gravedad que contienen las mismas en el derecho laboral colombiano y su plena relación con la violación al principio general de igualdad en el contrato de trabajo.

Por lo tanto, una vez quedado en claro que la ocurrencia de dichas situaciones configuran los posibles casos de violación al principio de igualdad en el contrato de trabajo, cabe manifestar que el principal mecanismo de solución para la problemática en mención, se fundamenta en el conocimiento y aplicación de la reglamentación del principio de igualdad en el contrato laboral (tema que es tratado en el presente capítulo).

Por ello, con fundamento en todo lo mencionado anteriormente, para el debido análisis de la reglamentación susodicha, se hace necesario estudiar el contrato de trabajo como tal, la reglamentación de otro tipo de figuras que por su condición realmente terminan siendo contratos de trabajo, y por último, el reglamento interno del trabajo (parte integrante del contrato laboral), debiéndose identificar dentro de cada una de ellas, los casos en que se presenta una violación al principio de igualdad, las normas y disposiciones legales existentes para la defensa del susodicho principio desde sus dos ámbitos de interpretación (estricto y amplio) y los procedimientos que deberán llevarse a cabo para su debida aplicación.

Solamente haciéndose un estudio profundo de dicha reglamentación, podremos exigir un contrato de trabajo en condiciones de igualdad.

2.2 REGLAMENTACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO COMO TAL

Sobre el contrato de trabajo propiamente dicho, se ha presentado en nuestra legislación nacional una serie de artículos, pautas o disposiciones legales, a través de los cuales no solamente se desarrolla el principio de igualdad tanto desde su perspectiva amplia o estricta, sino además, desde el ámbito de violación o inaplicabilidad de la figura. Por lo tanto, para el análisis de dicha materia, se debe tener en cuenta la conceptualización del contrato de trabajo, las disposiciones legales relacionadas con el principio de igualdad en su sentido estricto, las normas o excepciones en las que se regula el principio de igualdad en su sentido amplio, lo que se ha dicho en materia de violación de dicho concepto, y finalmente, lo manifestado en la constitución y tratados internacionales ratificados en Colombia.

Cabe aclarar, que algunos temas del presente título ya han sido estudiados de manera detallada, clara y profunda, razón por la cual, se hará referencia a ellos mas no serán objeto de profundización.

2.2.1 Contrato de trabajo. Como se manifestó anteriormente, el contrato de trabajo, es aquel a través del cual una persona natural se obliga a prestar un servicio a otra persona natural o jurídica, bajo la prestación personal del servicio por parte del primero, la subordinación y dependencia del segundo y mediante remuneración o pago de salario determinado. Así, sobre dicho concepto, será importante tener en cuenta los elementos esenciales del contrato, sus características y las formas o modalidades contractuales anteriormente

mencionadas, para el entendimiento y delimitación de la figura en el campo laboral.

Dado que dicho concepto ya fue estudiado en el primer capítulo, se procederá a estudiar la reglamentación existente del principio de igualdad en dicha materia.

2.2.2 Principio de igualdad de los trabajadores. El principio de igualdad de los trabajadores consagrado en el artículo 10 del código sustantivo del trabajo, hace parte de los principios generales del derecho laboral. Así, ella es definida en el código, de la siguiente manera: “Igualdad de los trabajadores. Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen las mismas protección y garantías, y en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, salvo las excepciones establecidas por la Ley”¹³.

Así, dicho principio es un desarrollo específico del principio general de la igualdad consagrado en el artículo 13 de la constitución política de Colombia, ya que contiene todos los elementos que han sido consagrados en dicha disposición constitucional en relación con el principio de igualdad, siendo ellos, el derecho que tiene toda persona de nacer libre e igual ante la ley, la obligación del Estado de brindar igual protección y garantías sin excepción, el no trato discriminatorio por diferentes razones o circunstancias y la posibilidad de un trato desigual con la debida justificación de la decisión en forma objetiva y razonable. Este último elemento constitucional puede ser confirmado, cuando el artículo hace referencia a las excepciones establecidas por ley.

¹³ CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Op. Cit., Art. 10.

Además, dicho principio es un desarrollo específico del artículo 53 de la constitución política (artículo que impone independientemente de los regímenes especiales el respeto de los principios mínimos fundamentales del trabajador), ya que a pesar de la existencia de dos regímenes diferentes (trabajadores públicos y privados), dispone un trato igualitario para los dos al menos en relación con los principios mínimos fundamentales, permitiendo así solo por excepción, tratos diferenciales debidamente justificados y detalladamente analizados por vía judicial. Dicho pensamiento puede ser constatado a través de un pronunciamiento de la corte constitucional del año 1997, por medio del cual se manifestó lo siguiente:

En síntesis, la interpretación que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha realizado en relación al principio de igualdad de los trabajadores en la aplicación y configuración de la ley, parte de la base de que si bien la existencia de dos regímenes jurídicos es una opción constitucional válida para el Legislador, aquella no significa que la naturaleza jurídica del empleador justifique en sí misma la diferencia de trato entre los trabajadores de los dos regímenes jurídicos. Sin embargo, lo anterior no significa un mandato de parificación y de igualitarismo, pues en determinados casos esa diferencia de patrono puede constituir una justificación relevante para un trato diferente, pero en tales casos el examen constitucional de igualdad por el juez constitucional tiene que ser más riguroso.¹⁴

Por otro lado, dicho principio sirve de base para el desarrollo de otro tipo de disposiciones legales que se encuentran íntimamente relacionadas con el principio de igualdad general, siendo ejemplo de ellas, el principio a trabajo igual salario igual y el concepto de proporción e igualdad de condiciones. Todas ellas serán tratadas y estudiadas, durante el presente capítulo.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-598 de 1997. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: El Autor, 1997.

Así las cosas, se puede ver, como el principio de igualdad de los trabajadores cumple una doble funcionalidad en relación con la reglamentación del principio de igualdad en el contrato de trabajo, ya que por un lado es desarrollo directo del principio general de la igualdad consagrado en la constitución política de Colombia, y por el otro, es pilar fundamental para el desarrollo de disposiciones legales que tienen que ver con el principio susodicho.

2.2.3 El principio “a trabajo igual salario igual”. Otro de los principios que se encuentran íntimamente relacionados con la reglamentación del principio de igualdad en el contrato de trabajo, es el llamado “a trabajo igual salario igual”. Así, dicho concepto se encuentra consagrado en el artículo 143 del código sustantivo del trabajo, de la siguiente manera: “A trabajo igual, salario igual. 1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127. 2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales”¹⁵.

Así, con fundamento en dicho principio, si dos personas llegaren a tener idéntica labor, categoría, horario, preparación y responsabilidades, deberán ser remunerados en la misma forma y cuantía respectiva. Ello, es un fiel ejemplo de la aplicación del principio de igualdad en sentido estricto, permitiendo un igual trato a condiciones similares.

Por el contrario, si dos personas llegaren a prestar un servicio no cumpliéndose de manera idéntica con los factores anteriormente mencionados, o se llegare a presentar un trato diferencial razonablemente justificado, ello implicara una

¹⁵ CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Op. Cit., Art. 143.

remuneración o salario completamente diferente. (Aplicación del principio de igualdad en sentido amplio).

No obstante, vale aclarar, que el simple hecho de hacer o de dejar de hacer algo, ajeno a la labor misma, que conlleve ya sea al agrado o disgusto del patrón, no es un hecho relevante para imponer un tratamiento distinto, y por lo tanto, no será una situación que pueda conllevar a una diferente remuneración.

Por lo tanto, todos los hechos, actitudes y situaciones irrelevantes que puedan surgir por parte del trabajador, no deberán ser tomados en cuenta para el incremento o disminución del salario.

Así las cosas, todo lo relacionado en materia del salario y su imposición, deberá tener un tratamiento completamente objetivo e imparcial por parte del empleador, no obedeciéndose a los meros caprichos, subjetividades o apreciaciones personales.

Todo este pensamiento puede ser constatado en uno de los pronunciamientos de la corte constitucional sobre el tema, la cual expreso varios puntos fundamentales de la siguiente manera:

En efecto, en esa materia, no puede darse un trato discriminatorio entre trabajadores, que cumpliendo una misma labor bajo las mismas condiciones, deben ser objeto de una remuneración similar. Sólo podría prodigarse un trato diferente, cuando como consecuencia de la aplicación de criterios razonables y objetivos, se justifique un trato diferente. No es posible dejar en manos de los patronos, sean estos públicos o privados, la posibilidad de desarrollar criterios subjetivos, caprichosos o amañados que lleven

a un trato, aquí sí, discriminatorio entre trabajadores que cumplen una misma labor.¹⁶

Ya a manera de crítica, se puede decir, que a pesar de existir factores que evidentemente pueden ser susceptibles de comprobación en la norma en mención, existen aspectos que son de difícil delimitación, comprobación y valoración. Así, se puede ver, como los factores de puesto y jornada iguales, (primeros elementos esenciales para determinar la imposición de un salario equitativo), son conceptos de fácil identificación durante el desarrollo de una relación laboral, y por lo tanto, de fácil demostración en materia probatoria. Por el contrario, el factor denominado **condiciones de eficiencia iguales**, es un factor que depende de criterios meramente subjetivos y de difícil identificación tales como el rendimiento, productividad, preparación, antigüedad, entre otros similares, razón por la cual, son de difícil comprobación y exigencia.

Por lo tanto, al existir 3 factores fundamentales para la determinación de los salarios equitativos o diferenciales, y al presentarse dentro de dichos criterios uno de difícil determinación objetiva, muchos trabajadores no podrán exigir lo que realmente les corresponde en materia salarial y muchos empleadores podrán excusarse de la inaplicabilidad de dicho principio legal.

Fuera de ello, vale la pena mencionar, que la norma no solamente tiene aplicación para la determinación de los salarios, sino que además, debe ser aplicada para los incrementos salariales. Por lo tanto, todas las personas que desarrollen una labor en idénticas condiciones y que se hagan merecedores de un incremento, deberán tener exactamente el mismo trato.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-394 de 1998. MP: Dr. Fabio Morón Díaz. Bogotá: El Autor, 1998.

Finalmente, en relación con el procedimiento que deberá ser aplicado para la exigencia del principio consagrado en el artículo 143 del código laboral, el trabajador deberá ser el encargado de demostrar la existencia de los 3 factores anteriormente mencionados, es decir, el puesto, jornada y condiciones de eficiencia respectivas, para finalmente poderse exigir ya sea una nivelación salarial o la imposición de un salario diferencial. La carga de la prueba, recae sobre la persona que busca cambiar la situación jurídica en que se encuentra, por otra que le favorece.

2.2.4 Otras disposiciones legales. A pesar que los artículos 10 y 143 del código sustantivo del trabajo son las normas mas estudiadas en relación con el principio general de la igualdad consagrado en la constitución nacional, existen otras disposiciones y reglamentaciones que se encuentran íntimamente relacionadas con la aplicación del principio en mención, y que por lo tanto, son indispensables para la defensa de la igualdad en el contrato laboral. Así las cosas, a continuación se estudiara algunas de estas disposiciones, con el fin de complementar de manera profunda y detallada la temática objeto de estudio.

2.2.4.1 No discriminación de la mujer en materia de empleo. De manera afortunada, en el derecho laboral colombiano se han creado una serie de disposiciones legales que permiten la defensa de la mujer en el campo laboral y social, no permitiéndose ningún tipo de discriminación hacia este tipo de personas por razón de su propio género. Así las cosas, el decreto reglamentario 1398/90, con el objeto de eliminar todo tipo de trato diferencial hacia la mujer en el territorio nacional, manifestó en su artículo 9 lo siguiente:

ARTICULO 9o. NO DISCRIMINACION EN MATERIA DE EMPLEO. No habrá discriminación de la mujer en materia de empleo. En consecuencia se dará igual tratamiento que al hombre en todos los aspectos relacionados con el trabajo, el empleo y la seguridad social, especialmente en lo relacionado con:

- a) Igualdad de oportunidades para el acceso a todo tipo de empleo;
- b) Igualdad de derechos y obligaciones frente a toda clase de ocupación;
- c) Iguales criterios para la convocatoria, selección e incorporación al mercado de trabajo;
- d) Libre elección de profesión, ocupación y tipos de adiestramiento;
- e) Igualdad en la remuneración, prestaciones y evaluación en el desempeño;
- f) Igualdad en la seguridad social, en las condiciones de trabajo y demás sistemas de protección existentes;
- g) Igualdad en el matrimonio, relaciones familiares, el estado civil, los servicios sociales relacionados con la responsabilidad en la crianza y educación de los hijos;
- h) Igualdad en la protección durante el embarazo, parto y período posterior al parto.

PARAGRAFO. Las convocatorias públicas o privadas a ocupar puestos de trabajo incluirán obligatoriamente la igualdad de oportunidades que hombres y mujeres tienen. Las autoridades del trabajo serán las encargadas de vigilar el cumplimiento de esta disposición social, y de aplicar las sanciones correspondientes, conforme a la Ley 11 de 1984.¹⁷

¹⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 1398 de 1990. Bogota: El Autor, 1990. Art. 9.

A partir de ello, con base en dicha norma, se impone la obligación de brindar un trato equitativo a las mujeres en materia laboral, debiendo tener iguales oportunidades que los hombres en todos los aspectos y circunstancias. Por lo tanto, las mujeres deberán acceder al contrato de trabajo en igualdad de oportunidades y condiciones, serán titulares de los mismos derechos y obligaciones contractuales, y finalmente, tendrán derecho a la misma remuneración, seguridad social y prestaciones sociales.

Sin embargo, cabe mencionar que de manera excepcional se podrá dar un trato distinto en dicha materia, cuando las razones de dicho trato diferencial obedezcan a una conexión objetiva entre el sexo y el cumplimiento del trabajo, y no por el contrario, a meros caprichos o apreciaciones subjetivas por parte del empleador como tal. Ejemplo de ello se da, con la imposibilidad que tienen las mujeres de trabajar en labores peligrosas, insalubres, o que requieran grandes esfuerzos tales como el trabajo de las minas, teniendo el empleador toda la sustentación respectiva para la no contratación de la persona susodicha.

Finalmente, respecto al literal h de la norma (Igualdad en la protección durante el embarazo, parto y período posterior al parto), vale decir, que no se puede pretender la igualdad entre el hombre y la mujer en dicho caso en específico, por la simple razón que ello es una condición femenina más no masculina. Aparentemente, dado el error normativo, deberá entenderse que dicho literal tuvo como intención principal u objetivo, la igualdad de todas las mujeres durante los mencionados periodos.

2.2.4.2 La no discriminación a personas infectadas por el VIH. Otra de las disposiciones legales a través de las cuales se permite una defensa eficaz del principio de igualdad en materia contractual, es la que conlleva a la protección de personas infectadas por VIH o sida en el territorio nacional. Así, dicha protección

se encuentra consagrada en el artículo 39 del decreto reglamentario 1543/97, expresándose en ella lo siguiente: “ART. 39. La no discriminación. A las personas infectadas por el virus de inmunodeficiencia humana, VIH, a sus hijos y demás familiares, no podrá negárseles por tal causa su ingreso o permanencia a los centros educativos, públicos o privados, asistenciales o de rehabilitación, ni el acceso a cualquier actividad laboral o su permanencia en la misma, ni serán discriminados por ningún motivo”¹⁸.

Desafortunadamente, en el territorio nacional, muchas personas que son portadoras del virus del VIH son objeto de discriminación laboral, al no permitirles ingresar a una empresa con fundamento en un test prelaboral con resultado VIH positivo, proporcionarles un trato discriminatorio por parte del empleador y de los demás trabajadores en razón de su condición, o ser despedidos al haber mencionado su situación real.

A partir de ello, el mencionado artículo conlleva a una protección en condiciones de igualdad respecto de los trabajadores con sida, sus hijos y demás familiares, permitiendo no solamente que dichas personas puedan acceder a un trabajo y permanecer en el sin ser objeto de discriminación, sino además, evitando los presuntos despidos por reestructuración u otro tipo de modalidades que tengan por real motivo la presencia de la enfermedad.

Fuera de ello, dicho artículo efectivamente sirve de base para el desarrollo y protección de otro tipo de disposiciones legales que se encuentran íntimamente relacionadas con la temática en mención, siendo ejemplo de ellas, la no obligación de presentar exámenes del VIH al empleador y la no exigencia de manifestar la condición de portador.

¹⁸ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 1543 de 1997. Bogotá: El Autor, 1997. Art. 39.

De esta manera, se puede ver, como la norma protege a todas las personas que se encuentran bajo este tipo de condición, no solamente lográndose una verdadera equidad entre todos los trabajadores sin importar su situación personal, sino además, humanizándose el contrato de trabajo y el derecho laboral en general.

2.2.4.3 Proporción e igualdad de condiciones. La última disposición legal que será objeto de estudio en dicha materia, es la consagrada en el artículo 74 del código sustantivo del trabajo. Así, en ella se expresa lo siguiente:

ART. 74.—Proporción e igualdad de condiciones. 1. Todo patrono que tenga a su servicio más de diez (10) trabajadores debe ocupar colombianos en proporción no inferior al noventa por ciento (90%) del personal de trabajadores ordinarios y no menos del ochenta por ciento (80%) del personal calificado o de especialistas o de dirección o confianza.

2. Los trabajadores nacionales que desempeñan iguales funciones que los extranjeros, en una misma empresa o establecimiento, tienen derecho a exigir remuneración y condiciones iguales.¹⁹

En relación con dicho artículo, se puede ver un doble desarrollo del principio de la igualdad consagrado en la Constitución Política de Colombia en su artículo 13 y en el código sustantivo del trabajo en su artículo 10, ya que conlleva a la aplicación de dicho principio fundamental tanto desde su sentido estricto como desde su sentido amplio.

¹⁹ CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Op. Cit., Art. 74.

Así las cosas, el primer inciso del artículo 74 conlleva a la aplicación del principio de igualdad desde su sentido amplio, con fundamento en el trato diferenciador que proporciona en relación con los trabajadores nacionales y extranjeros, vinculando a su vez, una justificación completamente objetiva y razonable fundamentada en la protección del trabajo nacional.

Ya el inciso 2 del artículo 74 conlleva a la aplicación del principio de igualdad desde su sentido estricto, al exigir un trato completamente igualitario entre los trabajadores nacionales y extranjeros que cumplan con exactitud las mismas funciones.

Por lo tanto, el artículo 74 del código sustantivo del trabajo, es un claro ejemplo de la debida aplicación del principio de igualdad desde las 2 facetas que la misma contempla a nivel nacional, constatándose como tratos iguales y tratos diferenciales pueden ser completamente legítimos, justificados y acordes con la realidad social.

Finalmente, para terminar con el análisis del presente acápite, es importante tener en cuenta que no solamente existen en el contrato de trabajo las disposiciones anteriormente mencionadas, sino que por el contrario, hay una gran diversidad de reglamentaciones como el artículo 86 inc. 3. y otros de carácter similar, que permiten la defensa del principio de igualdad en materia contractual. Por lo tanto, es menester del abogado, analizar cuando realmente se esta en presencia de una presunta violación al principio como tal, para así luego determinar que norma será aplicable al caso en concreto.

2.2.5 Excepciones al principio de igualdad. Según la doctrina, el principio de igualdad contempla una serie de excepciones en concordancia con diversos factores o circunstancias, en materia del derecho laboral colombiano, y en

específico, en relación con el contrato de trabajo. Sin embargo, vale aclarar que ellas no son realmente excepciones al susodicho principio, sino que en cambio, son aplicaciones del principio de igualdad en un sentido amplio más no formal, y por lo tanto, son conceptos constitucionalmente legítimos y validos en el propio mundo del derecho. Ya hecha la anterior aclaración, ejemplo de dichas excepciones o situaciones, son las siguientes:

2.2.5.1 Por la nacionalidad de los trabajadores. A pesar que el artículo 74 del código sustantivo del trabajo conlleva a una aplicación del principio de igualdad en sentido estricto, cabe anotar como se dijo anteriormente, que dicha disposición legal en su inciso 1 también conlleva a un trato diferenciador, a una excepción legal, o mejor dicho, a una aplicación del principio de igualdad en un sentido amplio o general. Así, refiriéndose detalladamente al inciso 1 del artículo en mención, es importante tener en cuenta diversos aspectos fundamentales para la debida comprensión de la figura como tal.

Primero que todo, se puede ver como efectivamente en dicha disposición se presenta un trato diferenciador entre los trabajadores nacionales y extranjeros, ya que mientras los primeros no presentan ningún tipo de limitación para prestar sus servicios a un patrón que ocupe mas de 10 trabajadores, los segundos se encuentran completamente limitados solamente pudiendo ocupar el 10% de los cargos destinados a los trabajadores ordinarios y el 20% de los cargos destinados a los trabajadores de dirección, de confianza, calificados o especializados.

Ya como segundo, es importante tener en cuenta que dicho trato distintivo se encuentra fundamentado constitucionalmente en Colombia, dado que el artículo 100 de la carta no solamente establece ciertas pautas para el tratamiento de los extranjeros en el territorio nacional, sino que además, faculta al legislador para que establezca ciertas limitaciones a las personas que ostenten dicha calidad.

Finalmente, tomándose como base los presupuestos y requisitos exigidos por ley para la validez de todo trato preferencial, sin lugar a duda el inciso 1 del artículo 74 del código sustantivo del trabajo goza de completa legitimidad en el derecho laboral, al estar razonablemente justificado el comportamiento no igualitario en la finalidad de protección del trabajo nacional.

Por lo tanto, con fundamento en todo lo anteriormente mencionado, vemos como indudablemente en el contrato de trabajo se pueden presentar tratamientos diferenciados por razón de la nacionalidad, estando dicho comportamiento completamente apoyado en la propia defensa de los colombianos.

2.2.5.2 Por la edad. Aunque la reglamentación sobre la edad de los trabajadores ha sido objeto de diversos cambios y modificaciones en el derecho laboral colombiano, en general, ella ha implicado un trato diferencial hacia los menores de 18 años en relación con la jornada máxima laboral y tipo de trabajo. Ejemplo de ello se da, en el artículo 117 de la Ley 1098 de 2006 publicada en el Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre del mismo año, donde se prohíbe a los menores de 18 años la realización de trabajos peligrosos y nocivos. Así mismo, en el artículo 242 del código sustantivo del trabajo, se prohíbe la realización de ciertas labores para los menores de edad tales como la ejecución de actividades peligrosas, insalubres o que requieran gran esfuerzo físico.

Así las cosas, dicho trato preferencial evidentemente puede verse como un comportamiento completamente justificado y legítimo, por razón del estado de indefensión de los menores de edad respecto de los demás trabajadores en el ámbito real y jurídico.

2.2.5.3 Por la naturaleza jurídica del empleador, ya sea este público o privado. Teniéndose en cuenta lo mencionado anteriormente en relación con las implicaciones del artículo 10 del código sustantivo del trabajo, los regímenes pertenecientes al sector público y privado y encargados de regular todo lo atinente a los trabajadores de uno y otro lado, deberán generar un trato igualitario a todos los empleados por lo menos en concordancia con los principios mínimos fundamentales del trabajo consagrados en el artículo 53 de la constitución nacional.

Sin embargo, ello no implica la imposibilidad de generar un trato diferencial entre los trabajadores del sector público y privado, en ciertos aspectos característicos, concretos, especiales y propios del sector respectivo. Esto último es posible, siempre y cuando, se cumplan con los presupuestos y requisitos exigidos por la ley sobre la materia en mención.

De todo ello se deduce, que los regímenes especiales del derecho laboral colombiano tienen la capacidad de imponer tratamientos particulares o especiales a sus vinculados, no obstante, se respeten los derechos mínimos fundamentales del trabajador y se justifique debidamente el trato diferenciado.

2.2.5.4 Por el género. Como se ha manifestado en capítulos anteriores, la mujer en la legislación actual deberá ser tratada en igualdad de condiciones que al hombre, durante el inicio, desarrollo y culminación de la relación laboral. Por lo tanto, deberá acceder en igualdad de condiciones y oportunidades al empleo, tendrá los mismos derechos y obligaciones, y finalmente, se le deberá reconocer el mismo salario, seguridad social y prestaciones.

Sin embargo, por su condición especial, en muchas situaciones se permite que la mujer tenga un trato preferencial respecto de las demás personas, presentándose

evidentemente un trato excepcional y una aplicación del principio de igualdad desde su ámbito mas general. Así, como ejemplo de dichos tratos diferenciales hacia el genero femenino, se encuentra la prohibición de ciertas jornadas laborales en relación con ciertas actividades (Decreto reglamentario 995 de 1.968, que en su artículo 11 subsana las incongruencias del Decreto 13/67 en relación con dicha materia), la prohibición general de trabajar en labores peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos (art. 242 del código sustantivo del trabajo) y la Protección especial a la maternidad (Título VIII, Capítulo V, artículos 236, 237, 238, 239, 240, 241, 243 y 244 del Código laboral). Todas ellas, con el fin de proteger a la mujer o de brindarle mas derechos y beneficios.

Así las cosas, este tipo de reglamentaciones están razonablemente justificadas en razón de la condición particular de estas personas, y serán aplicables, cuando las razones de dicho trato diferencial obedezcan a una conexión objetiva entre el sexo y el cumplimiento del trabajo.

Todo lo que anteriormente se ha mencionado sobre dicha materia o acápite, podrá ser constatado en parte por la siguiente expresión doctrinal:

Sin embargo el principio de la igualdad contempla varias excepciones:

a. Por la nacionalidad de los trabajadores el artículo 74 del Código de trabajo establece porcentajes de ocupación, prevaleciendo el trabajador nacional. En empresas con más de 10 trabajadores, el 90%, como mínimo de trabajadores ordinarios debe ser colombiano y el 80%, como mínimo, del personal calificado o de dirección debe ser colombiano.

b. Por la edad se establece que para los menores entre 12 y 14 años la jornada máxima de trabajo es de 4 horas diarias, en labores ligeras. Los menores entre 14 y 16 años solo podrán laborar una jornada máxima de 6 horas.

c. Por la naturaleza jurídica del empleador, ya sea este público o privado. Esto significa que los derechos y deberes de los trabajadores del sector público y privado no coinciden aunque la tendencia es a unificar el derecho laboral individual de los trabajadores de éstos dos sectores. Podemos encontrar situaciones particulares diferentes donde los empleados públicos, en general, trabajan 40 horas a la semana y los trabajadores privados laboran 48 horas a la semana como jornada máxima legal.²⁰

Finalmente, en relación con las excepciones al principio de igualdad en el contrato de trabajo, se puede decir, que a pesar de ser consideradas como excepciones por ciertos expertos o doctrinantes en el tema, realmente son aplicaciones del principio de igualdad en su sentido amplio más no formal. Sin embargo, ellas deberán estar justificadas razonablemente y estar fundamentadas en motivos tales como el interés colectivo, la justicia social o la propia equidad, para su validez y legitimidad constitucional en el territorio colombiano.

2.2.6 Reglamentación sobre la violación al principio de igualdad en el contrato de trabajo. Como se ha explicado en diversas oportunidades, si un trato desigual llegare a estar razonablemente justificado, y por lo tanto, cumple con las disposiciones y requisitos exigidos por la ley tales como la diferenciación de los supuestos de hecho, la finalidad, la razonabilidad, la racionalidad y la proporcionalidad (elementos que han sido estudiados de una manera detallada, clara y profunda en el capítulo 1 del documento), dicho trato será considerado legítimo, válido y no violatorio del principio de igualdad en ninguno de sus 2 aspectos o facetas.

²⁰ PRINCIPIOS GENERALES que orientan el derecho laboral, [En línea]. Colombia : 17 de agosto de 2005. <http://74.125.45.104/search?q=cache:RYWazuSIReYJ:aprendeenlinea.udea.edu.co/lms/moodle/file.php/233/Documentos/Principios_generales_que_orientan_el_derecho_laboral.pdf+principios+generales+que+orientan+el+derecho+laboral&hl=es&ct=clnk&cd=2&gl=co> [Consulta: Sep: 2008].

Sin embargo, la jurisprudencia, la doctrina y diversas disposiciones que han sido desarrolladas en torno a dicha temática, también han expresado la posibilidad de existencia de tratos diferenciales que efectivamente atentan contra el principio de igualdad de manera concisa y directa, y por lo tanto, se han pronunciado sobre la materia en mención identificando en ella 3 elementos a saber:

El primero de ellos, es el trato diferencial como tal, el cual requerirá del autor de manera coercible y obligatoria, una justificación de la decisión en forma objetiva y razonable. Ello último no sucede con los tratos no diferenciales.

El segundo elemento, es la justificación por el trato diferencial respectivo, encontrándose caracterizado por ser una mera apreciación subjetiva, fin irracional, comportamiento arbitrario, o en general, situación carente de cualquier tipo de sustento.

Finalmente, el tercer elemento, es la consecuencia de dicho trato diferencial, es decir, la configuración de dicho comportamiento como una figura constitucionalmente inválida, ilegítima y completamente discriminatoria.

Así las cosas, puede concluirse, que si un trato desigual no llegare a estar razonablemente justificado, fundamentado por el contrario en meras apreciaciones subjetivas, fines irracionales, comportamientos arbitrarios o situaciones carentes de cualquier tipo de sustento, dicho trato será considerado como ilegítimo, inválido y atentara evidentemente contra el principio de igualdad en el Estado colombiano.

En relación a dicha temática, la corte constitucional ha expresado lo siguiente:

De tal mandato se deduce que la regla general es la igualdad entre las personas o grupos de personas y que sólo por excepción puede dárseles un trato desigual, por lo cual cuando la ley o la

autoridad política les dispensan un trato igual no tienen carga alguna de argumentación y, por el contrario, cuando les otorgan un trato desigual deben justificar su decisión en forma objetiva y razonable; de no existir tal justificación, el trato desigual será constitucionalmente ilegítimo o inválido y configurará una discriminación.²¹

De esta manera, ejemplo de tratos diferenciales en los que evidentemente se viola el principio de igualdad en el contrato de trabajo, son el maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad y desprotección laboral (expresiones propias del denominado acoso laboral).

Por el contrario, ejemplo de situaciones en las que no se presenta violación al principio de igualdad en el contrato laboral, son la protección especial a la mujer, a los menores, a los discapacitados, y en general, a todas las personas que se encuentren en situación de indefensión o desprotección.

2.2.7 A nivel constitucional y en materia de los tratados internacionales ratificados por Colombia. A nivel constitucional, existen una serie de disposiciones o reglamentaciones que se encuentran íntimamente relacionadas con el principio de igualdad en el contrato de trabajo, tales como el artículo 13 (principio general de la igualdad), el artículo 25 (el cual señala la protección especial del trabajo en condiciones dignas y justas), el artículo 53 (disposición que exige el respeto de los principios mínimos fundamentales del trabajador sin importar su naturaleza, régimen o carácter), otra serie de normatividades como el preámbulo y los artículos 5, 19, 42, 43, 67, 68 y 69 de la carta, entre otro tipo de articulados similares o representativos.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-204 de 2005. MP: Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá: El Autor, 2005.

Ya en relación con los tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado colombiano, se presentan una serie de disposiciones o normatividades que se encuentran íntimamente relacionadas con dicho concepto, siendo ejemplo de ellas, la Declaración Universal de Derechos Humanos en sus artículo 2 y 7, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) en sus artículos 3 y 26, La Convención Americana sobre derechos humanos (Ley 16 de 1972) en sus artículos 1 y 24 y el Convenio Internacional del Trabajo número 111 aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 (el cual fue ratificado en el año 1969) en sus artículos 1 y 2.

Vale decir, que como dichos artículos y disposiciones legales ya fueron estudiados de manera detallada, clara y precisa en el capítulo 1 del presente trabajo, no serán objeto de análisis en esta materia. Sin embargo, vale resaltar la gran importancia que los mismos tienen en el contrato laboral, por ser considerados como normas superiores en el mundo del derecho.

2.3 REGLAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN OTRO TIPO DE FIGURAS QUE POR SU CONDICION TERMINAN SIENDO REALMENTE CONTRATOS DE TRABAJO

Como se ha visto, a través del contrato laboral, muchos trabajadores han sido víctimas de un trato injusto, desigual y desproporcionado por parte de los empleadores y en relación con los compañeros de trabajo, por factores tales como la necesidad de empleo y la existencia de un mundo eminentemente globalizado. Sin embargo, ella no es la única situación a través de la cual se genera este tipo de atropellos, ya que muchos empleadores han acudido a otro tipo de figuras que finalmente terminan siendo contratos de trabajo, con el fin de abusar de sus empleados y evitar el pago de ciertas obligaciones laborales.

Así las cosas, es importante tener en cuenta este tipo de figuras camufladas o simuladas, estar conscientes de las constantes violaciones que se presentan en este tipo de contratos y analizar los mecanismos o disposiciones por medio de los cuales podemos solucionarlos, para así, poder hacer una defensa efectiva del principio de igualdad en este tipo de ámbito, y por lo tanto, garantizar todas las protecciones y beneficios que ofrece el contrato de trabajo. Existen ciertas reglamentaciones que han sido creadas para garantizar la igualdad de los trabajadores sin importar la figura o modalidad abarcada, disposiciones que deberán ser conocidas, exigidas y garantizadas, sin excepción alguna por el Estado colombiano.

2.3.1 El contrato de prestación de servicios. A pesar que el contrato de prestación de servicios no ha sido definido de manera concreta ni en el código civil ni en el código de comercio, dicho contrato en el ámbito específico del sector público si ha sido debidamente conceptualizado. Así, el contrato de prestación de servicios en el sector público, ha sido definido de la siguiente manera: “El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados”²².

En relación con su regulación, dicho contrato se encuentra regulado por las disposiciones civiles o comerciales, siempre y cuando, haya sido suscrito por personas de derecho privado, bien sea naturales o jurídicas. Ya será regulado por el estatuto contractual, siempre y cuando, el contratante haya sido una de las entidades estatales de que trata el numeral 1° del artículo 2° de la Ley 80 de 1993.

²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1997. MP: Dr. Hernando Herrera Vergara. Bogotá: El Autor, 1997.

Así las cosas, el contrato de prestación de servicios en la legislación colombiana, ha sido una figura que abarca a su vez una gran variedad de contratos en las diferentes áreas anteriormente mencionadas, siendo un concepto de gran aplicabilidad y tratamiento en el mundo del derecho.

De otro lado, según lo manifestado por la doctrina y la jurisprudencia, dicho contrato presenta una serie de características fundamentales en materia contractual y en específico en el sector público, siendo ejemplo de ellas, la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, la forma de remuneración por honorarios, la no presencia de relación laboral ni prestaciones sociales y la vigencia temporal del contrato.

Por lo tanto, es evidente la diferencia que existe entre el contrato de prestación de servicios y los contratos de trabajo, ya que mientras los segundos tienen como elementos esenciales la prestación personal del servicio, la subordinación o dependencia y la remuneración o salarios, los primeros carecen del elemento de subordinación o dependencia hacia el empleado.

Ello último puede ser constatado, en el siguiente comentario doctrinal:

Para que exista un contrato o relación laboral, se deben cumplir tres presupuestos: subordinación, remuneración (Salario) y prestación personal de la labor, y mientras estos presupuestos se den, la vinculación debe ser necesariamente mediante contrato laboral.

Un contrato de servicios no supone las mismas condiciones ni requisitos de un contrato laboral, puesto que en el caso de un contrato de servicios, la obligación es de hacer algo, mas no de

cumplir un horario ni de tener una subordinación permanente, aunque en los dos casos, obviamente hay remuneración.²³

Así las cosas, a pesar que el contrato de prestación de servicios ya mencionado y explicado es una figura que en principio puede generar un gran número de beneficios a las partes involucradas, desafortunadamente en el Estado colombiano, ha sido objeto de fraude o simulación hacia los empleados.

Ello se da, ya que los empleadores a través de la aplicación de este concepto sobre verdaderos contratos de trabajo, logran evitar una serie de obligaciones y responsabilidades en materia laboral, siendo ejemplo de ellas, el pago de las cargas prestacionales, parafiscales y de seguridad social. Así, dichas obligaciones representan aproximadamente un 50% del valor del salario, siendo costos adicionales al salario mismo.

Inclusive, como el contrato de prestación de servicios no está sometido al salario mínimo, muchos empleadores utilizan dicha figura para el pago de un salario inferior a dicha cantidad.

De esta manera, con fundamento en el contrato de prestación de servicios simulado, la empresa queda libre de obligaciones laborales, cargas de todo tipo y de diversas responsabilidades durante el desarrollo del trabajo, estando solamente obligada al pago del valor acordado, y por lo tanto, abusándose del trabajador de manera excesiva e inconsciente en todos los casos.

Sin embargo, con base en el principio de igualdad general consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, el principio de igualdad

²³ GERENCIE.COM, Contrato de servicios, [En línea]. Colombia : 27 de agosto de 2008. <<http://www.gerencie.com/contrato-de-servicios.html>> [Consulta: Sep: 2008].

especifico consagrado en el artículo 10 del código sustantivo del trabajo y el principio de la primacía de la realidad consagrado en el artículo 53 de la carta y en el artículo 23 inc. 2 del código laboral, se establece que al concurrir los 3 elementos esenciales del contrato de trabajo, se presentara un contrato laboral sin importar su forma o modalidad.

Como ejemplo de ello, el artículo 23 numeral 2, ha expresado lo siguiente: “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”²⁴.

De esta manera, el trabajador deberá iniciar una acción judicial exigiendo el reconocimiento de la existencia del contrato de trabajo, se presentara una etapa probatoria en la que se demostrara la existencia de los 3 elementos esenciales del contrato laboral, se reconocerá dicha figura por parte del juez, y finalmente, la empresa pagara de forma retroactiva los diferentes conceptos y beneficios propios de la relación contractual.

En la etapa probatoria, en concordancia con el artículo 24 del código sustantivo del trabajo y con fundamento en diversas opiniones doctrinales, el trabajador al demostrar una relación de trabajo personal se presumirá la existencia del contrato de trabajo, presunción legal que por lo tanto admite prueba en contrario, trasladándose la carga de la prueba al empleador para desvirtuar este tipo de situación.²⁵

Finalmente, se puede ver, como la figura del contrato de prestación de servicios, es un concepto que en principio no presenta mayor problema o discusión. Sin embargo, es indudable la simulación que se ha hecho de esta figura y las

²⁴ CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Op. Cit., Art. 23, numeral 2.

²⁵ GUERRERO FIGUEROA, Op. Cit., p. 225.

constantes violaciones al principio de igualdad del trabajador, razón por la cual, será indispensable el conocimiento y aplicación de toda la normatividad respectiva para la debida defensa de dicha relación.

2.3.2 El trabajo temporal a través de las empresas de servicios temporales.

En los últimos años, el trabajo temporal se ha convertido en una excelente opción para un gran número de colombianos en todo lo relacionado con el mercado laboral, presentándose un gran número de empresas de servicios temporales y una gran cantidad de trabajadores que se encuentran vinculados mediante esta modalidad.

Así las cosas, con fundamento en la crisis económica que sufrió el país en el año 1999, la necesidad de las empresas de contratar personal para una tarea específica durante un tiempo determinado, la posibilidad de reducción de costos en materia de contratación, y en general, la flexibilidad que brinda el propio sistema, en Colombia se presentan un gran número de empresas de servicios temporales legalmente constituidas, ubicadas en las principales ciudades y demás sectores del territorio nacional.

Sin embargo, de manera desafortunada, también se han presentado un gran número de empresas de servicios temporales fraudulentas o ilegales, no solamente perjudicándose las propias empresas usuarias que las contratan, sino además, afectándose en dicha situación al propio trabajador.

En relación con la definición de empresa de servicio temporal, se ha manifestado que es la que contrata la prestación de servicios con terceros, para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades y mediante la labor desarrollada por personas naturales contratadas directamente.

Por lo tanto, ella presenta dos tipos de trabajadores fundamentales, teniendo cada uno de ellos características o funciones específicas. El primero de ellos, son los trabajadores de planta, los cuales desarrollan su actividad en las dependencias propias de la empresa de servicio temporal. Ya la segunda categoría, se encuentra conformada por los trabajadores en misión, siendo enviados a la empresa usuaria para cumplir con la tarea o servicio específico.

De esta manera, las empresas usuarias podrán solicitar el servicio de las empresas de servicios temporales, para el cumplimiento de sus propios objetivos o metas. Sin embargo, cabe aclarar, que las empresas usuarias solamente podrán ser beneficiarias de este tipo de figuras, siempre y cuando, se trate de trabajos ocasionales, accidentales o transitorios, de incrementos en la producción o de sustituciones transitorias de personal en caso de embarazo, enfermedad u otra eventualidad.

Ya una vez cumplido este tipo de requisitos o condiciones, la empresa usuaria será titular de una serie de beneficios en contraposición con la aplicación de otro tipo de conceptos o reglamentaciones, no teniendo que responder ni por el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes parafiscales, pagos a la seguridad social, indemnizaciones, y en general, por las obligaciones propias de una relación laboral.

Respecto a los derechos de los trabajadores en dicha figura, se ha manifestado lo siguiente: “En el caso de la relación laboral el trabajador en misión, y por supuesto el de planta, de una E.S.T. tienen garantizados todos sus derechos y se les aplican, como hemos comentado, no solo las normas de la legislación laboral para cualquier trabajador sino las especiales de la actividad”²⁶.

²⁶ PEREZ GARCIA, Miguel y ARAGON DE PEREZ, Victoria. Flexibilización laboral y outsourcing: servicio temporal, agencias de empleo, cooperativas de trabajo asociado, contratistas independientes y empresas asociativas de trabajo. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1999. p. 70.

Por lo tanto, el trabajador no solamente tendrá derecho a todas las obligaciones y normas previstas en el contrato laboral, sino que además, tendrá derecho a una serie de beneficios propios de la actividad tales como al pago de un salario ordinario equivalente al de los trabajadores que desempeñen la misma función en la empresa usuaria, pago de primas y vacaciones proporcionales al tiempo laborado y tratamiento no discriminatorio en materia de recreación, alimentación y transporte.

Ya en torno al responsable o al encargado de la prestación de dichos derechos, se ha hecho la siguiente afirmación: “Las E.S.T. son verdaderos empleadores de sus trabajadores en misión y por lo mismo responsables frente a ellos del pago de salarios, prestaciones y demás obligaciones laborales conforme a la legislación laboral, y de la salud ocupacional”²⁷.

No obstante, en ciertos casos especiales o excepcionales, podrá presentarse una responsabilidad solidaria entre las empresas de servicios temporales y la empresa usuaria, o inclusive, una responsabilidad exclusiva sobre la última.

Esta afirmación final, se comprueba en el siguiente análisis jurisprudencial:

En este fallo, la Corte Suprema sintetiza su jurisprudencia sobre las EST y señala que la ausencia de responsabilidad laboral de la empresa usuaria “supone que la EST funcione lícitamente...pues de lo contrario la EST irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad, en los términos del artículo 35-2 del CST”. También dijo la Corte que el usuario puede volverse responsable exclusivo frente al trabajador en misión, cuando “acuerda con este actividades paralelas ajenas totalmente a las propias del encargo a que se comprometió la EST”.²⁸

²⁷ Ibid., p. 62.

²⁸ ARENAS MONSALVE, Gerardo. Tendencias jurisprudenciales: contratación a través de empresas de servicios temporales. En: Actualidad laboral y seguridad social. Bogotá. No. 112 (2002); p. 30 – 31.

Por lo tanto, con fundamento en todo lo anteriormente mencionado respecto a los derechos del trabajador, se puede decir, que todos los trabajadores en las empresas de servicios temporales serán titulares de derechos laborales y de derechos propios de la actividad como tal, debiendo ser prestados dichos beneficios por parte de la empresa de servicio temporal (respecto a todas las obligaciones que tiene la empresa de servicio temporal como empleador), y de manera excepcional, ser asumidos ya sea solidariamente o con exclusividad. Así las cosas, la responsabilidad solidaria (y en algunos casos la responsabilidad exclusiva de la usuaria) se podrá presentar, cuando la empresa usuaria hubiera contratado una empresa de servicio temporal ilegal, cuando haya ordenado el cumplimiento de tareas distintas a las previamente contratadas o cuando hubiere extendido el contrato laboral por mas tiempo del legalmente permitido (6 meses, prorrogables por otros 6).

Ya como aspecto final, es importante tener en cuenta los diferentes tipos de contrato que se presentan en la susodicha figura, desarrollándose entre la empresa de servicio temporal y el trabajador un contrato laboral, entre la empresa de servicio temporal y la usuaria un contrato escrito de prestación de servicios, y finalmente, entre la empresa usuaria y el trabajador una simple relación de subordinación mas no una relación contractual.

Teniéndose en claro todo lo mencionado sobre el trabajo temporal en las empresas de servicios temporales, es de vital importancia analizar, las situaciones en las cuales se presenta un abuso o afectación al trabajador, y por lo tanto, una violación al principio de igualdad. De esta manera, se analizara lo dispuesto en la legislación, para la defensa y corrección de dichas situaciones.

Siguiendo el orden planteado, la primera situación a través de la cual se genera un abuso o afectación al trabajador, es la extensión del contrato laboral por mas tiempo del legalmente permitido (6 meses, prorrogables por otros 6). Así, durante

dicho termino el trabajador ve vulnerados una serie de derechos fundamentales y propios de la relación laboral, siendo ellos, el derecho de asociación sindical (por su vinculo aparente con otra empresa y su supuesto carácter temporal), el derecho al aumento de salario derivado de la antigüedad (por la presunta presencia de varios contratos, supuestamente independientes entre si), el derecho a un posicionamiento dentro de la empresa donde presta sus servicios (por los aspectos anteriormente mencionados), entre otro tipo de derechos similares.

La segunda situación a través de la cual se genera un comportamiento abusivo o violatorio, se fundamenta en la asignación de tareas distintas a las inicialmente encomendadas o pactadas. Así, a manera de ejemplo, si la empresa usuaria llegare a manifestarle al trabajador que realice mandados de la empresa no previamente asignados, se presentara una extralimitación por parte de la empresa, y además, se abusara del trabajador en el susodicho caso.

Ya una tercera situación en donde evidentemente se presenta un perjuicio para el trabajador (inclusive afectándose a la propia empresa usuaria), se da con la presencia de empresas de servicios temporales fraudulentas o ilegales. Este último caso se presenta sobre dichas empresas, cuando no han cumplido con los diversos requisitos para su constitución legal.

Así las cosas, las disposiciones legales, doctrinales y jurisprudenciales han dispuesto unos mecanismos o procedimientos para la solución de dichas situaciones, las cuales deberán ser tomadas en cuenta por parte del empleado y su defensor.

De esta manera, inicialmente, el trabajador deberá demostrar su real vinculación, es decir, deberá probar su vinculación con la empresa de servicio temporal, su posterior asignación a la empresa usuaria y el desarrollo de sus actividades como

trabajador en misión. Se trata de demostrar que la figura de la empresa de servicio temporal, efectivamente se desarrollo en el caso en concreto.

Ya de manera posterior, el trabajador deberá demostrar el trato abusivo, esto es, la extensión del contrato laboral por más tiempo del legalmente permitido o la ejecución de tareas distintas a las inicialmente encomendadas.

En caso de presentarse una empresa de servicio temporal fraudulenta o ilegal, se deberá comprobar dicha situación para el alcance de las respectivas pretensiones procesales.

Para la debida comprobación de los hechos anteriormente mencionados, es recomendable utilizar pruebas documentales (contrato de trabajo entre la empresa de servicio temporal y el empleado, contrato de prestación de servicios entre la empresa de servicio temporal y la empresa usuaria, señalamiento de funciones a asumir por el trabajador en misión, e inclusive, supuestos nuevos contratos ya sea propios de la prorroga establecida o por fuera de la misma), inspecciones judiciales (inspección judicial a las instalaciones de las empresas demandadas, con el fin de obtener documentos que no posea el trabajador), pruebas periciales (nombramiento de peritos, para determinar si la labor encomendada presenta un carácter transitorio), pruebas testimoniales o interrogatorios de parte (para demostrar la ocurrencia de los hechos) y demás medios probatorios.

No obstante, se admitirá la prueba en contrario por parte del empleador, la cual tendrá por objeto demostrar que no se incurrió en abuso alguno.

Dentro de las disposiciones legales que soportan dicho procedimiento, encontramos el artículo 51 del código procesal del trabajo y de la seguridad social. Así, en ella se expresa lo siguiente: “Son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley, pero la prueba pericial solo tendrá lugar cuando el juez

estime que debe designar un perito que lo asesore en los asuntos que requieran conocimientos especiales”²⁹. Además, se presentan las disposiciones del código de procedimiento civil, sobre los medios de prueba.

Finalmente, se puede decir, que al probarse debidamente la real vinculación del trabajador, su consecuente trato abusivo o la ilegalidad de la empresa, se reconocerá la relación laboral realmente existente entre la empresa usuaria y el empleado, con lo cual, se lograra la defensa efectiva del principio de igualdad en materia del contrato.

2.3.3 Contratación por medio de las cooperativas de trabajo asociado. La ley 79 de 1988 en su artículo 70, define las cooperativas de trabajo asociado, como cooperativas que vinculan el trabajo personal de sus asociados o cooperados para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios.

Así, los cooperados o asociados, se encuentran regidos por el acuerdo cooperativo adoptado, (acuerdo compuesto por el régimen de trabajo, régimen de compensaciones y régimen de previsión y seguridad social), y el personal externo vinculado a la cooperativa, se encuentra regulado por el código sustantivo del trabajo.

En relación con los socios de la cooperativa de trabajo asociado, se dice que ellos adquieren la calidad de socio o cooperado y no de trabajador propiamente dicho, ya que ellos son a su vez dueños y trabajadores de la empresa, y por lo tanto, no es viable la relación empleador - empleado.

²⁹ CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Op. Cit., Art. 51.

Ya en relación con el personal externo vinculado a la cooperativa, ellos podrán ser contratados excepcionalmente en las cooperativas de trabajo asociado, siempre y cuando, se trate de labores ocasionales o transitorias diferentes a las que normalmente desarrolla la cooperativa, del reemplazo de algún asociado que no pueda desarrollar su actividad (si los estatutos lo permiten), o del desarrollo de una actividad especializada que no pueda ser ejecutada por los mismos socios. En dichas situaciones, el personal externo se encontrara vinculado mediante un contrato de trabajo, gozando de todas las protecciones y beneficios del mismo.

Adicionalmente, teniéndose en cuenta las actividades de las cooperativas de trabajo asociado, efectivamente se presentan ciertas pautas, reglamentaciones o características de las mismas, que son fundamentales para la debida aplicación de la figura en mención. De esta manera, las cooperativas de trabajo asociado deberán organizar directamente las actividades de trabajo de sus asociados, con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización, deberán ser propietarias, poseedoras o tenedoras de los medios materiales para desarrollar la labor, las actividades deberán ser desarrolladas directamente por parte de los asociados, y se tendrá como fin, la producción de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios.

Ello ultimo puede ser confirmado, con fundamento en la siguiente expresión doctrinal: “Como podemos observar, estas características ubican la actividad de las C.T.A. en lo que hemos definido como tercerización o outsourcing, es decir, la prestación de servicios o producción de bienes para terceros de manera autónoma e independiente, con recursos propios y en forma autogestionaria, en este caso aplicado a la C.T.A.”³⁰.

Así las cosas, si una persona llegare a estar afiliada a una cooperativa de trabajo asociado en calidad de cooperado y bajo el cumplimiento de todo lo dispuesto en

³⁰ PEREZ GARCIA y ARAGON DE PEREZ, Op. Cit., p. 95.

las mismas, será titular del pago de compensaciones (en concordancia con la función del trabajo, la especialidad, la cantidad, la calidad y el rendimiento de trabajo aportado, bajo los términos establecidos en los estatutos del acuerdo cooperativo y con un valor no inferior a un salario mínimo legal desde que labore la jornada ordinaria establecida por el código laboral), del pago de aportes parafiscales al Sena, ICBF y Cajas de compensación familiar (Debiendo ser a cargo de la cooperativa), y finalmente, de la afiliación y pago de seguridad social (Debiendo la cooperativa respetar lo dispuesto para ello en las normas laborales). Dichos cambios se dan, gracias a la ley 1233 de 2008.

Sin embargo, vale decir, que la persona al no ostentar la calidad de trabajador sino de socio, no podrá ser titular de todos los beneficios y protecciones propios de la legislación laboral, y por lo tanto, le serán negados derechos tales como el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

Finalmente, respecto a la conceptualización y delimitación de la figura estudiada, es importante tener cuenta el sentido de la misma en la legislación nacional, debiendo ser los socios quienes desarrollen y se beneficien de dicha actividad.

Ya en relación a las situaciones en las cuales se presenta un abuso o violación, la ley 1233 de 2008 en su artículo 7 ha expresado lo siguiente:

Artículo 7. PROHIBICIONES: 1. Las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión. En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado.³¹

³¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1233 de 2008. Bogotá: El Autor, 2008. Art. 7.

Con fundamento en dicha disposición, se vislumbra dos de las actividades que han sido objeto de mayor abuso y violación hacia el trabajador, siendo ellas, la intermediación laboral y el funcionamiento de las cooperativas de trabajo asociado como empresas de servicio temporal.

Desafortunadamente en las cooperativas de trabajo asociado, se ha ido aplicando este tipo de comportamientos abusivos sin ningún tipo de limitación u obstáculo, ya sea a través de la creación de una serie de cooperativas irregulares que tienen por único fin el suministro de empleados, e inclusive, con fundamento en la exigencia que hace la empresa al ciudadano de la previa afiliación a dicha entidad para ser contratado.

De esta manera, ya una vez configurada la intermediación laboral o el servicio temporal, se podrán presentar una serie de abusos por parte del tercero contratante y en contra del asociado o cooperado, siendo ejemplo de ellos, el desconocimiento de las obligaciones, beneficios y protecciones propias del contrato de trabajo (en el caso de realmente presentarse los 3 elementos esenciales del contrato laboral), la ejecución de todo tipo de maltratos, extralimitaciones y cargas excesivas de trabajo al empleado (por el miedo que tiene el trabajador de ser desvinculado de la empresa sin justa causa, no presentándose ningún tipo de indemnización y siendo inmediatamente reemplazado) y la aplicación del denominado trato abusivo propio de las empresas de servicio temporal (Caso en que el personal externo es llevado como trabajador en misión a la empresa usuaria, encomendándoles actividades distintas de las pactadas o contratándose por mas tiempo del legalmente permitido).

Adicionalmente, desde un punto de vista mas general, indudablemente una situación en la cual se genera una afectación o abuso al trabajador, se da con la omisión de todas las prerrogativas, derechos y obligaciones propios de la ley 1233 de 2008.

Por lo tanto, en materia probatoria, tratándose de asociados o cooperados que han sido vinculados a través de intermediación laboral o servicio temporal, en donde se presenta además, los 3 elementos esenciales del contrato de trabajo, se deberá aplicar los aspectos probatorios ya mencionados del contrato de prestación de servicios.

Ya tratándose del personal externo que ha sido vinculado a través del concepto de empresas de servicios temporales, en donde se presenta además, el trato abusivo propio de la figura, se deberá aplicar los aspectos probatorios ya mencionados de las empresas de servicio temporal.

En todo caso, se deberá demostrar mediante cualquier medio de prueba la ejecución de la actividad prohibida por parte de la cooperativa de trabajo asociado, es decir, la intermediación laboral o el funcionamiento de la cooperativa como empresa de servicio temporal, con fundamento en el artículo 7 de la ley 1233 de 2008.

Ya si se llegare a omitir alguna de las prerrogativas, derechos u obligaciones propios de la mencionada ley (los cuales vinculan otros aspectos adicionales a la prohibición de la intermediación laboral o el funcionamiento de la cooperativa como empresa de servicio temporal), se deberá exigir su cumplimiento.

Así las cosas, al demostrarse efectivamente los aspectos anteriormente mencionados, se obtendrá un criterio más justo e igualitario, e inclusive, en algunos casos podrá presentarse el reconocimiento del contrato de trabajo.

Cabe aclarar, que este último aspecto en relación con las 3 figuras previamente estudiadas (el cual alude a las consecuencias de la aplicación del principio de igualdad en los susodichos casos), será tratado a profundidad en capítulos posteriores.

2.4 REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO

A pesar de ya haberse estudiado la reglamentación del principio de igualdad en el contrato de trabajo como tal y la reglamentación del principio de igualdad en otro tipo de figuras que por su condición terminan siendo realmente contratos de trabajo, el reglamento interno de trabajo al ser considerado parte integrante del contrato de trabajo una vez entran en vigencia sus disposiciones, también deberá ser estudiado y analizado en relación con la normatividad del susodicho principio.

Por lo tanto, se analizará las características de dicha figura para objeto de su comprensión y delimitación, y con base a ello, se procederá a estudiar las situaciones a través de las cuales se presenta abuso o violación del trabajador y los mecanismos o disposiciones para su respectiva solución. Aunque es verdad que sobre el reglamento interno de trabajo pueden presentarse abusos, violaciones o inequidades, también es cierto que en la legislación colombiana existen disposiciones que solucionan el problema y defienden la igualdad en toda su dimensión.

2.4.1 Delimitación y características del reglamento interno de trabajo. Como se ha dicho anteriormente, el contrato de trabajo presenta 3 elementos esenciales para su configuración y determinación, encontrándose entre ellos la subordinación o dependencia del trabajador hacia el empleador como tal. Así, dicha subordinación o dependencia se fundamenta en un poder de dirección (facultad de impartir ordenes e instrucciones durante el curso del contrato hacia el trabajador), el cual a su vez, depende del poder reglamentario (facultad del patrono para elaborar el reglamento de trabajo) y del poder disciplinario (facultad del patrono de imponer las respectivas sanciones disciplinarias por las faltas que cometa cada empleado). De esta manera, el poder reglamentario y disciplinario como expresión

del poder de dirección del empleador, tiene su principal proyección en el denominado reglamento interno de trabajo.

El reglamento interno de trabajo, ha sido definido como el conjunto de normas o disposiciones reguladoras del papel de las partes, durante todo el desarrollo del contrato laboral. Es decir, en dicho reglamento, se establecen los derechos, las obligaciones y las pautas que deberán seguir las partes del contrato, durante el desarrollo del mismo.

Las personas que se encuentran obligadas a tener un reglamento interno de trabajo en el derecho laboral colombiano, son los empleadores que tengan más de 5 trabajadores de carácter permanente en empresas comerciales, más de 10 trabajadores en empresas industriales o más de 20 empleados en empresas ganaderas, agrícolas o forestales. Adicionalmente, los patronos que tengan más de 10 trabajadores en las empresas mixtas, también serán obligados a asumir el susodicho reglamento (artículo 105 del código sustantivo del trabajo).

Ya en relación con la elaboración del reglamento, esta le corresponde de manera exclusiva y unilateral al empleador de la empresa, estando su contenido determinado legalmente. No obstante, es posible que la elaboración no le corresponda únicamente al empleador, al haberse establecido cosa distinta en convención colectiva, pacto, fallo arbitral o acuerdo con los trabajadores. Es importante resaltar la obligación que tiene el empleador de ceñirse a la ley para la elaboración del reglamento, generándose un mayor control a dicho factor discrecional.

Además, como se ha dicho anteriormente, el contenido del reglamento interno de trabajo se fundamentara en el conjunto de pautas, derechos y obligaciones tanto de los trabajadores como de los empleadores, encontrándose sus elementos específicos en el artículo 108 del código laboral.

De esta manera, una vez el empleador obligado a ello haya elaborado de manera exclusiva el reglamento acorde con la ley y con el contenido mencionado, se procederá a la aprobación del mismo por parte de las autoridades del trabajo (revisando que se haya cumplido con todo lo exigido por la ley), a la publicación del reglamento con la resolución aprobatoria (debiendo ser publicado, mediante fijación de dos copias en dos sitios distintos del lugar de trabajo) y finalmente, 8 días después de publicado, comenzara la vigencia del reglamento interno de trabajo como parte integrante del propio contrato laboral.

Así, la doctrina sobre la materia en mención, ha expresado lo siguiente:

Esta obligatoriedad que la ley impone a los patronos de adoptar un reglamento de trabajo, el cual esta sujeto a la posterior aprobación por parte de las autoridades del trabajo y cuyo contenido también es determinado legalmente, nos indica que la adopción del reglamento ha dejado de ser una facultad discrecional del patrono para convertirse en una exigencia legal de establecer las bases o el marco dentro del cual la relación de trabajo debe desarrollarse. La existencia de ese reglamento permite a las partes saber con exactitud cuales son los derechos y las obligaciones adquiridas en virtud del contrato de trabajo, individual o colectivamente celebrado.³²

2.4.2 Situaciones de abuso o de desigualdad en el reglamento interno de trabajo. El reglamento interno de trabajo, ha sido una figura creada para dirimir todas las situaciones que puedan presentarse durante el desarrollo del contrato de trabajo, evitando en gran medida la presencia de abusos o inequidades hacia sus vinculados. Sin embargo, desafortunadamente, los empleadores en algunos casos y los propios trabajadores en otros, han motivado la aplicación de tratamientos desiguales o inequitativos sobre el reglamento interno de trabajo o sobre los

³² GUERRERO FIGUEROA, Op. Cit., p. 338.

aspectos que el regula, afectándose por lo tanto, el principio de igualdad constitucionalmente consagrado.

La primera de dichas situaciones, se fundamenta en el posible abuso del empleador respecto a la elaboración del reglamento interno de trabajo y su contenido, con la finalidad de generar ventajas hacia el patrono, desventajas hacia los empleados o tratamientos privilegiados o discriminatorios. Ya que el empleador unilateralmente se encuentra facultado para la elaboración del reglamento, es posible que se presenten excesos por parte de este.

Ya la segunda situación que puede ser tomada como ejemplo, se fundamenta en la aplicación del propio acoso laboral. En muchas circunstancias, a pesar de presentarse un reglamento interno de trabajo en la empresa, las situaciones que el dirige pueden ser objeto de acoso laboral, ya sea por parte del empleador al trabajador, por parte del superior jerárquico al empleado o por parte del trabajador hacia el mismo trabajador.

Por lo tanto, será necesario estudiar las reglamentaciones o disposiciones que permitan solucionar los comportamientos anteriores, siendo las mismas normatividades representativas o derivaciones del principio de igualdad.

2.4.3 Reglamentación del principio de igualdad sobre la figura objeto de estudio. Una vez estudiado el reglamento interno de trabajo y las situaciones a través de las cuales se puede presentar abuso, violación o desigualdad laboral, es pertinente entrar a estudiar las disposiciones o reglamentaciones primordiales para la solución de los susodichos conflictos.

Así, para la solución de la primera problemática (posible abuso del empleador al momento de la elaboración del reglamento interno de trabajo), tanto el defensor

como la parte implicada podrán acudir al artículo 104 y siguientes del código sustantivo del trabajo, para exigir con fundamento en ellos, la elaboración del reglamento en concordancia con las normas y la ley, la debida aprobación, publicación y vigencia del mismo por parte de sus implicados, la ineficacia de las cláusulas del reglamento que desmejoren las condiciones del trabajador en relación con lo establecido en las leyes, contratos individuales, pactos, convenciones colectivas o fallos arbitrales (y la aplicación de estos últimos al ser mas favorables al empleado), y finalmente, la revisión y modificación del mismo cuando nuevas disposiciones legales lo hagan necesario (además podrá ser modificado de manera voluntaria, cuando el empleador lo estime conveniente).

Todas estas exigencias apoyadas en la ley laboral, generan mayor protección, menor discrecionalidad y un reglamento de trabajo en condiciones de igualdad.

Ya para solucionar la segunda problemática (acoso laboral), el artículo 9 de la ley 1010 del 23 de enero de 2006, expresa lo siguiente:

Artículo 9°. Medidas preventivas y correctivas del acoso laboral.

1. Los reglamentos de trabajo de las empresas e instituciones deberán prever mecanismos de prevención de las conductas de acoso laboral y establecer un procedimiento interno, confidencial, conciliatorio y efectivo para superar las que ocurran en el lugar de trabajo. Los comités de empresa de carácter bipartito, donde existan, podrán asumir funciones relacionados con acoso laboral en los reglamentos de trabajo.

(...)

Parágrafo 2°. La omisión en la adopción de medidas preventivas y correctivas de la situación de acoso laboral por parte del

empleador o jefes superiores de la administración, se entenderá como tolerancia de la misma.³³

De esta manera, al exigir la aplicación de dicha disposición legal, no solamente se le impondrá la obligación al empleador de incorporar lo estipulado en el reglamento interno de trabajo, sino que además, efectivamente se podrá prevenir la ejecución del acoso laboral, se lograra una forma de solución pacífica y conciliatoria para las ya existentes, y en caso de ser necesario, se generara la facilidad de sancionar tanto al empleador que la tolera como a la persona que la ejecuta a nivel empresarial.

Por lo tanto, al efectuarse el comportamiento anteriormente mencionado dentro del ámbito objeto de estudio, se estará limitando completamente el desarrollo del acoso laboral en Colombia, y como consecuencia, se obtendrán condiciones más justas, dignas y equilibradas en la realización del trabajo como tal.

Finalmente, a manera de reflexión, si el reglamento interno de trabajo es un ente regulador de las situaciones jurídicas presentadas tanto sobre el empleador como el trabajador, lo lógico es que la creación y la elaboración del mismo siempre este a cargo no de uno sino de los dos.

Teniéndose en cuenta todo lo que ha sido estudiado en relación con la reglamentación del principio de igualdad en el contrato de trabajo, ello es, la reglamentación del principio de igualdad en el contrato de trabajo como tal, la reglamentación del principio de igualdad en otro tipo de figuras que por su condición terminan siendo realmente contratos de trabajo y la reglamentación del principio de igualdad en el reglamento interno de trabajo, se puede decir, que a pesar de existir un gran número de disposiciones constitucionales, legales,

³³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1010 de 2006. Bogotá: El Autor, 2006. Art. 9.

jurisprudenciales y doctrinales a través de las cuales se puede hacer una defensa efectiva del principio de igualdad en el contrato de trabajo, es necesario que las mismas puedan ser conocidas y debidamente aplicadas por las partes para su completa efectividad.

Lamentablemente en nuestro país, la ignorancia, el miedo, la falta de oportunidades y la carencia económica de los trabajadores, hace que en muchas ocasiones no se acuda a un abogado para exigir el cumplimiento de los derechos laborales o no se tenga una buena defensa de los mismos en el estrado judicial, aspecto que convierte en inaplicable la respectiva normatividad laboral.

Por lo tanto, analizándose los problemas mencionados, se procederá a estudiar la aplicación del principio de igualdad en el contrato de trabajo, es decir, el aspecto práctico de la reglamentación, para analizar si verdaderamente lo consagrado en teoría efectivamente se cumple de una manera completa, detallada y precisa en la realidad nacional, con lo cual, se podrá garantizar un contrato laboral en condiciones de igualdad. Para todo ello, se hará un análisis eminentemente jurisprudencial.

3. APLICACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO

El principio de igualdad en el derecho laboral colombiano, es una figura que se encuentra ampliamente reglamentada a través del contrato de trabajo u otro tipo de figuras propias de la flexibilización laboral, presentándose una amplia base normativa para su protección y exigencia. Sin embargo, ello no implica necesariamente la aplicación de la figura, dado que factores tales como la ignorancia y la aplicación indebida en diversas circunstancias la pueden afectar. Por lo tanto, en el presente capítulo, se procederá a estudiar todo lo relativo al aspecto práctico de dicha temática, verificándose el cumplimiento o no de la reglamentación por parte de los presuntamente afectados, y sobre todo, analizándose la aplicación del principio de igualdad por parte de los propios jueces o magistrados.

Para ello, se hará una investigación eminentemente jurisprudencial, verificándose en cada una de las sentencias respectivas, los antecedentes, el recurso interpuesto (En caso de ser necesario), las consideraciones de la corte, y finalmente, el análisis o conclusión como tal. De esta manera, se tendrá un estudio detallado, claro y preciso del principio, aplicado a la realidad nacional.

3.1 APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO COMO TAL (SENTENCIA T-160/06)

3.1.1 Antecedentes. La señora Jenny Margarita Herrera Serie instauro acción de tutela en contra de la empresa Lattice Systems y Cía. Ltda., con fundamento en el

hecho de haber sido despedida en estado de embarazo vulnerándose así el derecho al trabajo, a la igualdad y al mínimo vital, y además, con el objeto de exigir de su empleador tanto el reintegro como el pago de la licencia de maternidad.

Así las cosas, en proceso de primera instancia dirigido hacia el Juez Sexto Penal Municipal, la accionante manifestó una serie de hechos o circunstancias con el objeto de demostrar el presunto despido en estado de embarazo, siendo ellos, la vinculación a la empresa a través de contrato de trabajo a termino indefinido en el cargo de supervisora de importaciones y con un salario de \$1.300.000 pesos, el permiso solicitado y dado por la empresa para asistir a una cita medica por motivo de mareos, vomito, debilidad en el cuerpo y otros quebrantos de salud y el posterior comentario a los compañeros de trabajo de un posible examen de embarazo (el día 8 de Junio de 2005), y finalmente, el arribo a la empresa de la accionante con el dictamen de la prueba de embarazo y la posterior entrega de la carta despido fechada del día 10 de junio del mismo año (el día 11 de Junio de 2005).

De esta manera, la parte accionada o demandada estuvo de acuerdo con los dos primeros hechos manifestados por la accionante, mas sin embargo, procedió a hacer unas aclaraciones en relación con la tercera situación. Por lo tanto, en relación a esta ultima manifestó otro tipo de hechos o circunstancias, siendo ellos, la entrega de la carta de despido el día 10 de junio de 2005 y la no recepción de la misma por parte de la demandante, la notificación de dicha situación el día 13 de junio a pesar que la accionante anoto como fecha el día 11 del mismo mes, la recepción de un certificado de laboratorio que no prueba el estado de embarazo el día 11 de junio del mismo año, y finalmente, el despido de la mujer no por el estado de embarazo sino por el incumplimiento de la relación laboral.

Con fundamento en lo manifestado anteriormente, el juez de primera instancia niega la acción de tutela instaurada por la accionante, por considerar que existe otro medio judicial para el reestablecimiento del derecho.

Finalmente, el juez de segunda instancia confirma el fallo anterior, ya que de las pruebas allegadas al proceso no se desprende ni que la actora informó oportunamente sobre su estado de embarazo al empleador ni que dicho estado motivó su despido.

3.1.2 Consideraciones de la corte. Dada la especial asistencia y protección del Estado a la mujer durante el embarazo y después del parto, a pesar de existir otro medio judicial para el reestablecimiento del derecho, la corte procede a resolver el problema jurídico suscitado por vía de tutela.

Con fundamento en ello, inicialmente, la corte constitucional hace referencia a los tratados internacionales, a la Constitución Política de Colombia y al Código sustantivo del trabajo, manifestando dentro de los mismos una serie de leyes y normatividades fundamentales que se encuentran íntimamente relacionadas con el propio derecho debatido (especial protección a la maternidad). Así, como ejemplo de dichos soportes o disposiciones, hace mención del convenio 183 de la OIT en su artículo 9 (sobre la protección a la maternidad), de los artículos 13, 16, 42, 43 y 53 de la constitución nacional (Principio de igualdad, especial protección a la mujer durante el embarazo y después del parto, protección a la familia y derecho al libre desarrollo de la personalidad), y por ultimo, a los artículos 239 y 240 del código laboral (Prohibición y presunción del despido de una mujer por motivo de embarazo o lactancia y casos de autorización para hacerlo).

Así las cosas, teniéndose en cuenta todas las disposiciones anteriormente mencionadas y en especial el principio de igualdad, la corte hace valer la especial

protección que tiene la mujer en relación con la maternidad. Por lo tanto, la mujer no podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia, y se presumirá dicha situación, cuando la misma sea despedida durante el embarazo o dentro de los 3 meses posteriores al parto, sin que la autoridad competente efectivamente lo hubiere autorizado.

Este último pensamiento puede ser constatado, en la siguiente expresión jurisprudencial:

La Corte precisa que la estabilidad de la mujer en el empleo se exige mientras exista una relación laboral cualquiera que ella sea, de manera que como consecuencia del principio de igualdad la mujer tendrá la garantía de que no será despedida por su derecho a la maternidad, al punto que la acción de tutela es procedente siempre que la mujer la invoque dentro del proceso de gestación o un año después del alumbramiento.³⁴

Finalmente, dentro de las consideraciones preliminares de la corte en torno a la temática objeto de estudio, dicha entidad establece una serie de pautas o procedimientos esenciales para poder despedir a una mujer en estado de gravidez a pesar de la susodicha protección especial, siendo ellas, la autorización del funcionario competente, la terminación del contrato de trabajo por alguno de los motivos mencionados en los artículos 62 y 63 del código laboral y el conocimiento de la causa respectiva por parte de la trabajadora como tal.

De esta manera, analizándose el caso en concreto, a pesar de las constantes dudas sobre los hechos manifestados tanto por la parte accionante como accionada en el proceso, la corte llegó a la certeza sobre el conocimiento del

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-160 de 2006. MP: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Bogota: El Autor, 2006.

empleador acerca del posible estado de embarazo de la trabajadora y del posterior despido de la misma, determino la efectiva violación a la protección especial de la mujer en estado de embarazo, y como consecuencia de todo lo mencionado, ordeno su respectivo reintegro.

3.1.3 Análisis jurisprudencial. Como se ha explicado en capítulos anteriores, el principio de igualdad en el contrato de trabajo puede ser analizado desde dos facetas, caras o direcciones, siendo ellas, el principio de igualdad en sentido estricto y el principio de igualdad en su sentido amplio. Inclusive, se ha manifestado que todo tipo de trato diferencial razonablemente justificado en el derecho laboral colombiano, es legítimo, admisible y completamente valido.

Así, analizándose la sentencia T-160/06, vemos como efectivamente la parte demandante en virtud del principio de igualdad y otro tipo de derechos que se encuentran íntimamente relacionados con dicha figura, exige que se respete el trato diferencial o la protección especial a la mujer, materializada propiamente en su estado de gravidez.

Además, puede constatarse como la corte constitucional, aprueba el trato diferencial a la mujer en relación con el derecho a la maternidad, no negando dicho comportamiento como un hecho razonablemente justificado. Inclusive, claramente puede apreciarse como la entidad en la sentencia objeto de estudio, se apoya en el principio de igualdad en su sentido amplio, no mostrándolo como una excepción a la figura, sino en cambio, identificándolo como un elemento plenamente complementario.

De esta manera, teniéndose en cuenta todo lo expresado sobre el asunto en específico, se puede ver, como efectivamente el principio de igualdad en el contrato de trabajo se ha ido aplicando en el estado colombiano, respetándose su

sentido estricto, su sentido amplio, y sobre todo, sancionándose la violación del mismo por la presencia de comportamientos no justificados.

Sin embargo, a pesar que la sentencia objeto de análisis evidentemente respeto la aplicación del principio de igualdad en el contrato laboral, cabe aclarar que ello no siempre es así en el territorio nacional. Por lo tanto, siempre será indispensable el conocimiento de la normatividad y la aplicación debida de la figura por parte del demandante, para adquirir una decisión favorable.

3.2 APLICACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN OTRO TIPO DE FIGURAS QUE POR SU CONDICION TERMINAN SIENDO REALMENTE CONTRATOS DE TRABAJO

3.2.1 El contrato de prestación de servicios (sentencia de la C.S.J. radicación nº 22259).

3.2.1.1 Antecedentes. La parte demandante interpone recurso de casación, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Sala Laboral, del 29 de mayo de 2003, en el proceso adelantado por WILSON ANTONIO PEREZ VILLALBA contra la sociedad SOMEDICA LIMITADA.

De esta manera, en primera instancia, el accionante solicito el reconocimiento de la existencia del contrato de trabajo (manifestando que el mismo terminó por decisión unilateral y sin justa causa), exigiendo como consecuencia, el pago de cesantías e intereses, vacaciones, prima de servicios, indemnización por despido, recargo por trabajo nocturno, moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo y las costas respectivas.

Paso seguido, el demandante manifestó una serie de hechos o circunstancias con el objeto de demostrar la existencia real de un contrato verbal de trabajo, haciendo alusión a la actividad personal del trabajador (con fundamento en la prestación personal que se hizo del servicio en el caso determinado), a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador (ya que se obedecieron instrucciones y se cumplió con un horario específico) y a la remuneración (por habersele pagado un salario en las mismas oficinas de la compañía). Adicionalmente, hizo mención del contrato de prestación de servicios que fue obligado a firmar en años posteriores y de la terminación del contrato simulado por decisión unilateral y sin justa causa.

De otro lado, la parte demandada procedió a desvirtuar lo manifestado por el accionante en el proceso en curso, manifestando el no cumplimiento de la actividad personal del trabajador (ya que el actor podía mandar reemplazos que eran cancelados por su cuenta), la inexistencia de la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador (Dado que no se impartían ordenes o instrucciones propias de un trabajo dependiente y la programación del horario era determinada libremente entre colegas) y la no presencia del elemento esencial de la remuneración (no se pagaba un salario, sino simples porcentajes). Fuera de ello, expuso que el contrato de prestación de servicios fue suscrito libremente por las partes y que la terminación del mismo obedeció a una justa causa.

Teniéndose en cuenta todo lo anteriormente mencionado y después de las pruebas pertinentes, el juez de primera instancia absolvió a la sociedad demandada de todas las pretensiones de la accionante, al no haberse demostrado plenamente los 3 elementos esenciales del contrato de trabajo.

Igualmente, la segunda instancia confirma la sentencia de primer grado, por los motivos previamente explicados (No se cumple la actividad personal del

trabajador, la continuada subordinación o dependencia propia del contrato laboral ni el requisito de la remuneración).

3.2.1.2 Recurso de casación. La parte demandante mediante recurso de casación solicita se case totalmente la sentencia acusada, la cual confirmo la sentencia de primera instancia previamente apelada. Ello con la finalidad, de que prosperen las pretensiones de la accionante.

Con base en ello, el autor del recurso entro a probar la real existencia del contrato de trabajo entre las partes vinculantes, demostrando la presencia de la actividad personal del trabajador (dado que el doctor WILSON ANTONIO PEREZ VILLALBA realizó la actividad personal ya como médico de planta, o también como coordinador médico de la sociedad demandada, no presentándose la ejecución de la actividad por interpuesta persona), la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador (por el hecho de haberse cumplido ordenes o instrucciones y estarse sometido a un horario determinado) y la remuneración (con fundamento en el pago de salarios y de porcentajes, donde estos últimos nunca fueron denominados como honorarios y eran parte del factor salarial).

Para el soporte de lo mencionado, la parte demandante hizo referencia a una serie de normas, leyes o disposiciones fundamentales en el derecho laboral colombiano, siendo ejemplo de ellas, los artículos 21, 22, 23 y 24 del código sustantivo del trabajo y los artículos 1, 13, 25 y 53 de la constitución nacional. De esta manera, se resaltaron conceptos tales como el principio de igualdad y el propio principio de la primacía de la realidad.

Fuera de ello, el accionante denunció los yerros facticos en los que incurrió el tribunal en el proceso en mención, estableciendo los errores de hecho en que

incurrió el sentenciador, las pruebas erróneamente apreciadas e inapreciadas por dicho ente, y finalmente, la decisión equivoca producto de dicha valoración.

Por lo tanto, teniéndose en cuenta todo lo anteriormente mencionado, la parte actora solicitó la casación de la sentencia de segundo grado, la revocación de las absoluciones del fallo de primer grado, y finalmente, la prosperidad de todas las pretensiones para el caso determinado.

3.2.1.3 Consideraciones de la corte. La corte suprema de justicia al analizar el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, hizo un estudio pormenorizado de la situación acorde con la ley y la constitución.

Así las cosas, efectuó una ilustración de los elementos esenciales del contrato de trabajo en el caso en específico, cumpliéndose la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y la remuneración, y por lo tanto, presentándose efectivamente un contrato de índole laboral entre las partes implicadas.

Como soporte legal de lo mencionado, se refirió al principio de la primacía de la realidad consagrado en la constitución nacional, expresando lo siguiente:

En efecto, del análisis objetivo y ponderado de los elementos probatorios referidos en sede de casación, surge la aplicación para este asunto en concreto del principio protector de la primacía de la realidad, que en materia laboral ha tenido cabida antes y después de la Constitución Política de 1991, por cuanto su reconocimiento viene de tiempo atrás por la jurisprudencia y la doctrina nacional y ahora expresamente consagrado en el artículo 53 de la Carta Mayor, consistente en darle prelación a las circunstancias que rodearon la relación jurídica, más que a la forma que resulte del documento contractual o cualquier otro que hayan suscrito o

expedido las partes, que conlleva necesariamente a que son aquellas particularidades que se extraen de la realidad las que se deben tener en cuenta y no otras las que deben determinar el convencimiento diáfano del juez con respecto a los servicios prestados por una persona natural y que se reclaman en una acción judicial, como determinantes de la existencia de un contrato de trabajo.³⁵

De esta manera, al haberse demostrado la ocurrencia de los 3 elementos esenciales del contrato laboral en el caso en específico, al no haberse desvirtuado la relación laboral por parte del accionado, y finalmente, al hacerse uso de principios fundamentales tales como el principio de igualdad y el principio de la primacía de la realidad, la corte suprema de justicia declaro la existencia del contrato de trabajo entre las partes implicadas y ordeno el cumplimiento de todas las obligaciones propias de dicha relación contractual.

3.2.1.4 Análisis jurisprudencial. A través de dicha sentencia, puede verse, como efectivamente muchos empleadores han utilizado la figura del contrato de prestación de servicios como forma simulada de verdaderos contratos laborales, con el objeto de defraudar a los trabajadores y evitar el pago de las respectivas vinculaciones.

Desafortunadamente, dicha situación se cumple en el caso en concreto, ya que a pesar que el trabajador cumple con todos los elementos propios del contrato de trabajo durante el desarrollo de la relación laboral, el empleador procura encubrir dicha situación con otro tipo de contrato distinto (contrato de prestación de servicios).

³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION LABORAL. Sentencia del dos (2) de agosto de dos mil cuatro (2004). Rad. 22259. MP: Dr. Luis Javier Osorio López. Bogota: El Autor, 2004.

Sin embargo, como se ha manifestado anteriormente, la legislación colombiana ha dispuesto una serie de leyes, normas o disposiciones para las correcciones de dicha problemática, viéndose la aplicación de los mismos en la jurisprudencia analizada, y por lo tanto, sirviendo como antecedentes judiciales para futuros procesos o circunstancias.

Primero que todo, durante el transcurso de todo el proceso, efectivamente puede constatarse como la parte demandante en apoyo del principio de igualdad y con fundamento en el principio de la primacía de la realidad, procede a demostrar los elementos esenciales del contrato de trabajo, es decir, la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y el salario o remuneración.

Adicionalmente, en la parte inicial de la sentencia, puede constatarse como la parte demandada procede a desvirtuar lo manifestado por el accionante en cada uno de los susodichos elementos esenciales, al presentarse una presunción legal que por lo tanto admite prueba en contrario. Sin embargo, de forma evidente, la accionada falla en su intento de desvirtuar plenamente lo anteriormente manifestado.

Inclusive, dentro de las consideraciones de la corte, puede apreciarse como la propia corte suprema de justicia procede a estudiar los elementos esenciales del contrato laboral, y además, vincula principios constitucionales como el principio de la primacía de la realidad, con el objeto de darle solución al litigio acorde con la realidad nacional.

Finalmente, puede observarse, como a partir de la demostración de los aspectos en mención, efectivamente la corte declara la existencia del contrato de trabajo y ordena el cumplimiento de todas sus obligaciones o sanciones.

De esta manera, con fundamento en todo lo anteriormente mencionado, se verifica la aplicación del principio de igualdad en este tipo de contrato simulado (el cual es verdaderamente un contrato de trabajo), aplicándose todo lo dispuesto en su reglamentación y obteniéndose finalmente un trabajo en condiciones de igualdad.

3.2.2 El trabajo temporal a través de las empresas de servicios temporales (sentencia de la C.S.J. expediente nº 31507).

3.2.2.1 Antecedentes. El apoderado de la parte demandante interpone recurso de casación, contra la sentencia de fecha 25 de febrero de 2005 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor WILBER BERMUDEZ GARCIA contra el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL - IFI - y la EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES - SERVIVARIOS LTDA.

Así, en primera instancia, el accionante solicitó que se declare la existencia del contrato de trabajo celebrado entre el demandante y el Instituto de Fomento Industrial - IFI, que se declare que la empresa de servicios temporales Servivarios Ltda. actuó como intermediaria y que se declare que el contrato de trabajo terminó de manera unilateral y sin justa causa, exigiendo por lo tanto, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, la indemnización moratoria, la sanción por la no consignación de las cesantías acumuladas, la indexación de las sumas dejadas de cancelar, la inscripción y pago de los conceptos de seguridad social, y en general, todas las obligaciones producto de dicha relación laboral.

De esta manera, la parte demandante procedió a establecer una serie de hechos o circunstancias con el objeto de demostrar la vinculación y el trato abusivo en el caso en específico, siendo ellos, el hecho de haber sido vinculado por la empresa

de servicios temporales Servivarios Ltda., haber sido traslado al IFI para prestar sus servicios como trabajador en misión y haber trabajado en la empresa durante mas de 34 meses sin solución de continuidad. Por lo tanto, al manifestar la real vinculación que se tuvo con la empresa y el evidente trato abusivo de la misma (el IFI no está facultado por la ley para contratar personal en misión por más de seis meses prorrogables), solicito el cumplimiento de las pretensiones anteriormente mencionadas.

En contraposición, la parte demandada – IFI, negó los hechos, manifestó que el recurrente laboro para Servivarios Ltda. siéndole cancelados oportunamente todas las obligaciones respectivas por parte de este, y finalmente, propuso las excepciones de pago, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, compensación y la genérica.

Por otro lado, la parte demandada Servivarios Ltda., negó los hechos, se opuso completamente a las pretensiones y propuso las excepciones de pago, inexistencia de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido, compensación, buena fe y la genérica.

Con fundamento en ello, el juez de primera instancia absolvió a las partes demandadas de todas las pretensiones de la accionante, manifestando la no existencia de contrato de trabajo alguno entre el autor y la usuaria y reconociendo la existencia de una serie de contratos laborales entre el recurrente y la empresa de servicios temporales.

Por ultimo, en segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha confirmo la decisión del juzgado, aclarando que la superación del término legalmente permitido no lo convierte en servidor público ni hace ineficaz las cláusulas contractuales, ya que la legislación no prevé tales efectos en estos casos.

3.2.2.2 Recurso de casación. Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpone recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, solicitando la casación total de la misma, la revocación de la sentencia de primera instancia y el despacho favorable de todas las pretensiones invocadas en la demanda.

De esta manera, el accionante comienza por admitir los fundamentos facticos de la sentencia recurrida, confirmando así, la real vinculación del trabajador (al dilucidar los fundamentos respectivos la vinculación del empleado con la empresa de servicios temporales, el envío del recurrente a la empresa usuaria, y finalmente, la calidad del demandante como trabajador en misión) y el trato abusivo (al comprobar los hechos enunciados la vinculación del empleado mediante contratos de trabajo sucesivos sin solución de continuidad entre el 1 de Junio de 1997 y el 10 de Abril del 2000, es decir, la extensión del contrato laboral por mas tiempo del legalmente permitido).

Por lo tanto, al presentarse efectivamente unos de los casos expresamente prohibidos por la ley, el demandante procedió a solicitar que además de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, se tuviere a la empresa usuaria como a la verdadera empleadora de la relación laboral y a la empresa de servicios temporales como a una intermediaria con responsabilidad solidaria.

Adicionalmente, dentro de las apreciaciones que se suscitan por parte del apoderado de la parte accionante, es de resaltar la utilización que se hace del propio principio de la primacía de la realidad.

Fuera de ello, el titular del recurso procede a atacar la sentencia de segunda instancia proferida por el tribunal, haciendo hincapié en los errores de hecho, en las pruebas erróneamente apreciadas y en la propia conclusión a la que llego la entidad. Dicha conclusión fue atacada por el recurrente dentro del recurso de

casación, ya que sostuvo como único castigo para este tipo de situaciones ilegales, fraudulentas o simuladas, simples sanciones de carácter administrativo.

Así las cosas, la parte actora con fundamento en todo lo anteriormente mencionado, solicita se case la sentencia del tribunal y se cumplan las demás consecuencias respectivas de dicho actuar.

3.2.2.3 Consideraciones de la corte. La Corte Suprema de Justicia al analizar el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, procedió a hacer su apreciación respecto al caso en mención.

Primero que todo, la corte estuvo plenamente de acuerdo con las apreciaciones manifestadas por el accionante, reconociendo como comportamientos ilegales hechos tales como la creación de empresas de servicios temporales irregulares, la extensión del contrato laboral por más tiempo del legalmente permitido y la ejecución de tareas distintas a las inicialmente encomendadas, y como consecuencia de ello, reafirmando las diversas sanciones de carácter administrativo, el reconocimiento de la empresa usuaria como el verdadero empleador y la identificación de la empresa de servicio temporal como simple intermediaria con responsabilidad solidaria.

En apoyo a dicha situación, hizo referencia a la sentencia del 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, la cual en uno de sus apartes expuso lo siguiente:

Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T. funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su

calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T., de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T., en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones.³⁶

Así las cosas, la corte al relacionar todo lo anteriormente mencionado con el caso en específico, procedió a casar totalmente la sentencia del tribunal, y por lo tanto, reconoció al señor Wilber Bermúdez García como trabajador oficial, al Instituto de Fomento Industrial (IFI) como verdadero empleador de dicha relación laboral y a la empresa de servicios temporales (Servivarios Ltda.) como simple intermediaria solidariamente responsable.

3.2.2.4 Análisis jurisprudencial. Ya una vez explicado en capítulos anteriores la figura de las empresas de servicios temporales y las situaciones a través de las cuales se puede presentar abuso o desigualdad laboral bajo dicha modalidad de contratación, podemos constatar como en el caso en específico este tipo de comportamiento se presentó por parte del empleador y en contra del propio trabajador en misión, al extenderse el contrato de trabajo por más tiempo del legalmente permitido (6 meses prorrogables por otros 6).

³⁶ SENTENCIA DE Abril 24 de 1997. Citado por, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION LABORAL. Sentencia del trece (13) de mayo de dos mil ocho (2008). Expediente 31507. MP: Eduardo López Villegas. Bogotá: El Autor, 2008.

Así las cosas, durante todo el desarrollo de la sentencia en mención, efectivamente la parte demandante procede a demostrar los elementos pertinentes para la solución de la problemática susodicha, siendo ellos, la real vinculación del trabajador y el respectivo trato abusivo. Para ello, y como elemento adicional a lo manifestado en teoría, utiliza como soporte legal el artículo 77 de la ley 50 de 1990, el artículo 13 del decreto reglamentario 24 de 1998, la sentencia del 24 de abril de 1997 radicada con el número 9435 y el propio principio de la primacía de la realidad consagrado a nivel constitucional (principio que se encuentra íntimamente relacionado con el principio de igualdad).

Fuera de ello, puede confirmarse como la parte demandante hace aplicable la posibilidad de utilizar diversos medios probatorios para la comprobación de los hechos respectivos (pruebas documentales, inspecciones judiciales, pruebas periciales, pruebas testimoniales, interrogatorios de parte, entre otro tipo de pruebas similares), al hacer alusión a los contratos de trabajo sucesivos sin solución de continuidad como pruebas de tipo documental.

Adicionalmente, puede verificarse como las partes demandadas se pronuncian acerca de los hechos manifestados por la parte accionante, con la finalidad de desvirtuar las pruebas anteriormente mencionadas.

Inclusive, puede observarse como la Corte Suprema de Justicia al estar de acuerdo con los planteamientos manifestados por la parte actora, establece el cumplimiento de las consecuencias legales del caso, ello es, el reconocimiento de la empresa usuaria como la verdadera empleadora del trabajador, la distinción de la empresa de servicios temporales como simple intermediaria con responsabilidad solidaria, y finalmente, la imposición de las sanciones administrativas a que hubiere lugar en el momento dado.

Por lo tanto, teniéndose en cuenta todo lo anteriormente mencionado, se puede verificar la aplicación del principio de igualdad en este tipo de contratación fraudulenta o simulada, tanto por parte de las altas cortes como por parte de los sujetos implicados.

3.2.3 Contratación por medio de las cooperativas de trabajo asociado (sentencia de la C.S.J. radicación nº 25713).

3.2.3.1 Antecedentes. La parte demandante interpone recurso de casación, contra la sentencia que dictó el Tribunal de Medellín el 30 de septiembre de 2004, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor IVÁN DARÍO FLÓREZ contra la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO.

Con base en ello, en primera instancia, el accionante solicitó el reconocimiento de la existencia del contrato de trabajo entre la parte demandante y el demandado, exigiendo consecuentemente, el pago de todas las obligaciones laborales producto de dicha relación contractual.

Posteriormente, la parte demandante estableció una serie de hechos o circunstancias con el objeto de dilucidar la real existencia del contrato de trabajo entre el accionante y el accionado, haciendo alusión a la actividad personal del trabajador (al manifestar haber trabajado para la empresa demandada no por interpuesta persona), a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador (por el hecho de haber recibido ordenes e instrucciones por parte de los funcionarios de Comfenalco) y a la remuneración (manifestando que el pago que se le hacía era en forma de salario). Además, la parte actora, referenció como se le obligó a afiliarse a la cooperativa de trabajo asociado Cooposalud en los meses subsiguientes, y finalmente, hizo mención de la

terminación del contrato con la empresa accionada por decisión unilateral y sin justa causa.

De esta manera, la parte demandada procedió a desvirtuar todo lo manifestado por el accionante, refiriéndose a la inexistencia de la actividad personal del trabajador (ya que el recurrente presto algunos servicios pero como contratista independiente), a la no continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador (por el hecho de haber actuado siempre con total autonomía técnica, directiva, administrativa, con sus propios medios y bajo sus propios riesgos) y al no cumplimiento de la exigencia de la remuneración (al presentarse el pago de honorarios en vez de salario). Además, expuso la calidad de asociado o cooperado que tenía el demandante en la cooperativa de trabajo asociado, y por último, invocó las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, pago, compensación y buena fe.

Así las cosas, con fundamento en todo lo anteriormente mencionado y en las pruebas recaudadas, el juez de primera instancia declaró la existencia del contrato de trabajo entre el accionante y el accionado, y por lo tanto, condenó a la demandada al cumplimiento de todas las obligaciones propias de la relación laboral. Sin embargo, se desconoció la aplicación de ciertos conceptos fundamentales, resaltándose sobre todo, el pago de la indemnización moratoria.

Finalmente, a través de la sentencia de segunda instancia se confirmó la decisión de primer grado, por haberse demostrado efectivamente la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y el demandado, viéndose además, como la cooperativa de trabajo asociado asumió funciones de una empresa de servicio temporal en el caso determinado. No obstante, el tribunal desconoció la indemnización moratoria, al no haberse demostrado mala fe por parte de la demandada.

3.2.3.2 Recurso de casación. La parte demandante mediante el recurso de casación solicita se case la sentencia de segunda instancia, en cuanto confirmo la absolución de la indemnización moratoria pretendida. Ello con la finalidad, de que prosperen los aspectos omitidos en primera instancia.

Así las cosas, primero que todo el accionante procedió a demostrar la mala fe que tuvo la empresa demandada, con fundamento en la real existencia del contrato de trabajo entre las dos partes implicadas, la utilización de la cooperativa de trabajo asociado como una simple fachada, e inclusive, en la dudosa conducta procesal de la accionada. La parte actora comenzó probando este tipo de situación, ya que la mala fe es un requisito indispensable para el reconocimiento o pago de la indemnización moratoria.

Como soporte legal de lo anteriormente manifestado por parte del recurrente, se hizo alusión a los artículos 98 y 99 de la ley 50 de 1990 y al artículo 65 del código sustantivo del trabajo.

Fuera de ello, el titular del recurso ataco la sentencia del tribunal proferida en segunda instancia, refiriéndose a los errores de hecho, a las pruebas erróneamente apreciadas y a la conclusión equivocada de la entidad implicada.

Finalmente, como objeto principal del recurso de casación, solicito el reconocimiento de la indemnización moratoria por parte del demandado y en favor del accionante, por los hechos que ya fueron explicados previamente.

3.2.3.3 Consideraciones de la corte. La Corte Suprema de Justicia en relación con lo manifestado por la parte demandante, procede a realizar una serie de apreciaciones de gran importancia para el mundo del derecho.

De esta manera, en el caso en específico, dicha entidad se encuentra plenamente de acuerdo con los planteamientos mencionados por el recurrente durante el desarrollo del recurso, ya que efectivamente no puede probarse la buena fe y por el contrario puede fácilmente sospecharse de conductas maliciosas y malintencionadas en relación con la empresa accionada, al presentarse verdaderamente un contrato de trabajo entre las partes implicadas, una cooperativa de trabajo asociado como fachada o simple intermediaria y un supuesto contrato de prestación de servicios violentado en su objeto por la propia demandada.

Por otro lado, en relación con todo lo que ya fue probado y debidamente aceptado en primera y segunda instancia (que propiamente no fue objeto del recurso), la corte complementa lo dicho por las respectivas entidades dentro del transcurso del proceso, expresando la siguiente idea:

Por esa razón, cuando se ha contratado a una cooperativa de trabajo asociado para que preste un servicio, ejecute una obra o produzca determinados bienes, es claro que en el evento de que los trabajadores que adelanten la ejecución de las actividades en desarrollo del respectivo contrato se hallen sin duda sujetos a una subordinación típicamente laboral respecto del beneficiario del servicio, de la obra o de la producción de bienes, deberán ser considerados como sus trabajadores para todos los efectos legales, por concurrir allí los elementos que configuran una verdadera relación de trabajo, como con acierto lo concluyó en este caso el Tribunal, lo cual es fiel trasunto del principio de la primacía de la realidad, elevado hoy a rango constitucional por el artículo 53 de la Constitución Política.³⁷

³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION LABORAL. Sentencia del seis (6) de diciembre de dos mil seis (2006). Rad. 25713. MP: Gustavo José Gnecco Mendoza. Bogota: El Autor, 2006.

Así las cosas, teniéndose en cuenta todo lo anteriormente mencionado tanto por la corte como por el accionante, se casa parcialmente la sentencia de segunda instancia respecto a ciertos aspectos que fueron objeto de discusión, y por lo tanto, se confirma el reconocimiento de la indemnización moratoria.

3.2.3.4 Análisis jurisprudencial. Con base en el estudio de dicha sentencia, puede verse, como efectivamente la cooperativa de trabajo asociado ejecuta una de las actividades que se encuentran expresamente prohibidas por la ley, siendo esta, el funcionamiento de la entidad como una empresa de servicio temporal. Inclusive, puede apreciarse como al supuesto asociado en la empresa demandada, definitivamente se le desconoce la verdadera relación laboral.

Dado que se trata de asociados o cooperados que han sido vinculados a través de intermediación laboral o servicio temporal, en donde se presenta además, los 3 elementos esenciales del contrato de trabajo, puede verificarse como indudablemente la parte demandante procede a demostrar los respectivos elementos del vínculo laboral, con el objeto de probar la existencia del contrato de trabajo.

Inclusive, puede observarse como la parte demandada procede a desvirtuar lo manifestado por la parte accionante, manifestando la no presencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo en el caso en específico, y además, tratando de demostrar el supuesto correcto funcionamiento de la cooperativa de trabajo asociado durante el envío del recurrente en calidad de cooperado.

Finalmente, durante todo el desarrollo de la sentencia (primera instancia, segunda instancia y recurso de casación), puede constatarse la adecuada decisión de las autoridades respecto a lo previamente probado, ya que reconocieron la existencia del contrato de trabajo entre el accionante y el accionado y ordenaron el

cumplimiento de las obligaciones propias de dicha relación laboral. Vale aclarar, que a pesar de que la mayoría de las pretensiones fueron reconocidas desde la primera instancia, conceptos como la indemnización moratoria se reconocieron al final.

Con fundamento en todo lo anteriormente mencionado, la aplicación de la reglamentación del principio de igualdad en este tipo de contratación fraudulenta (la cual realmente esconde contratos de trabajo), fue un hecho plenamente comprobado.

3.3 REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO (SENTENCIA DE LA C.S.J. RADICACION N° 32890)

3.3.1 Antecedentes. La parte demandante interpone recurso de casación, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 30 de septiembre de 2005, en el proceso ordinario adelantado por la señora NURIS MARINA ARIZA DE BERDUGO contra la FUNDACIÓN HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO.

A partir de ello, en primera instancia, la parte accionante solicita se le reintegre al cargo que venía desempeñando en la ciudad de Barranquilla en las mismas condiciones y circunstancias, y además, se le reconozca ciertas sumas dejadas de percibir a causa del despido. Subsidiariamente, pretende el pago de las indemnizaciones por despido injusto, la indemnización por mora y una compensación económica por el daño moral causado.

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante procedió a mencionar una serie de hechos o situaciones de gran importancia para el esclarecimiento de la

problemática, siendo ellos, la prestación personal del servicio de la recurrente en la entidad demandada (Donde la parte accionante se desempeñaba en el cargo de auxiliar de enfermería mediante contrato de trabajo a termino indefinido), la posterior orden de traslado al municipio de Sabanalarga, el no cumplimiento de dicha orden de carácter abusivo y la terminación del contrato de trabajo sin justa causa.

Por otro lado, la entidad accionada intento desvirtuar todo lo manifestado por la accionante, refiriéndose a la prestación personal del servicio del demandante, a la orden de traslado a Sabanalarga bajo el artículo 51 del reglamento interno de trabajo, al incumplimiento de la orden de traslado por parte de la empleada y a la terminación del contrato de trabajo con justa causa.

Así las cosas, teniéndose en cuenta todo lo anteriormente mencionado, el juez de primera instancia absolvió a la demandada de todas las pretensiones de la accionante, al haberse demostrado el incumplimiento de la orden de traslado y la terminación del contrato de trabajo con justa causa, la imposición de dicha orden de traslado de acuerdo con el artículo 51 del reglamento interno de trabajo, y finalmente, la debida publicidad y legitimidad de dicho reglamento.

Finalmente, el tribunal después de analizar todas las pruebas suscitadas tanto por la parte demandante como por la demandada, termina por confirmar la sentencia de primera instancia. Así, dentro de sus consideraciones, procede a hacer claridad respecto al artículo 51 del reglamento interno de trabajo, manifestando como efectivamente posibilita el traslado de los empleados, presenta unos efectos jurídicos vinculantes y de obligatorio cumplimiento, y sobre todo, justifica la terminación del contrato al omitirse sus preceptos. Por ultimo, termina dando claridad acerca de uno de los hechos propios de la demanda (incumplimiento de la orden de traslado por parte de la accionante), comprobando como evidentemente

la recurrente nunca fue al sitio de traslado, y en cambio, se presentó a su antiguo sitio de trabajo donde se le negó el acceso.

3.3.2 Recurso de casación. La parte demandante interpone recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, solicitando la casación total de la misma, la revocación de la sentencia de primera instancia y el despacho favorable de todas las pretensiones invocadas en la demanda.

Así las cosas, la recurrente procede a establecer una serie de planteamientos con el objeto de la plena satisfacción de lo previamente solicitado, refiriéndose detalladamente al artículo 51 del reglamento interno de trabajo, a la publicación de dicho reglamento, e inclusive, a las consecuencias suscitadas producto del incumplimiento de este último requerimiento.

En relación con el artículo 51 del reglamento interno de trabajo, cuestiona enérgicamente su validez, legitimidad y soporte jurídico dentro del mundo del derecho, ya que no se ajusta a los principios mínimos fundamentales del derecho laboral, afecta el honor, la dignidad y los derechos del trabajador, y por lo tanto, extralimita el propio poder subordinante del empleador.

Refiriéndose al requisito de la publicación del reglamento interno de trabajo, exige el debido cumplimiento de dicho factor y hace un juicio de control en relación con la elaboración del reglamento, al criticar y condenar el no cumplimiento del mismo en el caso determinado. La parte actora pone en serias dudas la publicación del reglamento, ya que la demandante no ingresaba a las dependencias de la entidad demandada en aquellos días, y por lo tanto, no le era posible haber conocido dicho documento. Además, la accionante no vio como probado el susodicho requerimiento, ya que no se encontró acreditada ni la publicación ni la entrega de una copia a la parte demandante.

Por lo tanto, como según la recurrente se vislumbra la inadecuada publicación del reglamento interno de trabajo, propone como consecuencias lógicas de dicho comportamiento, la no validez del artículo 51 de dicho documento, el no incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de la accionante, y finalmente, la terminación del contrato de trabajo sin justa causa.

Ya como soporte legal de lo previamente manifestado, la recurrente hace mención de una serie de artículos que se encuentran íntimamente relacionados con la temática como tal, siendo ejemplo de ellos, los artículos 120, 121 y el numeral 2 del artículo 122 del código sustantivo del trabajo.

Por otro lado, el titular del recurso denunció los yerros facticos en los que incurrió el tribunal, haciendo alusión a los errores de hecho, a las pruebas erróneamente apreciadas e inapreciadas, y de esta manera, a la decisión equivocada de la propia entidad.

Finalmente, con fundamento en todo lo anteriormente mencionado, la actora solicitó el reconocimiento de las pretensiones respectivas por parte de la Corte Suprema de Justicia, ya que las mismas fueron negadas en primera y segunda instancia.

3.3.3 Consideraciones de la corte. Ya una vez analizados todos los cargos de la parte recurrente, la Corte Suprema de Justicia procede a hacer una serie de apreciaciones o consideraciones pertinentes, desvirtuándose cada uno de los aspectos mencionados por su titular.

Así las cosas, la corte no considera que el artículo 51 del reglamento interno de trabajo sea una disposición ilegítima en el caso denunciado, por ser parte integrativa y consecuencia directa del poder de subordinación o dependencia.

Dicha decisión fue respaldada, al no verse violación de los principios mínimos fundamentales del derecho laboral, y en general, al no presentarse ningún tipo de transgresión en materia legal.

Adicionalmente, según opinión de la entidad, a pesar que la recurrente no ingresaba a las dependencias de la empresa demandada en la época de la publicación del reglamento, ello no implica ni que la entidad le negara el paso ni que ella no pudiera conocer el respectivo escrito. Además, da por sentado, la expedición, aprobación, publicación y vigencia del reglamento interno de trabajo, con fundamento en las pruebas aportadas.

Por lo tanto, al haberse cumplido con todos los requisitos para la validez del documento, efectivamente se presentó una orden de traslado acorde con la normatividad de la empresa (artículo 51 del reglamento), se incumplió dicha obligación por parte del empleado, y como consecuencia, se presentó una terminación del contrato de trabajo con justa causa.

Teniéndose en cuenta todo lo anteriormente mencionado y las conclusiones finales a las que llegó la corte, no se casa la sentencia de segunda instancia y no prosperan las pretensiones de la demanda inicial.

3.3.4 Análisis jurisprudencial. Como se ha dicho anteriormente, para solucionar una de las principales situaciones de desigualdad en el reglamento interno de trabajo (posible abuso del empleador al momento de la elaboración del reglamento), tanto el apoderado como la parte implicada podrán acudir a los artículos 104 y siguientes del código sustantivo del trabajo, para exigir con fundamento en ellos, la elaboración del reglamento acorde con las normas y la ley, la debida aprobación, publicación y vigencia de dicho documento, la ineficacia de las cláusulas del reglamento en ciertos casos determinados, y finalmente, la

revisión y modificación del mismo cuando nuevas disposiciones legales lo hagan necesario. De esta manera, se logra un reglamento interno de trabajo (parte integrativa del contrato de trabajo), en condiciones de igualdad.

Así las cosas, analizándose el caso en concreto, vemos como efectivamente se presenta un posible abuso del empleador al momento de la elaboración del reglamento, al cuestionarse la debida publicación del mismo respecto del trabajador.

De esta manera, puede constatarse como la parte demandante en apoyo de una serie de disposiciones legales como los artículos 120, 121 y el numeral 2 del artículo 122 del código sustantivo del trabajo (normas que se encuentran dentro de los artículos 104 y siguientes del código laboral), exigió la debida publicación del reglamento interno de trabajo, aspecto que definitivamente no se cumplía en el caso determinado.

Inclusive, puede observarse, como la propia Corte Suprema de Justicia procedió a analizar todos los aspectos mencionados por la parte accionante, tomando en consideración el requisito de la publicación del documento, reconociendo por lo tanto las disposiciones legales que lo soportan, y finalmente, llegando a una conclusión producto de su análisis.

Sin embargo, a pesar de haberse efectuado el procedimiento anteriormente mencionado, los hechos del proceso no lograron demostrar el incumplimiento de dicho requisito por parte de la empresa demandada, razón por la cual, la sentencia de segunda instancia no fue casada y no prosperaron las pretensiones de la parte implicada. El problema no fue de forma sino de fondo.

Ya a manera de crítica, aunque la parte demandante cumplió detalladamente lo dispuesto en teoría, según lo visto en la sentencia, ello solamente fue aplicado en el recurso de casación y no en las instancias previas.

Por lo tanto, teniéndose en cuenta todo lo anteriormente expresado, no obstante se presenta una decisión desfavorable por parte de la entidad, indudablemente se comprueba la aplicación del principio de igualdad en el reglamento interno de trabajo.

3.4 APRECIACIONES FINALES

Sin lugar a duda, tomándose como base las sentencias previamente analizadas durante el desarrollo del presente capítulo, es un hecho que la reglamentación del principio de igualdad en el contrato de trabajo (en el contrato de trabajo como tal, en otro tipo de figuras que por su condición terminan siendo realmente contratos de trabajo y en el reglamento interno de trabajo), ha sido plenamente aplicada en la realidad nacional.

Así las cosas, una vez confirmada la aplicación del principio de igualdad en el contrato laboral, cabe destacar una serie de aspectos fundamentales que se vislumbraron sobre la misma en materia jurisprudencial, siendo ellos, la evidente ejecución de la figura como consecuencia de situaciones de desigualdad o abuso, su aplicación por parte del demandante, demandado y las altas cortes, y finalmente, el resultado benéfico que presenta dicho actuar.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que no siempre el principio de igualdad es plenamente aplicado por las partes o la corte, presentándose en algunas ocasiones la aplicación indebida de la figura y en otras la no aplicación a nivel procesal. Inclusive, en diversas situaciones, a pesar de aplicarse

debidamente el susodicho principio en el contrato de trabajo, el verdadero sentido de la igualdad no es completamente alcanzado por el directamente implicado.

De esta manera, uno de los ejemplos más representativos en los cuales se presenta una aplicación indebida del principio de igualdad, se da cuando ante situaciones de abuso o de desigualdad en las empresas de servicio temporal, el demandante solamente procede a demostrar los 3 elementos esenciales del contrato de trabajo. Ello se explica, ya que en el caso en concreto, la persona ignora los medios de prueba realmente adecuados (pruebas que demuestren la vinculación del trabajador en misión y el trato abusivo).

Respecto a la no aplicación del principio de igualdad en el contrato laboral, cabe mencionar, que este tipo de omisiones por parte de los ciudadanos o de los directamente afectados obedece principalmente a circunstancias tales como la ignorancia, el miedo, la falta de oportunidades y la carencia económica, siendo elementos dignos de ser analizados y estudiados para la obtención de futuras soluciones, y además, para la creación de conciencia y reflexión social.

Por último, la ley 1233 de 2008 de las cooperativas de trabajo asociado, es una fiel muestra de una reglamentación que aunque debidamente aplicada en defensa del principio de igualdad en el contrato laboral, desafortunadamente todavía deja mucho que desear para la obtención de un trabajo en condiciones de igualdad (aunque hay que reconocer los avances que dicha ley ha aportado para el derecho laboral).

Ya una vez ha quedado en claro todo lo anteriormente explicado, en el siguiente capítulo se analizarán las consecuencias de la aplicación del principio de igualdad en el contrato de trabajo, las consecuencias de la aplicación indebida de la susodicha figura y las consecuencias de la no aplicación del respectivo principio, con la finalidad de dilucidar el panorama actual de la temática objeto de estudio, y

sobre todo, de brindar la posibilidad al lector de crear mecanismos alternativos de solución para el mejoramiento de cada situación en específico.

4. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN O NO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO Y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION

4.1 CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO

De manera evidente, la aplicación del principio de igualdad en el contrato de trabajo genera una serie de consecuencias tanto sobre la parte demandante como sobre el demandado, reivindicándose los derechos de la persona directamente afectada y obligándose en su cumplimiento al propio acusado. Sin embargo, en diversas ocasiones, la sola aplicación del principio de igualdad sobre el contrato objeto de análisis, se convierte en una herramienta insuficiente para el alcance de dicho resultado.

Por lo tanto, en el presente acápite, no solamente se estudiara las consecuencias de la aplicación del principio de igualdad en el contrato de trabajo como tal, en las figuras simuladas (contrato de prestación de servicios, empresas de servicios temporales y cooperativas de trabajo asociado) y en el reglamento interno de trabajo, sino que además, se analizaran los problemas existentes a pesar de la aplicación del susodicho principio.

4.1.1 Consecuencias de la aplicación del principio de igualdad en el contrato de trabajo como tal. Como ya ha sido explicado previamente, el principio de igualdad constitucional y legalmente concebido en nuestro ordenamiento jurídico, conlleva una doble faceta en cuanto a su interpretación o alcance. Así las cosas,

el principio de igualdad desde un sentido estricto, hace referencia a un trato equitativo o igualitario sobre todos los ciudadanos, mientras que el principio de igualdad desde un sentido amplio, hace referencia a un trato desigual razonablemente justificado.

Una vez aclarado ello, con fundamento en lo manifestado en el primer capítulo del trabajo, la aplicación del principio de igualdad desde un punto de vista estricto sobre el contrato de trabajo, garantiza la prestación equitativa de todos los derechos, principios y garantías laborales sobre los titulares de la relación contractual, y por lo tanto, evita la discriminación y el acoso laboral.

Así mismo, la aplicación del principio de igualdad desde un punto de vista amplio sobre el contrato de trabajo, conlleva a una serie de consecuencias fundamentales tanto para el empleador como para el empleado. Así, dentro de sus efectos más representativos, se evita la desmotivación para la creación de empresas, la liquidación de empresas ya existentes, el despido de un número importante de empleados, la ejecución de figuras simuladas, entre otros tipos de comportamientos similares.

De esta manera, con fundamento en todo lo anteriormente mencionado, se dilucidan consecuencias de carácter general. Sin embargo, dado que dichas figuras ya fueron explicadas detalladamente, no se hará hincapié en ellas.

Por otro lado, en relación con las consecuencias particulares de la materia, al aplicarse las reglamentaciones que se encuentran íntimamente relacionadas con el principio de igualdad en el contrato de trabajo como tal, ello conlleva a la igualdad de todos los trabajadores incluyéndose los de los regímenes especiales (Artículo 10 del C.S.T.), al equilibrio en cuanto a la determinación del salario y sus incrementos (Artículo 143 del C.S.T.), la protección del trabajo nacional (Artículo 74 del C.S.T.), la humanización del contrato laboral con fundamento en la igualdad

dada entre el hombre y la mujer, la no discriminación a las personas titulares de enfermedades como el VIH y la protección especial a las mujeres, a los menores, a los discapacitados y en general a las personas que se encuentran en estado de indefensión o inferioridad (artículo 9 del decreto reglamentario 1398/90, artículo 39 del decreto reglamentario 1543/97, artículo 117 de la Ley 1098 de 2006, artículo 242 del C.S.T., artículo 11 del decreto reglamentario 995 de 1.968 y Título VIII, Capítulo V, artículos 236, 237, 238, 239, 240, 241, 243 y 244 del Código laboral), la delimitación clara del principio de igualdad, la protección estatal al trabajo y el respeto por los principios mínimos fundamentales del trabajador (artículo 13, 25 y 53 de la C. N.), u otro tipo de situaciones fundamentales.

Finalmente, un tercer grupo de consecuencias producto de la existencia de las consecuencias generales y particulares ya estudiadas, hacen alusión a valores y principios básicos del derecho laboral colombiano, y sobre todo, a conceptos que han sido permanentemente exigidos por parte del trabajador o empleado.

El primero de ellos, se fundamenta en el concepto de la dignidad, entendida como el valor intrínseco y supremo que tiene cada ser humano, independientemente de su situación económica, social y cultural, así como de sus creencias o formas de pensar.

El segundo principio alcanzado a través de la aplicación de la figura, se fundamenta en el concepto de justicia como valor y fin del derecho, siendo el arte de dar a cada uno lo que es suyo o lo que le corresponde.

Para terminar, se consolida una de las figuras de mayor polémica y exigencia respecto al derecho laboral colombiano, denominado el derecho al trabajo decente. Así, dicho concepto, ha sido definido como un trabajo productivo para hombres y mujeres en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, e inclusive, como aquel que se realiza respetando el cumplimiento de las

normas fundamentales del trabajo (NFT), presentando como principios básicos la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la abolición de la discriminación en materia de empleo y ocupación, y por lo tanto, generando un empleo de gran protección.

4.1.2 Consecuencias de la aplicación del principio de igualdad en otro tipo de figuras que por su condición terminan siendo realmente contratos de trabajo. Desafortunadamente, en los últimos años, un gran número de empleadores han acudido a la aplicación de las llamadas figuras camufladas o simuladas (contrato de prestación de servicios, empresas de servicios temporales y cooperativas de trabajo asociado), con el fin de evitar el pago de las cargas laborales y abusar de sus empleados. Por lo tanto, la aplicación del principio de igualdad sobre dichas figuras en el Estado colombiano, es fundamental para convertir este tipo de figuras fraudulentas en verdaderos contratos de trabajo, y así, reivindicar los derechos de todos los trabajadores sin importar la formalidad sobre la cual ellos hayan sido vinculados.

De esta manera, al presentarse la aplicación del susodicho principio sobre cada una de las figuras respectivas, se generaran una serie de consecuencias dignas de mención y futuro análisis.

En relación con el contrato de prestación de servicios, evidentemente la aplicación del principio de igualdad sobre este tipo de figura contractual, no solamente conllevara a consecuencias tales como el reconocimiento de la existencia del contrato de trabajo y el pago retroactivo de todos los conceptos y beneficios propios de dicha relación, sino que además, asegurara la continuidad del contrato bajo el nuevo tipo o modalidad exigida.

Como el contrato de prestación de servicios carece de ciertas protecciones fundamentales en materia laboral, siendo ejemplo de ello la no protección del salario mínimo legal, es importante la aplicación del principio para la consolidación de los derechos.

Ya en relación con las empresas de servicios temporales, la aplicación del principio de igualdad sobre este tipo de figura o modalidad, conlleva al reconocimiento de la existencia del contrato de trabajo entre la empresa usuaria y el empleado y al cumplimiento de todos los aspectos característicos propios de este tipo de contratación. Además, en materia de responsabilidad, se presentara como consecuencia la responsabilidad solidaria entre la empresa usuaria y la empresa de servicios temporales, siempre y cuando, se presente la extensión del contrato laboral por mas tiempo del legalmente permitido (6 meses prorrogables por otros 6) o la empresa de servicio temporal no funcione lícitamente. En cambio, se presentara como consecuencia la responsabilidad exclusiva por parte de la empresa usuaria, siempre y cuando, se ordene la ejecución de tareas distintas a las inicialmente encomendadas.

Respecto a la ultima figura, las cooperativas de trabajo asociado, al aplicarse toda la normatividad pertinente en relación con el principio de igualdad sobre este tipo de modalidad, se deberán reconocer todos los beneficios y protecciones provenientes del contrato de trabajo, y además, tanto la cooperativa como el tercero contratante responderán solidariamente por los conceptos de indemnización, prestaciones y salario.

Adicionalmente, con fundamento en la aplicación o exigencia de la ley 1233 de 2008 (Ley que proporciona ciertos avances sobre las cooperativas de trabajo asociado), se presentaran una serie de consecuencias trascendentales que beneficiaran al cooperado o asociado, siendo ejemplo de ellas, el pago de compensaciones no inferiores a un salario mínimo legal mensual vigente, el pago

de aportes parafiscales al Sena, ICBF y Cajas de compensación familiar (Debiendo ser a cargo de la cooperativa), la afiliación y pago de seguridad social (Debiendo la cooperativa respetar lo dispuesto para ello en las normas laborales), la aplicación de la legislación laboral en lo concerniente a los trabajadores menores de edad y a la maternidad, la supervisión y control de las cooperativas por parte de la superintendencia de economía solidaria, y finalmente, la prohibición a las cooperativas de trabajo asociado de ejecutar intermediación laboral y servicio temporal.

De manera complementaria, vale la pena dilucidar dos consecuencias generales o finales en torno a la temática en específico, siendo ellas, la igualdad de todos los trabajadores sin importar la figura simulada bajo la cual estén actuando y la protección de todas las garantías, derechos y beneficios propios del contrato de trabajo.

4.1.3 Consecuencias de la aplicación del principio de igualdad en el reglamento interno de trabajo. Evidentemente, la aplicación del principio de igualdad en el reglamento interno de trabajo (parte integrante del contrato laboral), presentara consecuencias de gran importancia tanto en la elaboración y contenido del reglamento como en la propia aplicación del mismo. Todo ello, gracias a la exigencia y debida aplicación de cada uno de los artículos previamente estudiados, en el acápite correspondiente.

Así las cosas, en relación con la elaboración y contenido del reglamento, este presentara una menor discrecionalidad, una mayor vigilancia, un evidente control en cuanto a su normatividad y una actualización permanente acorde con las necesidades de la sociedad.

Ya en relación con su aplicación, efectivamente se evitara el desarrollo del acoso laboral en cada una de las situaciones que el mismo dirime.

Por lo tanto, al presentarse una elaboración, contenido y aplicación del reglamento de la forma previamente manifestada, indudablemente se consolidara la realización del trabajo en condiciones de igualdad.

Sin embargo, es importante recordar, como el reglamento interno de trabajo es un ente regulador de las situaciones jurídicas presentadas tanto sobre el empleador como el trabajador. Por ello, a pesar que el empleador es el encargado de la creación y la elaboración del mismo y el trabajador es el encargado de su vigilancia y control, en términos racionales, la creación, elaboración y control debería estar a cargo no de uno sino de los dos. En dicho caso hipotético, no sería necesaria la aplicación del principio.

4.1.4 Problemas existentes a pesar de la aplicación de dicho principio. De forma desafortunada, en diversas ocasiones la aplicación del principio de igualdad sobre el contrato de trabajo, las figuras simuladas o el reglamento interno de trabajo, no llega ser suficiente para la obtención de las finalidades pretendidas, y sobre todo, para la solución de los problemas mencionados. Ello se da, ya que en ciertas situaciones no obstante se presente debidamente la aplicación de la medida, puede que la misma no satisfaga plenamente al directamente implicado, y en caso de hacerlo, no evite la continua causacion de perjuicios sobre la sociedad o el Estado. Ejemplo de ello, sería el caso de una persona que acude a la justicia, presenta una defensa adecuada, satisface el cumplimiento de sus derechos, mas sin embargo, sigue viendo como sus amigos permanentemente son victimas de la figura atacada.

Fuera de ello, de forma adicional, no solamente se presenta este tipo de situaciones que afectan al particular o a la comunidad, sino que además, las mismas suelen estar acompañadas de otro tipo de resultados de manera consecucional.

Así las cosas, en el presente acápite, se estudiara la figura de las cooperativas de trabajo asociado como caso representativo de la situación denunciada, a través del análisis critico de la ley 1233 de 2008 y la exposición detallada de la huelga de los corteros de caña.

4.1.4.1 Análisis critico de la ley 1233 de 2008 en las cooperativas de trabajo asociado. Reconociendo el esfuerzo que el gobierno ha hecho para mejorar las condiciones de los cooperados a través de la ley 1233 de 2008, lamentablemente a este tipo de disposición todavía le falta mucho para la plena solución de las injusticias laborales y para la total reivindicación de los derechos. Por lo tanto, para el debido análisis de la ley enunciada, se hablara acerca de las consecuencias que la misma ha generado en el territorio colombiano, y además, se hará un énfasis sobre los problemas previos que la misma no ha podido solucionar.

En relación con las consecuencias producto de la aplicación de la ley 1233 de 2008, dentro de sus efectos mas representativos y ya previamente enunciados, se encuentra el pago de compensaciones no inferiores a un salario mínimo legal. Aunque inicialmente dicha disposición potencialmente genera beneficios al cooperado o asociado, al ser compensación y no salario, genera dos tipos de complicación en materia laboral.

Como primero, no se hacen titulares de las protecciones que presenta la figura del salario, tales como la inembargabilidad del mínimo y la actualización. Ya como

segundo, los asociados quedan sometidos a descuentos prohibidos para cualquier trabajador, como lo son los descuentos por uniformes, herramientas de trabajo, e incluso multas.

Por lo tanto, se puede decir, que a pesar de pretenderse no pagar valores inferiores al salario mínimo legal mensual vigente en este caso específico o determinado, en la práctica, existe la posibilidad de disminuir esta limitante por parte de la cooperativa de trabajo asociado.

Ya en relación con el pago de aportes parafiscales al Sena, ICBF y Cajas de compensación familiar, estas estarán a cargo de las cooperativas de trabajo asociado con excepción de aquellas cuya facturación anual no exceda 435 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y con base en ello, no serán asumidas en ningún caso por el cooperado.

Sin embargo, dado que el gobierno carece de las herramientas operativas y jurídicas esenciales para determinar la facturación real de las Cooperativas de trabajo asociado, se podrá burlar la norma a través de movimientos administrativos o financieros, y por lo tanto, la disposición se convertirá en inaplicable para el presunto beneficiado.

Otro de los beneficios o consecuencias propias de la ley, se fundamenta en la afiliación y pago al sistema de seguridad social, debiendo la cooperativa respetar lo dispuesto para ello en las normas laborales. Debido a la respectiva equiparación que ha tenido la norma con lo dispuesto sobre trabajadores o empleados, la misma no amerita mayor crítica o discusión.

No obstante lo anterior, la aplicación de la legislación laboral en lo concerniente a los trabajadores menores de edad y a la maternidad, se convierte en otro asunto digno de ser estudiado y analizado. Ello se da, ya que a pesar de ser un efecto

beneficioso para el cooperado o asociado durante el desarrollo de su labor en la modalidad objeto de estudio, deslumbra la gran cantidad de derechos mínimos e irrenunciables y derechos laborales que han sido desconocidos por parte de las cooperativas de trabajo asociado, tales como la limitación de jornadas de trabajo, derecho al pago de horas extras, vacaciones, protección a discapacitados, estabilidad laboral, protección al empleo, protección de la remuneración mínima y vital, entre otro tipo de factores similares. Aunque es una iniciativa importante, falta ser complementada.

Adicionalmente, la supervisión y control de las cooperativas por parte de la superintendencia de economía solidaria, se ha convertido a través de los tiempos en una figura ineficaz para controlar los comportamientos fraudulentos y simulados en el territorio nacional, por tener dicho organismo de control menos de 100 funcionarios (la mayoría de ellos radicados en Bogota), y sobre todo, carecer de competencia para proteger derechos laborales o imponer sanciones propias de los inspectores de trabajo.

Por último, respecto a la prohibición de ejecutar intermediación laboral y servicio temporal, como crítica, si se llegare a incumplir la medida por parte de la cooperativa y en perjuicio del cooperado, se requerirán largos procesos judiciales para el restablecimiento del derecho y solamente se beneficiara al directamente implicado.

Para terminar, en relación con los problemas previos que la misma ley no ha podido solucionar, sigue presentándose ausencia de participación democrática en los asociados (la oferta mercantil firmada entre la empresa y CTA no esta sujeta a la aprobación de la asamblea de asociados), las formas de contratación son cada vez peores y mas baratas (por la permanente guerra del centavo entre cooperativas), se desconoce el concepto de salario, prestaciones sociales, indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa y los

derechos de asociación, negociación y huelga, (conceptos de gran importancia respecto al contrato de trabajo), y en general, se inaplican todos los derechos, principios y garantías propios del código sustantivo del trabajo.

Parte de dicho pensamiento, puede ser constatado en la siguiente expresión doctrinal:

En materia de cooperativas de trabajo asociado cita el informe que “Debido a una ley relacionada con las cooperativas aprobada en junio, se les requirió a las cooperativas de trabajo a registrarse en el MPS. Hubo un estimado de 3,939 cooperativas con 88,137 trabajadores asociados. Las cooperativas de trabajadores fueron obligadas a compensar a sus asociados con al menos por un equivalente al salario mínimo y a los mismos beneficios en salud y pensión que ofrecen los empleadores a trabajadores contratados directamente”.

Sin embargo, la reciente Ley 1233 de 2008, que el gobierno presenta como un avance a favor de los derechos laborales de las y los trabajadores, no reconoce los derechos que tienen los asociados, como lo son la protección a jornadas de trabajo, protección al salario, pago de primas o de cesantías, derecho a huelga, negociación colectiva o asociación, lo que garantiza la persistencia de la precarización laboral bajo este modelo de contratación laboral, y estimula el reemplazo de trabajadores laborizados por trabajadores asociados.³⁸

De esta manera, con fundamento en todo lo anteriormente mencionado, efectivamente puede constarse como la debida aplicación de la ley 1233 de 2008 (reglamentación que se encuentra íntimamente relacionada con el principio de igualdad), llega a ser insuficiente afectando ya sea al particular o a la sociedad.

³⁸ AGENCIA DE INFORMACION LABORAL ENS, Lo que faltó decir al Departamento de Estado en derechos laborales, [En línea]. Colombia : 9 de marzo de 2009. <http://www.ens.org.co/noticias.htm?AA_SL_Session=15569950ee35bb6ab633cf44056eaceb&x=20154628> [Consulta: Mar: 2009].

4.1.4.2 Caso de la huelga de los corteros de caña. Una vez estudiado las situaciones a través de las cuales se afecta al particular o la sociedad a pesar de la aplicación del principio, es viable analizar ciertos resultados generados de manera consecencial producto de dicha situación previa, encontrándose entre sus más representativos la huelga de los corteros de caña.

Lamentablemente, en el territorio nacional, los ingenios azucareros han ido aplicando la figura de las cooperativas de trabajo asociado junto con los efectos inmediatos que esta conlleva, con el fin de defraudar a los trabajadores y lucrarse indefinidamente de capital y recursos.

Así, respecto a la obtención indefinida de capital, la misma ha sido adquirida gracias a la producción del azúcar y al negocio del alcohol carburante.

Es indiscutible la obtención de recursos a través de la producción del azúcar en el país, ya que dicho bien se vende 3 veces más caro en Colombia que en el resto del mundo. Ya respecto al negocio del alcohol carburante, no solamente el mismo conlleva a rentabilidades altísimas en comparación con las producidas por el azúcar, sino que además, es titular de innumerables beneficios tales como estar exento del impuesto de IVA (16%), la sobretasa a la gasolina (25%) y el impuesto global, pago solo del 15% de Impuesto de Renta, exenciones de aranceles para bienes de capital, establecimiento del precio, garantía de compra, entre otro tipo de factores similares.

En contraposición, los corteros de caña han sido titulares de una permanente condición de precariedad semejante a la esclavitud de tiempos pasados, trabajando mas de 14 horas diarias, pagándoseles una compensación inferior a \$400.000 mil pesos, y en general, siendo victimas del desconocimiento laboral propio de las cooperativas de trabajo asociado.

Por lo tanto, con fundamento en este tipo de situación, los afectados elaboraron un pliego de peticiones dirigido a los ingenios y al gobierno nacional basado en la reivindicación de los derechos laborales, negándose Asocaña a negociar el pliego, hecho que desencadenó el paro de los corteros.

En relación con este nuevo efecto o resultado, es decir, la huelga de los corteros de caña de azúcar, la misma fue iniciada el 15 de Septiembre de 2008 por más de diez mil afectados pertenecientes a 9 ingenios azucareros del valle del Cauca, presentándose un permanente cese de actividades, de carácter pacífico, argumentativo y con reconocimiento del gobierno Departamental.

En dicho paro, fueron innumerables las peticiones que se dieron por parte de los corteros, para la recuperación de la normalidad. Sin embargo, no obstante todas sus pretensiones fueron notablemente justificadas y acordes con la situación actual, la contratación directa con las empresas y la estabilidad laboral fueron la base de su exigencia contractual.

Otras pretensiones de vital importancia, fueron el control efectivo al peso de la caña a través de mecanismos concertados, un aumento salarial del 30% que compense el costo de vida, la jornada de trabajo y la rudeza de la labor, el respeto del derecho al trabajo ante la creciente mecanización para el corte de la caña, y finalmente, la no represalia por la participación en la protesta.

Finalmente, respecto a las personas u organismos que apoyaron el paro, por un lado se destacaron diversos sectores sociales, políticos, religiosos, columnistas, editorialistas, entre otro tipo de individuos similares, y por el otro, se presentó el respaldo de importantes organizaciones tales como Fecode, la Gran Coalición Democrática, la CUT, la CSA, Sinalcorteros y Sinaltrainal.

En apoyo de estos 2 efectos consecuenciales y de todos los efectos nefastos que puede generar la situación denunciada, se presenta el siguiente comentario doctrinal:

Un grupo de corteros de caña se encuentra en la plaza de Bolívar en Bogotá haciendo presencia y huelga de hambre, reclamando derechos que les han sido vulnerados, derechos que exigen como trabajadores. Las condiciones bajo las que trabajan, son cada vez más precarias, en gran parte debido a que son contratados a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado, que son el sistema de empleo más utilizado por los empresarios en nuestros días, éstas no lo contratan a uno, contratan sus servicios y por eso no deben responder por nada más que pagar lo que consideren; con eso se ahorran trámites largos, el pago de prestaciones, mejores salarios, el pago de salud y prevención de accidentes laborales, entre otros. Además tienen la “ventaja” de evitar la formación de sindicatos laborales que exijan el cambio de esas condiciones de trabajo.

(...)

No podemos tolerar estas políticas, menos seguir tolerando que no se les pague a los trabajadores el valor real de su trabajo, que el trabajador siga siendo explotado y su trabajo sea robado diariamente por otros pocos que cada día ganan más y más. En vez de dejar que las malas condiciones que existían empeoren, tenemos que generar cambios, exigir que no se le robe el trabajo al explotado, levantar nuestras voces para reclamar los derechos que se nos han robado.³⁹

4.2 CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN INDEBIDA O NO APLICACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO

³⁹ COLECTIVO DE ABOGADOS, El empresario caña al cañero, [En línea]. Colombia : 8 de octubre de 2008. <<http://www.colectivodeabogados.org/spip.php?article1439>> [Consulta: Mar: 2009].

Desafortunadamente, en el territorio nacional, se han presentado un gran número de situaciones en las cuales no se aplica o se aplica de forma indebida el principio de igualdad, siendo víctima de dicho comportamiento la propia figura del contrato laboral. Así las cosas, se han presentado una serie de consecuencias altamente perjudiciales y completamente violatorias de la ley y la constitución, generándose afectación tanto a nivel particular como social.

Por lo tanto, en la presente temática, se expondrán las consecuencias tanto particulares como generales de la indebida o no aplicación del principio de igualdad sobre el contrato de trabajo como tal, las figuras simuladas y el reglamento interno de trabajo, explicándose detalladamente las implicaciones que la misma conlleva en cada caso y motivándose al lector a la búsqueda de correcciones o mecanismos alternativos de solución.

4.2.1 Consecuencias de la aplicación indebida o no aplicación del principio de igualdad en el contrato de trabajo como tal. La aplicación indebida o no aplicación del principio de igualdad en el contrato de trabajo como tal, evidentemente conlleva a consecuencias opuestas de las propias de la aplicación de la figura. Por lo tanto, el acoso laboral, la discriminación, la desmotivación para la creación de empresas, la liquidación de empresas ya existentes, el despido masivo de empleados, la aplicación de figuras fraudulentas, la precarización del trabajo, y en general, las situaciones inversas a las ya vistas, serán el resultado inmediato en dicho comportamiento.

No obstante, como producto de la existencia de este tipo de consecuencias individuales, es decir, que afectan directamente al trabajador y al empleador, se presentan otro tipo de consecuencias a nivel social y colectivo que también son de gran importancia.

Así, la desmotivación para la creación de empresas y la liquidación de empresas ya existentes, conllevara inmediatamente al desempleo, ella a su vez conllevara a la pobreza, y finalmente, esta ultima tendrá como efecto el aumento de la violencia.

El desempleo en Colombia, se encuentra definido como la situación del grupo de personas en edad de trabajar, que no tienen empleo en la actualidad, se encuentran disponibles para trabajar (no tienen limitaciones físicas o mentales para ejercer una labor) y han estado buscando trabajo durante un periodo determinado.

De esta manera, dicho concepto se encuentra dividido en dos clases fundamentales, siendo ellas el desempleo abierto y el desempleo oculto. El primero, en nuestra nación, corresponde a aquellas personas que tienen doce años o más, no tienen empleo actualmente, se encuentran disponibles para desarrollar una labor y han estado buscando trabajo durante el último mes. Ya el segundo grupo, corresponde a aquellas personas que tienen doce años o más, no tienen empleo actualmente, se encuentran disponibles para desarrollar una labor y no han estado buscando trabajo durante el último mes pero sí en los últimos doce meses, con una razón válida para haber dejado de buscarlo.

Así las cosas, teniéndose en cuenta todo lo previamente manifestado, el desempleo en el territorio nacional ha presentado una tasa del 11.2% en el 2007, del 11.3% en el 2008 y del 14.2% en enero de 2009, siendo un factor que notablemente va en aumento en el Estado, y por lo tanto, convirtiéndose en una consecuencia social de gran preocupación actual.

Ya el concepto de pobreza, ha sido definido como la situación que afecta a las personas que carecen de lo necesario para el sustento de sus vidas, encontrándose dividida en dos tipos o modalidades.

El primero de ellos, la pobreza propiamente dicha, se ha definido como la incapacidad que tiene una familia de cubrir con su gasto familiar, una canasta básica de subsistencia. Ya la pobreza extrema, se ha definido como la incapacidad que tiene una familia de cubrir con su gasto familiar, una canasta alimentaria.

Por lo tanto, en relación con la situación de pobreza presentada en Colombia, la misma ha pasado de una tasa del 57% en 1999 a una tasa del 45% en el 2006, viéndose una notable reducción en sus cifras. Sin embargo, a pesar de la respectiva disminución, las cifras siguen siendo bastante altas en relación con el 100% de la población, y como consecuencia, ha sido un factor que amerita una urgente solución.

Por ultimo, desde la perspectiva legal, la violencia ha sido concebida como la violación de normas y leyes escritas, lo cual se expresa en el modelo criminal.

De esta manera, basta decir que los índices de violencia en el Estado colombiano son extremadamente altos, gracias a la existencia de los grupos al margen de la ley tales como la guerrilla (FARC, ELN), los grupos emergentes del paramilitarismo, los narcotraficantes y la delincuencia común. Por ello, no podemos dejar que factores como la indebida aplicación o no aplicación del principio de igualdad, fortalezcan este tipo de situación.

Una vez aclarado ello, de forma adicional, la desmotivación en la creación de empresas o liquidación de este tipo de negocios, conllevara a la aplicación del monopolio, ello generara un mercado no competitivo, y por lo tanto, se perjudicara notablemente al consumidor final.

En contraposición a lo anterior, el acoso laboral, la discriminación, el no equilibrio de los salarios, la desprotección de las personas en estado de indefensión o

inferioridad, y demás consecuencias negativas, tendrá como resultado la desmotivación laboral y el poco desarrollo económico de la nación.

En relación a esta última consecuencia, es indudable que la aplicación de las figuras mencionadas sobre el trabajador, producirá inmediatamente un alto nivel de desmotivación, con lo cual se afectará la productividad, la eficiencia y la propia calidad de los productos, dándose como resultado final, una rentabilidad inferior al empleador. De esta manera, se afectará el desarrollo y avance económico del Estado colombiano.

Así las cosas, para la solución final de dicha problemática, es recomendable que los empresarios cambien radicalmente de actitud y comiencen a generar mayores costos y gastos, con la finalidad no solo de garantizar los principios, derechos y garantías propios del contrato de trabajo, sino además, de generar estímulos y beneficios al mismo empleado.

Desafortunadamente, los empleadores han olvidado una de las reglas idóneas para el avance empresarial “Una mayor inversión y costo en las condiciones de los trabajadores, generará una mayor rentabilidad”.

4.2.2 Consecuencias de la aplicación indebida o no aplicación del principio de igualdad en las figuras simuladas y en el reglamento interno de trabajo.

Al presentarse la indebida aplicación o no aplicación del principio de igualdad sobre las figuras mencionadas, permanecerán las situaciones a través de las cuales se genera un abuso o violación al trabajador como tal.

De esta manera, se seguirá evadiendo todas las obligaciones del contrato de trabajo (salario, prestaciones sociales, pago de parafiscales, afiliación y pago al sistema de seguridad social, indemnización por terminación del contrato de trabajo

sin justa causa y demás derechos laborales) respecto al contrato de prestación de servicios, continuara la extensión del contrato laboral por mas tiempo del legalmente permitido (6 meses, prorrogables por otros 6), la asignación de tareas distintas a las inicialmente encomendadas o pactadas y la existencia de diversas empresas de carácter ilegal, en relación con las empresas de servicios temporales, y finalmente, efectivamente persistirán todas las consecuencias negativas propias de la intermediación laboral y del funcionamiento de las cooperativas de trabajo asociado como empresas de servicio temporal.

Inclusive, con fundamento en esta ultima figura, la posible violación de los beneficios otorgados por la ley 1233 de 2008, será una consecuencia que indudablemente se ha de sumar.

Adicionalmente, en lo relativo al reglamento interno de trabajo, persistirá el posible abuso del empleador respecto a la elaboración del reglamento interno de trabajo y su contenido, con la finalidad de generar ventajas hacia el patrono, desventajas hacia los empleados o tratamientos privilegiados o discriminatorios. Ya como segundo efecto, se presentara la continuada permanencia de la figura del acoso laboral, dentro de las circunstancias que dirime el reglamento interno de trabajo en el ámbito empresarial.

Una vez aclarado ello, no se profundizara sobre cada uno de los efectos mencionados en la presente temática, dado que los mismos ya fueron previamente explicados en el capitulo 2 del presente trabajo.

Para culminar, teniéndose en cuenta todo lo que ha sido expresado en relación con las consecuencias de la aplicación, indebida aplicación o no aplicación del principio de igualdad en el contrato de trabajo, se puede ver, como efectivamente se presenta un gran numero de efectos negativos producto de dicha situación en

el Estado colombiano, conllevándose hasta resultados no del todo positivos en la propia aplicación del principio.

Por lo tanto, a continuación se estudiara los mecanismos alternativos de solución, es decir, las formas por medio de las cuales puede resolverse dichos problemas, para no solamente generar un aporte de contenido teórico y práctico, sino además, representativo de una posible evolución o cambio.

4.3 MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION

Dada la problemática actual, es indispensable la creación de mecanismos alternativos de solución que conlleven a la superación de diversas consecuencias negativas en el territorio nacional, producto ya sea de la aplicación del principio de igualdad sobre el contrato de trabajo, o de la indebida aplicación o no aplicación de la figura en la respectiva modalidad contractual.

Es tanta la gravedad de la situación, que a pesar de aplicarse debidamente el principio de igualdad acorde con la doctrina, la jurisprudencia, la constitución y la ley, se consolidan efectos perjudiciales que escapan al individuo, al defensor y al propio juez.

Por ello, para efectos metodológicos, a continuación se analizaran los diversos mecanismos alternativos de solución que pueden presentarse en torno a la temática expuesta, estudiándose de un lado los mecanismos alternativos de solución a los problemas dados en la aplicación del principio, y de otro, los mecanismos alternativos de solución a los problemas dados en la indebida o no aplicación del mismo.

4.3.1 Mecanismos alternativos de solución a los problemas dados en la aplicación del principio. Como ya fue explicado, la debida aplicación del principio de igualdad en materia laboral, podrá conllevar a ciertas consecuencias negativas dentro de la sociedad.

Este tipo de consecuencias que ya fueron explicadas de forma detallada y profunda, no solamente generan impotencia y malestar en la colectividad, sino que además, son representativas de condiciones de injusticia e inequidad.

Por lo tanto, para la corrección de la problemática a nivel nacional, será importante tener en cuenta sobre todo dos tipos de elementos, mecanismos o soluciones, siendo ellas, la eliminación de la figura de la flexibilización laboral o el control y vigilancia efectiva sobre los mecanismos flexibilizadores.

4.3.1.1 Eliminación de la figura de la flexibilización laboral. La figura de la flexibilización laboral dentro del ámbito del derecho colombiano, ha sido definida como un proceso de desregulación del mercado laboral (El cual usa como referente el contrato individual de trabajo), cuyo objeto se fundamenta en flexibilizar los antiguos mecanismos y la rigidez del contrato.

De esta manera, dicha figura a su vez se encuentra dividida en una serie de conceptos o modalidades, siendo ejemplo de ellos, las agencias de colocación o empleo, el trabajo a domicilio, el teletrabajo y las empresas de servicios temporales.

De forma complementaria, la denominada Tercerización o Outsourcing, ha sido definida como la acción de acudir a una agencia exterior para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de una empresa, presentándose una prestación de servicios o producción de bienes, de manera autónoma e

independiente, con recursos propios, con responsabilidad plena y en forma autogestionaria.

Por lo tanto, esta última figura se encuentra dividida en una serie de tipos o modalidades, como los contratistas independientes, las empresas asociativas de trabajo y las cooperativas de trabajo asociado.

Vale aclarar, que el outsource a diferencia de la tercerización o outsourcing, es una situación en virtud de la cual nos encontramos con un servicio exterior a la compañía, pero que forma parte de ella como una extensión de su actividad. Por lo tanto, en este tipo de caso en específico, la misma empresa es la que continúa como responsable directa de su propia administración.⁴⁰

Así las cosas, en relación con las modalidades propias de la flexibilización laboral, las agencias de colocación o empleo, se han de caracterizar por realizar actividades propias de la denominada intermediación laboral, dado que se encargan de relacionar a una persona que busca empleo con un empleador, este último contrata directamente al trabajador, y finalmente, no se genera o subsiste ningún tipo de vínculo con la agencia de colocación.⁴¹

Ya respecto a las figuras del trabajo a domicilio y el teletrabajo, mientras el segundo se encuentra íntimamente relacionado con labores realizadas a través de internet, el primero, simplemente hace referencia a labores que hayan sido realizadas en el domicilio o en lugares diferentes a los de la empresa, a cambio de una remuneración y con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador.⁴²

⁴⁰ PEREZ GARCIA y ARAGON DE PEREZ, Op. Cit., p. 7 – 12 y 91 – 92.

⁴¹ Ibid., p. 39.

⁴² Ibid., p. 89 – 91.

Por último, como una de las figuras más representativas o de mayor aplicación, se presenta las empresas de servicio temporal. Indudablemente, este tipo de figura se ha convertido en un modalidad altamente ejemplarizante de los mecanismos de la flexibilización laboral, razón por la cual, dicho concepto ya ha sido ampliamente definido y delimitado respecto a la reglamentación y aplicación del principio de igualdad.

Paralelamente, en relación con las modalidades propias de la tercerización o outsourcing, los contratistas independientes, son personas naturales o jurídicas que contratan la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, de manera autónoma, con sus propios recursos y asumiendo plenamente los riesgos.

Así las cosas, no obstante dicha figura presenta gran similitud con las cooperativas de trabajo asociado, presenta una serie de características fundamentales que le permiten diferenciarse de la misma. Ello se da, ya que son personas naturales o jurídicas, son verdaderos empleadores, sus trabajadores se encuentran regidos por el contrato de trabajo, se presenta una responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales de los empleados entre el contratista y el contratante o beneficiario (salvo que la obra o labor contratada sea extraña al objeto social de la empresa), la actividad puede ser asumida directamente por el contratista o a través de sus trabajadores, entre otro tipo de aspectos similares.

Fuera de ello, este tipo de figura se diferencia de las empresas de servicios temporales, ya que no se encuentra limitada por la temporalidad, se presenta una subordinación directa por parte del contratista independiente y no una subordinación delegada hacia la empresa usuaria, el contratista se obliga efectivamente a construir una obra o a prestar un servicio, existe una responsabilidad solidaria de la forma previamente enunciada, entre otro tipo de factores o circunstancias. Vale aclarar, que este último elemento característico no

se presenta en las empresas de servicios temporales, debido a que en condiciones normales y no propias de un trato abusivo, el único responsable será la empresa como tal.⁴³

Como segunda modalidad, las empresas asociativas de trabajo, han sido definidas como una unidad económica organizada, conformada por personas que aportan su capacidad laboral, destreza y conocimiento tecnológico, cuya finalidad se fundamenta en la producción, procesamiento o distribución de bienes o servicios de consumo familiar.

De esta manera, dichas empresas son titulares de una serie de características que les permiten diferenciarse de las cooperativas de trabajo asociado, tales como estar reguladas por la Ley 10 de 1991 y el Decreto Reglamentario No. 1100 de 1992, tener los asociados una relación de carácter típicamente comercial con la empresa, no presentar claramente dos características propias de las cooperativas (plena autonomía administrativa y total responsabilidad), y finalmente, estar bajo la vigilancia y control exclusivo del Ministerio de la Protección Social.

En contraposición, las cooperativas de trabajo asociado, se caracterizan por estar reguladas por la Ley 79 de 1988 (artículos 70 y 71) y el Decreto 4588 de 2006, regirse sus asociados por lo que se establezca en los estatutos y reglamentos, presentar plena autonomía administrativa y total responsabilidad, y además, estar bajo la vigilancia de la Superintendencia de la Economía Solidaria.

Finalmente, la tercera clase o modalidad de la tercerización o outsourcing en el Estado colombiano, de forma obvia, son las cooperativas de trabajo asociado. Dado que dicha figura es una de las formas más representativas del concepto previamente explicado, la misma ya ha sido analizada de manera clara, profunda y detallada, en el presente trabajo.

⁴³ Ibid., p. 40 – 44.

Es importante aclarar, que a pesar de haberse estudiado de forma separada la flexibilización laboral y la tercerización o outsourcing, el segundo hace parte del primero.

Ya una vez ha quedado en claro todos los conceptos básicos propios de la flexibilización o desregulación del derecho laboral, se podrá hacer alusión a los efectos positivos y negativos propios de la figura en mención, para así determinar la idoneidad del concepto tanto a nivel jurídico como social, y sobre todo, determinar ya sea su permanencia o inminente eliminación.

De esta manera, la flexibilización laboral, mecanismo cuyo origen se remonta desde los años 90 hasta los tiempos actuales, ha consolidado diversas consecuencias positivas dignas de estudio y análisis.

Dentro de un primer grupo de consecuencias o resultados, evidentemente al disminuirse los costos de mano de obra y de manera consecuente los costos de producción, se genera por parte del empleador una mayor productividad, competitividad y rentabilidad, aspectos que no admiten mayor discusión.

No obstante, a manera de crítica, la competitividad que se ha presentado dentro de cada una de las empresas nacionales, en vez de centrarse en mejorar la calidad de los productos o servicios a través de una permanente inversión en tecnología, infraestructura o educación, se ha basado simplemente en una mano de obra barata o disminución de los costos laborales.

De otro lado, otra de las consecuencias positivas propias de la flexibilización laboral, se fundamenta en la generación de empleo. En concordancia con dicha temática, se menciona que al disminuirse el costo de un empleado materializándose dicho comportamiento en el pago de un menor salario, se podrán

vincular dos trabajadores en vez de uno, es decir, se aumentara el número de personas vinculadas a un trabajo determinado.

Sin embargo, en términos prácticos, el empleador no contratara nuevos trabajadores y continuara con los mismos empleados pero a un menor costo, por el simple hecho de no necesitarlos. En concordancia con las reglas de la economía, una mayor demanda requiere una mayor oferta, y es este incremento en la oferta, el que hace que se necesite nueva fuerza laboral.

Inclusive, a pesar de contratarse nuevos trabajadores a través de figuras como las empresas de servicio temporal o cooperativas de trabajo asociado, eso indudablemente conllevara a un reemplazo de los antiguos trabajadores, y por lo tanto, no se aumentara el empleo o trabajo.

Por ultimo, el gobierno permanentemente ha defendido la figura de la flexibilización, ya que no solamente permite la atracción de inversión extranjera y reactiva la economía de la nación, sino que además, adecua las condiciones de la empresa a un mundo globalizado y en constante evolución.

En contraposición, las consecuencias negativas producto de la aplicación de los mecanismos flexibilizadores, en relación con los titulares de la medida, se fundamentan en una desmejoria continua de las condiciones contractuales, cuyo resultado, se materializa en la precarización de los principios, garantías y derechos laborales.

De esta manera, la omisión en el pago de salarios, prestaciones, indemnizaciones por terminación del contrato, pago de parafiscales, seguridad social, prohibición de derechos sindicales, desprotección de los trabajadores en estado de inferioridad e indefensión, no incremento en el salario derivado de la antigüedad, y en general, la no aplicación de todo lo pertinente con la legislación laboral, generara un

aumento de capital y de riqueza hacia los empleadores, y por lo tanto, una afectación del mínimo vital de los trabajadores.

De esta manera, tanto el desempleo como el empleo con salarios inferiores, en concordancia con reflexiones previas, conllevará a la pobreza y a altos niveles de criminalidad o violencia. Además, indiscutiblemente la aplicación de este tipo de situación, conllevará a un menor nivel de demanda y a la creación en Colombia de un posible estado de recesión.

Finalmente, ya en relación con los trabajadores no propiamente titulares de dicho concepto, dicho de otra manera, los antiguos trabajadores de las empresas, los mismos serán objeto de despido o reemplazo por parte de los primeros, afectándose el derecho fundamental de la estabilidad en el empleo.

Parte de dicho pensamiento puede ser confirmado, a través de la siguiente expresión doctrinal:

La flexibilización laboral es una estrategia orbital, hermana siamesa de las aperturas económicas y las privatizaciones. Su propósito no es otro que rebajar los costos de producción a los monopolios, como mecanismo para mejorar sus decaídas tasas de ganancia. El mecanismo es constituir un libre mercado y un ejército de reserva laboral de dimensiones orbitales. De lo que se trata es de poner a competir a los trabajadores del mundo entero entre sí y crear un exceso de oferta de mano de obra, con el fin de rebajar los salarios en todas partes.⁴⁴

4.3.1.2 Control y vigilancia efectiva sobre los mecanismos flexibilizadores.

En torno a la temática de la desregulación laboral, aunque en un principio podría

⁴⁴ AHUMADA FARIETTA, Juan. El verdadero significado de la flexibilización del mercado laboral. En: Deslinde. Bogotá. No. 32 (Nov. – Dic. 2002); p. 58 – 66.

pensarse en la eliminación de la figura de la flexibilización laboral como único mecanismo alternativo de solución para la problemática propuesta, también la creación de un organismo de control eficiente y eficaz sobre los mecanismos flexibilizadores, se constituye como una alternativa importante para la corrección y evolución en este tipo de esquema.

Así las cosas, para que dicho organismo de control sea eficiente y eficaz, deberá cumplir con 3 requisitos fundamentales.

El primero de ellos, es la concentración de todas las funciones en una sola entidad. De esta manera, se presentara un organismo de control único que vigile todas las figuras de la flexibilización laboral, y por lo tanto, se generara un mayor orden, coordinación y productividad.

El segundo de ellos, es la contratación de funcionarios, acordes con el número de empresas implicadas. Debido al gran numero de empresas de servicios temporales, cooperativas de trabajo asociado, empresas usuarias y beneficiarios, y en general, titulares en la aplicación de dichas medidas, es vital la presencia de un gran numero de funcionarios que permitan su control y vigilancia.

Finalmente, el tercero de ellos, es la presencia de un poder coercitivo y sancionatorio en sus decisiones. En contraposición con un organismo que imponga simples recomendaciones, debe darse una entidad que asegure el cumplimiento de la norma y la imposición de los castigos o sanciones.

De esta manera, dichos organismos deberán ejercer dentro de cada una de las empresas puestas a supervisión o control, una serie de funciones de gran importancia para la debida aplicación de sus políticas y el debido respeto a su institución, debiendo desarrollarse este tipo de comportamiento de manera permanente y constante, y sobre todo, con gran apego a la legislación.

Una de las principales funciones que deberá cumplir el organismo de control, se fundamenta en exigir el respeto de la verdadera naturaleza, esencia u objeto, por el cual dichas figuras fueron creadas.

Por lo tanto, en relación con los contratos de prestación de servicios, a pesar que no han sido definidos de manera concreta ni en el código civil ni en el código de comercio, definitivamente uno de los rasgos característicos de su naturaleza se basa en la ausencia de una relación subordinada.

Ya en relación con la naturaleza de las empresas de servicios temporales, se ha manifestado que es la que contrata la prestación de servicios con terceros, para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades y mediante la labor desarrollada por personas naturales contratadas directamente.

Por ultimo, para el debido entendimiento de la esencia u objeto de las cooperativas de trabajo asociado, dicha figura se ha mostrado como cooperativas que vinculan el trabajo personal de sus asociados o cooperados para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios a terceros, de manera autónoma e independiente, con recursos propios y en forma autogestionaria.

De otro lado, otra de las funciones que deberá cumplir los organismos de control y vigilancia, será exigir el cumplimiento de un nuevo esquema jurídico, que permita llenar los faltantes y vacíos legales propios de la desregularización actual.

Desafortunadamente, a pesar de presentarse el debido cumplimiento de lo dispuesto para las figuras propias de la flexibilización laboral, cumplirse con la naturaleza, esencia u objeto de dichas figuras y desarrollar a cabalidad su normatividad, ello no es suficiente para garantizar un trabajo en condiciones de justicia, equidad y dignidad. Aunque la figura sea aplicada de forma transparente

por parte del empleador, todavía implicara la precarización de ciertos derechos del trabajador.

Por lo tanto, es indispensable la imposición de un esquema más evolucionado o complementario de la flexibilización, que permita garantizar el mayor número de garantías y derechos laborales. Claro está, en la medida que ello fuera evidentemente posible y razonable.

De esta manera, en el contrato de prestación de servicios, no habría razón para no reconocer una de las principales protecciones en materia laboral (una remuneración no inferior al salario mínimo legal).

En relación con las empresas de servicios temporales, se podrían reconocer los derechos de asociación, negociación y huelga, a pesar del carácter temporal que la misma presenta. El término de un año, no es un término del todo despreciable.

Pero sin lugar a duda, una de las figuras que presenta mayor número de derechos y garantías laborales no reconocidos, son las cooperativas de trabajo asociado. Por lo tanto, derechos como la protección derivada del salario, las prestaciones sociales, la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, el derecho de asociación, negociación y huelga, y demás derechos laborales, deberán ser asimilados o tomados como base en las cooperativas de trabajo asociado, en la medida que ello fuera posible respecto a este tipo de escena.

Finalmente, la tercera función principal que deberá cumplir el organismo de control y vigilancia de los mecanismos flexibilizadores, se materializa en el descubrimiento de figuras simuladas y en la imposición de las respectivas sanciones.

Una vez aclarado este tipo de circunstancias, al presentarse un organismo de control eficiente y eficaz que cumpla con cada una de las respectivas funciones,

se lograra un control y vigilancia efectiva sobre los mecanismos propios de la flexibilización laboral, y por lo tanto, se solucionara los problemas dados propios de dichas situaciones.

4.3.2 Mecanismos alternativos de solución a los problemas dados en la aplicación indebida o no aplicación del principio. Como previamente ha sido expresado, lamentablemente en el Estado Colombiano, la ignorancia, el miedo, la falta de oportunidades y la carencia económica de los trabajadores, hace que en mucha ocasiones no se acuda a un abogado para exigir el cumplimiento de los derechos laborales o no se tenga una buena defensa de los mismos en el estrado judicial.

Adicionalmente, la falta de preparación de los abogados en torno a dicha temática, ya sea de oficio o no, también ha obstaculizado el adecuado desarrollo de la figura como tal.

Por lo tanto, al corregirse cada uno de los susodichos problemas o al minimizarse su efecto en el territorio nacional, se evitara la indebida aplicación o no aplicación del principio de igualdad en el contrato de trabajo, y por lo tanto, se subsanaran las consecuencias negativas producto de dicho actuar.

4.3.2.1 Mecanismos alternativos de solución a los problemas dados en la no aplicación del principio. Los principales factores que obstaculizan la aplicación del principio de igualdad en el contrato de trabajo, como bien se ha dicho, son la ignorancia, el miedo, la falta de oportunidades y la carencia económica de los trabajadores. Por lo tanto, a continuación se hará un estudio detallado sobre cada uno de ellos, no solamente conscientizandose a la población de su verdadera

existencia y consolidación, sino sobre todo, verificándose los posibles mecanismos que permitan la corrección o acentuación de sus efectos.

Así las cosas, en relación con la problemática de la ignorancia ciudadana, podrán darse mecanismos alternativos de solución tanto a nivel empresarial como estatal.

De esta manera, a nivel empresarial, se deberá imponer de manera coercitiva a los empleadores el deber de transmitir este tipo de información a los trabajadores de sus empresas, ya sea a través de la vía oral, escrita o electrónica.

Sin embargo, existen otro tipo de modalidades o mecanismos acorde con la propia naturaleza de cada una de las figuras, siendo relevante su estudio y análisis.

Con base en ello, en el caso de las empresas de servicios temporales, dado que tanto los trabajadores de planta como los trabajadores de misión se encuentran regidos por el contrato laboral, se podrá hacer alusión a la figura del reglamento interno de trabajo como mecanismo alternativo de solución. De esta manera, al incluirse todo lo pertinente en relación con este tipo de información en el reglamento interno de trabajo, evidentemente los trabajadores podrán estar conscientes del problema y actuar frente al mismo.

Adicionalmente, en el caso de las cooperativas de trabajo asociado, dado que sus vinculados no son considerados empleadores, ni trabajadores, mas si socios o cooperados, se podrá acudir a la figura del gobierno corporativo como mecanismo de apoyo frente al problema mencionado.

El gobierno Corporativo al ser definido como la forma en que la sociedad se autorregula para establecer las reglas de juego dentro de la compañía y al verse por los expertos como un contrato que es ley para las partes, proporciona a los

miembros de la empresa la capacidad de crear sus propias normatividades en cuanto a la regulación de sus pilares característicos.

La voluntariedad de los agentes respecto a la autorregulación de las políticas del gobierno corporativo, es pues, una expresión de la autonomía de la voluntad limitada por principios, opiniones de organismos internacionales y una estructura propia del sistema legal colombiano, ya que a pesar de la no coercibilidad de dichas disposiciones, son indispensables para el éxito de la empresa y para la no consolidación de un eventual fracaso.

Así, uno de los principios o derechos más representativos del gobierno corporativo, se fundamenta en la entrega de información transparente y oportuna tanto a los accionistas mayoritarios como minoritarios, generándose un permanente conocimiento de todos los temas tratados.

Por lo tanto, acorde con dichas políticas, si en las cooperativas de trabajo asociado se llegare a transmitir información de manera transparente y oportuna (en relación con la delimitación conceptual de la figura, las situaciones a través de las cuales se presenta abuso o desigualdad del trabajador y las reglamentaciones pertinentes para su pronta resolución) a todos los asociados, evidentemente se evitaría en gran parte la ignorancia de los respectivos empleados.

Ya a nivel estatal, el mecanismo pertinente para informar al trabajador acerca de la situación actual, sería a través de continuos planes de conscientización de carácter colectivo o general.

Por otro lado, en relación con el segundo factor o problemática enunciada, es decir, el continuo miedo de los trabajadores a ser despedidos, se presenta como mecanismo alternativo de solución el concepto de la estabilidad laboral.

El principio de estabilidad, permanencia o continuidad en el empleo, suele ser definido como la certeza del que goza un trabajador de conservar un puesto determinado, siempre y cuando, el desempeño sea satisfactorio y subsista la materia de trabajo. Por lo tanto, este no es un principio absoluto, sino que en cambio, es un principio relativo y limitado.

Así las cosas, el principio de la estabilidad en el empleo en la legislación actual, presenta una serie de elementos fundamentales que delimitan su caracterización o representatividad, siendo ejemplo de ellos, la figura de la terminación del contrato de trabajo por justa causa y la indemnización por terminación del contrato laboral de manera injustificada.

Adicionalmente, como otro aspecto fundamental se presenta el concepto de la estabilidad reforzada sobre la mujer en estado de embarazo, los trabajadores con sida, y en general, los trabajadores con limitaciones físicas, no permitiéndose que dichas personas sean despedidas por dicho motivo, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo con la previa comprobación de una justa causa.

Inclusive, respecto a los reclamos, quejas o peticiones, se establecen una serie de protecciones sobre las personas que hayan efectuado una determinada reclamación en contra de su empleador, siendo ejemplo de ellas, el fuero sindical (protegido de la misma forma que la estabilidad reforzada) y el caso de los denunciantes o testigos del acoso laboral (no pudiendo ser despedidos durante un termino de 6 meses, contados a partir de la denuncia o queja).

Sin embargo, una escala indemnizatoria reducida gracias a la reforma de la ley 789 de 2002, una acción de reintegro no aplicada, una carencia de amplios mecanismos que protejan al denunciante en cada una de las situaciones particulares y una flexibilización laboral que atenta contra la estabilidad tanto de los antiguos trabajadores como de los titulares de la medida, demuestran la

ineficiencia del principio en cuanto a su creación, desarrollo y aplicación, y sobre todo, exigen la necesidad de un cambio respecto a su propia reglamentación.

La difícil situación del principio de la estabilidad en el empleo en nuestra legislación, puede ser confirmada a través de la siguiente expresión doctrinal:

Podemos afirmar que el principio de estabilidad o continuidad en el empleo que prima en Colombia es de carácter relativo, pues contamos con una profusa legislación que preserva la libertad de contratación de formas atípicas de ocupación que le restan eficacia a la permanencia en el empleo y precarizan la vinculación de los trabajadores bajo modalidades que escapan o se contraponen al ideal de permanencia. De igual manera, con la extensión de la contratación temporal y la disminución de la tabla indemnizatoria para la contratación indefinida, convierte en precario un principio pilar del derecho del trabajo, otrora pilar de la subsistencia y continuidad del vínculo laboral.⁴⁵

Por lo tanto, una estabilidad en el empleo acorde con las necesidades de la sociedad actual, además de presentar un número taxativo de justas causas para la terminación del contrato laboral, una indemnización razonable para un despido injustificado, una acción de reintegro aplicado a situaciones especiales, una protección continua a la estabilidad reforzada y diversos mecanismos que aseguren a todo denunciante sin importar su condición particular, deberá garantizar una permanente estabilidad en el trabajo en torno a los mecanismos de la flexibilización laboral.

⁴⁵ AFANADOR NUÑEZ, Fernando y otros. Trayectoria y retos del derecho del trabajo y la seguridad social en Colombia: homenaje en los 60 años del colegio de abogados del trabajo. Bogotá: Colegio de Abogados del Trabajo, 2008. p. 53.

Así las cosas, al presentarse un principio de estabilidad laboral eminentemente garantista y protector de las relaciones de trabajo, el continuo miedo que tienen los trabajadores a ser despedidos será un factor completamente eliminado.

Finalmente, respecto a la falta de oportunidades y la carencia económica de los trabajadores, vale la pena manifestar dos tipos de soluciones. La primera, se fundamenta en el fortalecimiento de la defensoría pública, tanto en cantidad como calidad del servicio. Ya la segunda, se fundamenta en la creación de políticas de gobierno que disminuyan la presencia de dichos factores.

La pobreza a pesar de ser un factor de difícil corrección o superación, no debe ser un símbolo de indignidad o precarización.

4.3.2.2 Mecanismos alternativos de solución a los problemas dados en la indebida aplicación del principio. Sobre el factor de la falta de preparación de los abogados en torno a dicha temática, ya sea o no de oficio, es importante tener en cuenta las situaciones a través de las cuales puede presentarse indebidas aplicaciones de la figura, para la corrección de este tipo de situación en materia laboral.

Así, a manera de ejemplo, en el contrato de trabajo como tal, muchos defensores al no tener una real percepción de la conceptualización y aplicación del principio de igualdad (Principio de igualdad en sentido estricto y principio de igualdad en sentido amplio), hacen valer tratos diferenciados tales como la protección a los menores, protección a las mujeres o protección a los titulares de alguna incapacidad, con fundamento en los artículos que soportan directamente este tipo de comportamiento mas no en el principio de igualdad.

En contraposición, si el defensor defiende este tipo de comportamientos o tratos diferenciales en apoyo de los artículos que los soportan directamente y en el principio de igualdad constitucional y legalmente consagrado, evidentemente se generara una defensa mucho más fuerte y eficaz.

Otro ejemplo de situaciones a través de las cuales se presenta una indebida aplicación de la figura, se da en el contrato de prestación de servicios. En dicha figura, muchos defensores cometen el error de solamente aplicar en sentido estricto la presunción del artículo 24 del código sustantivo del trabajo, a pesar de tener todos los medios probatorios pertinentes para demostrar los 3 elementos esenciales del contrato laboral.

Inclusive, al demostrar el elemento esencial de la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto al empleador, caen en el error de probar el simple cumplimiento de instrucciones.

Por lo tanto, para solucionar las omisiones anteriormente mencionadas, es importante tener en cuenta diversos aspectos o reglas.

De esta manera, si la persona no llegare a tener suficientes medios probatorios para demostrar la existencia de los 3 elementos esenciales del contrato de trabajo, simplemente demostrara la relación de trabajo personal, requisito único e indispensable para que opere la presunción del artículo 24.

Ya si la persona llegare a tener suficientes medios probatorios para demostrar la existencia de los 3 elementos esenciales del contrato de trabajo, es recomendable que aporte pruebas en torno a la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración, a pesar de su no coercibilidad para que opere la presunción. De esta manera, se generara una defensa mucho más completa y mucho más difícil de ser desvirtuada.

Para demostrar el elemento de la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto al empleador, se deberá demostrar fundamentalmente la aptitud que tiene el empleador para impartir ordenes al trabajador que condicionan la prestación del servicio (relacionadas con el comportamiento que tiene que tener el empleado durante el desempeño de sus funciones y con la forma de realizar sus labores), la capacidad de sanción frente al incumplimiento y la obligación de cumplirse con un horario determinado.

Una vez demostrado todo lo anterior, dado que se presenta una presunción de carácter legal, al empleador le corresponderá desvirtuar todo lo que el accionante ha mencionado.

Por ultimo, otra de las situaciones que puede presentarse en torno a dicha temática, se da en las empresas de servicios temporales.

Vale la pena aclarar, que la subordinación presentada por parte de la empresa usuaria sobre cada uno de los trabajadores en misión, es decir, la capacidad de exigir el cumplimiento de ordenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, es una subordinación que no es propia de la empresa como tal, sino que en cambio, ha sido delegada por parte de la empresa de servicio temporal.

Así las cosas, uno de los principales errores que se han presentado por parte de los defensores en dichos casos en específico, se apoya en la demostración de los 3 elementos esenciales del contrato de trabajo respecto a la empresa usuaria y en favor del defendido, con el objeto de solicitar la contratación directa entre la empresa demandada y el trabajador implicado, o mejor dicho, con la finalidad de reconocer la existencia del contrato laboral. Ello es un error grave por parte del abogado, ya que no se esta demostrando realmente una relación con la empresa usuaria, sino una simple conexión con la empresa de servicio temporal.

Por lo tanto, si lo que se quiere es un resultado favorable por parte del juzgado, se deberá demostrar la real vinculación del trabajador en misión y el correspondiente trato abusivo, e inclusive, en ciertos casos excepcionales se deberá comprobar que la empresa de servicio temporal ha funcionado de manera ilegal, siendo dichos elementos indispensables para el reconocimiento de la relación contractual. No obstante, no se hará hincapié en este tipo de elementos probatorios, dado que los mismos ya fueron previamente explicados.

De esta manera, en concordancia con todo lo que se ha mencionado, al tenerse un conocimiento claro de las normas a aplicar y de cómo las mismas deben ser aplicadas, evidentemente se presentara una adecuada preparación de los abogados en torno a dicha temática, y por lo tanto, se presentara una debida aplicación del principio de igualdad en el contrato de trabajo.

Finalmente, teniéndose en cuenta todo que ha sido expresado respecto a las consecuencias de la aplicación o no del principio de igualdad en el contrato laboral y los mecanismos alternativos de solución, se puede decir, que no obstante confirmarse la existencia de consecuencias positivas respecto a la aplicación del principio de igualdad en dicho contrato (contrato de trabajo como tal, figuras simuladas y reglamento interno de trabajo), indudablemente se presentan un gran numero de consecuencias negativas que afectan tanto a la sociedad como al propio empleado.

Aunque se llegare a aplicar de forma debida el principio de igualdad sobre este tipo de relación contractual, podrán presentarse decisiones que no satisfagan completamente las pretensiones del implicado, subsistirán formas de precarización laboral sobre los demás trabajadores de la empresa, y como aspecto final, se consolidaran efectos consecuenciales producto de aquellos resultados.

Por lo tanto, es indispensable la creación o ejecución de una serie de mecanismos alternativos de solución, a través de los cuales pueda subsanarse este tipo de situación.

Según opinión del autor, respecto a las dos primeras modalidades que ya fueron objeto de estudio, el control y vigilancia efectiva sobre los mecanismos flexibilizadores se convierte en la medida de mayor razonabilidad o aplicación, dado en que muchas ocasiones es mejor la regulación de la figura jurídica que su simple eliminación. En este caso en particular este tipo de afirmación se presenta, por ser la figura de la flexibilización laboral un concepto que no solamente conlleva a una mayor productividad, competitividad y rentabilidad, sino además, un elemento que adecua a la empresa a un mundo globalizado, reactiva la economía y atrae la inversión extranjera.

Para terminar, en relación con los últimos mecanismos o procedimientos, efectivamente al corregirse o acentuarse los efectos de factores tales como la ignorancia, el miedo, la falta de oportunidades, la carencia económica de los trabajadores y la falta de preparación de los abogados en torno a dicha temática, ya sea o no de oficio, se evitara la indebida o no aplicación del principio, y por lo tanto, podrán solucionarse todos los problemas respectivos.

5. CONCLUSIONES

A continuación se dedicaran estas ultimas paginas a la presentación de las conclusiones, producto de un estudio detallado, claro y conciso de la temática propuesta.

De esta manera, lo primero que hay que resaltar respecto al asunto objeto de investigación, se fundamenta en la doble faceta que conlleva el principio de igualdad en nuestra legislación colombiana, en donde evidentemente se presenta un principio de igualdad en sentido estricto y un principio de igualdad en sentido amplio. Así las cosas, el principio de igualdad en sentido estricto, se fundamenta en el trato igual a supuestos similares, es decir, alude al hecho de que todas las personas deberán ser tratadas de manera equitativa, no dando lugar a ningún tipo de discriminación. En cambio, el principio de igualdad en sentido amplio, permite de manera excepcional un tratamiento desigual al individuo, siempre y cuando, dicho comportamiento este razonablemente justificado.

Por lo tanto, el principio de igualdad no podrá verse como un concepto jurídico absoluto, más si como un concepto jurídico relativo al caso en concreto.

De otro lado, otra deducción que se establece en torno al principio de igualdad, es el hecho de que para su comprensión, exigencia y aplicabilidad en derecho, se hace necesario su estudio desde un marco global. Por tanto, no solamente deberá tenerse en cuenta los tratados internacionales ratificados por Colombia y la constitución, sino que además, deberá acudir a lo manifestado en la ley, y en particular, a lo expresado en el derecho laboral colombiano.

Ya en torno a la pregunta de cuando realmente se esta ante la presencia de un contrato laboral, efectivamente se presenta este tipo de figura en materia contractual, al cumplirse debidamente con la definición, elementos esenciales, características y modalidades propias de la misma. Sin embargo, las figuras simuladas al terminar siendo realmente contratos de trabajo y el reglamento interno de trabajo como parte integrante del contrato laboral, no pueden desconocerse dentro de dicha clasificación.

Una vez aclarado este tipo de conceptos introductorios, vale decir, que la razón de ser de la aplicación del principio de igualdad sobre el contrato de trabajo, en términos generales, alude al equilibrio de la desigualdad entre las partes.

Ya en relación con la reglamentación del principio de igualdad en el contrato de trabajo, sobre cada una de las figuras que se encuentran íntimamente relacionadas con dicho contrato, es clara la presencia de una serie de situaciones a través de las cuales se genera abuso y afectación al trabajador, la existencia de un gran numero de disposiciones constitucionales, legales, jurisprudenciales y doctrinales por medio de las cuales se corrige la situación anterior y se defiende el susodicho concepto, y finalmente, la consolidación de unos efectos benéficos producto de la mencionada normatividad (este ultimo aspecto fue tratado con mayor profundidad en el capítulo final del trabajo).

Por tanto, dichas disposiciones deberán ser conocidas y debidamente aplicadas por las partes, para su completa efectividad.

No obstante, en contraposición a la situación anterior, factores tales como la ignorancia, el miedo, la falta de oportunidades, la carencia económica de los trabajadores y la falta de preparación de los abogados en torno a dicha temática, ya sea o no de oficio, pueden conllevar a la indebida aplicación del principio, e

inclusive, a su no aplicación en materia contractual. De allí, la urgencia para la corrección de dichos factores, en el área tratada.

Por otro lado, respecto a la aplicación del principio, con base en el análisis jurisprudencial efectuado sobre cada una de las sentencias debidamente señaladas, se confirma la aplicación del principio de igualdad en el contrato laboral. Así, sobre la materia en cuestión, se destacan una serie de elementos fundamentales a nivel procesal y jurídico, siendo ellos, la ejecución de la figura como consecuencia de situaciones de abuso y desigualdad, la aplicabilidad del principio por parte del demandante, demandado y las altas cortes, y finalmente, el resultado favorable producto de dicho actuar.

Igualmente, aunque la aplicabilidad del principio quedo plenamente demostrada, no puede ignorarse el hecho de una posible inaplicabilidad de la figura por parte del particular o de una indebida aplicación de la misma por parte del defensor. El resultado que se pretenda alcanzar, dependerá en gran medida de dicha ejecución.

Son entonces estas las condiciones que determinan finalmente las consecuencias de la aplicación o no del principio de igualdad en el contrato laboral y la creación de diversos mecanismos alternativos de solución, aspectos no de menor importancia y que conllevan indudablemente a una gran reflexión.

Sobre este ultimo aspecto, se puede decir, que no obstante confirmarse la existencia de consecuencias positivas respecto a la aplicación del principio de igualdad en dicho contrato, también se presentan un gran número de consecuencias perjudiciales que tienen la capacidad de afectar tanto a la comunidad como al propio empleado.

La posible presencia de decisiones que no satisfagan completamente las pretensiones del directamente implicado, la subsistencia de formas de precarización laboral sobre los demás trabajadores de la empresa y la consolidación de efectos consecuenciales propios de aquellos resultados, se convierten en un ejemplo fiel de lo anteriormente afirmado.

De forma paralela, la no aplicación del principio de igualdad sobre el contrato de trabajo o su indebida aplicación, de forma adicional, promoverá la creación de una serie de consecuencias perjudiciales tanto sobre el trabajador como sobre el contrato.

Por lo tanto, teniéndose en cuenta el gran número de efectos negativos en uno u otro caso (inclusive a pesar de la debida aplicación de la figura), se hace indispensable la creación o ejecución de una serie de mecanismos alternativos de solución.

Como se dijo anteriormente, respecto a las dos primeras modalidades que ya fueron objeto de estudio, el control y vigilancia efectiva sobre los mecanismos flexibilizadores se convierte en la medida de mayor razonabilidad o aplicación, dado en que muchas ocasiones es mejor la regulación de la figura jurídica que su simple eliminación. Este tipo de supuesto se maneja, por ser la figura de la flexibilización laboral un concepto que conlleva a una mayor productividad, competitividad y rentabilidad, y además, un elemento que adecua a la empresa a un mundo globalizado, reactiva la economía y atrae la inversión extranjera.

Para culminar, efectivamente al corregirse o acentuarse los efectos de factores tales como la ignorancia, el miedo, la falta de oportunidades, la carencia económica de los trabajadores y la falta de preparación de los abogados en torno a dicha temática, ya sea o no de oficio, se logra la corrección de la indebida o no

aplicación del principio, y como respuesta a ello, se solucionarían todos los problemas susodichos.

El autor es consciente de las limitaciones que la temática en cuestión puede desencadenar, con fundamento en la permanente necesidad que tienen las personas de desempeñarse en cualquier actividad. No obstante, cabe recordar, que un ciudadano no solamente tiene derecho a exigir un empleo u ocupación, sino además, a que dicho empleo sea de calidad.

BIBLIOGRAFIA

ACOSO LABORAL Y ACOSO SEXUAL, [En línea]. Colombia : octubre de 2006. <http://www.ciat.cgiar.org/training/pdf/061025_Acoso_Laboral-G_Arias.pdf> [Consulta: Jul: 2008].

AFANADOR NUÑEZ, Fernando y otros. Trayectoria y retos del derecho del trabajo y la seguridad social en Colombia: homenaje en los 60 años del colegio de abogados del trabajo. Bogota: Colegio de Abogados del Trabajo, 2008.

AGENCIA DE INFORMACION LABORAL ENS, Lo que falto decir al Departamento de Estado en derechos laborales, [En línea]. Colombia : 9 de marzo de 2009. <http://www.ens.org.co/noticias.htm?AA_SL_Session=15569950ee35bb6ab633cf44056eaceb&x=20154628> [Consulta: Mar: 2009].

AHUMADA FARIETTA, Juan. El verdadero significado de la flexibilización del mercado laboral. En: Deslinde. Bogota. No. 32 (Nov. – Dic. 2002); p. 58 – 66.

ALVAREZ, Carlos y otros. Evolución y tendencias de las relaciones laborales en Colombia: homenaje al doctor Guillermo López Guerra. Bogota: Legis, 2006.

ARENAS MONSALVE, Gerardo. Tendencias jurisprudenciales: contratación a través de empresas de servicios temporales. En: Actualidad laboral y seguridad social. Bogota. No. 112 (2002); p. 30 – 31.

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Bogota: Legis, 2007.

COLECTIVO DE ABOGADOS, El empresario caña al cañero, [En línea]. Colombia : 8 de octubre de 2008. <<http://www.colectivodeabogados.org/spip.php?article1439>> [Consulta: Mar: 2009].

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1010 de 2006. Bogota: El Autor, 2006.

----- . Ley 1233 de 2008. Bogotá: El Autor, 2008.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 1398 de 1990. Bogota: El Autor, 1990.

----- . Decreto 1543 de 1997. Bogota: El Autor, 1997.

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Bogota: Legis, 2003.

CONVENIO INTERNACIONAL del trabajo numero 111 de Junio 25 de 1958.

CORPORACION COLECTIVO DE ABOGADOS, Derecho al trabajo, [En línea]. Colombia : 13 de junio de 2005. <http://www.colectivodeabogados.org/article.php3?id_article=61> [Consulta: Jul: 2008].

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1997. MP: Dr. Hernando Herrera Vergara. Bogota: El Autor, 1997.

----- . Sentencia C-204 de 2005. MP: Dr. Jaime Araujo Renteria. Bogota: El Autor, 2005.

----- . Sentencia C-598 de 1997. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogota: El Autor, 1997.

----- . Sentencia C-665 de 1998. MP: Dr. Hernando Herrera Vergara. Bogota: El Autor, 1998.

----- . Sentencia T-160 de 2006. MP: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Bogota: El Autor, 2006.

----- . Sentencia T-394 de 1998. MP: Dr. Fabio Morón Díaz. Bogotá: El Autor, 1998.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION LABORAL. Sentencia del dos (2) de agosto de dos mil cuatro (2004). Rad. 22259. MP: Dr. Luis Javier Osorio López. Bogota: El Autor, 2004.

----- . Sentencia del seis (6) de diciembre de dos mil seis (2006). Rad. 25713. MP: Gustavo José Gnecco Mendoza. Bogota: El Autor, 2006.

GERENCIE.COM, Contrato de servicios, [En línea]. Colombia : 27 de agosto de 2008. <<http://www.gerencie.com/contrato-de-servicios.html>> [Consulta: Sep: 2008].

GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Manual de derecho del trabajo. 3. ed. Colombia: Leyer, s.f.

PEREZ GARCIA, Miguel y ARAGON DE PEREZ, Victoria. Flexibilización laboral y outsourcing: servicio temporal, agencias de empleo, cooperativas de trabajo asociado, contratistas independientes y empresas asociativas de trabajo. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1999.

PRINCIPIOS GENERALES que orientan el derecho laboral, [En línea]. Colombia : 17 de agosto de 2005. <<http://74.125.45.104/search?q=cache:RYWAZuSIReYJ:aprendeonline.udea.edu.co/lms/moodle/file.php/233/Documentos/>>

Principios_generales_que_orientan_el_derecho_laboral.pdf+principios+generales+que+orientan+el+derecho+laboral&hl=es&ct=clnk&cd=2&gl=co> [Consulta: Sep: 2008].

SENTENCIA DE Abril 24 de 1997.

