
EL (DES) BALANCE DEL DERECHO DEL TRABAJO A 30 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN COLOMBIA

(DES) BALANCE OF LABOUR LAW 30 YEARS AFTER CONSTITUTION IN COLOMBIA

Iván Daniel JARAMILLO JASSIR

Profesor de carrera académica de la Universidad del Rosario, abogado de la misma universidad, especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Magíster en Derecho del Trabajo de la Universidad de Bolonia, Italia, y doctor cum laude en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Colaborador Externo de la Organización Internacional del Trabajo. Conjuez Sala de Descongestión Laboral Corte Suprema de Justicia.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-866X>.

ivan.jaramillo@urosario.edu.co

Fecha de envío: 17/11/2021

Fecha de aceptación: 04/12/2021

EL (DES) BALANCE DEL DERECHO DEL TRABAJO A 30 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN COLOMBIA

Iván Daniel JARAMILLO JASSIR

Universidad del Rosario (Colombia)

Resumen: El presente artículo analiza el balance del desarrollo de la realización de la promesa constitucional de 1991 de la garantía de un trabajo en condiciones dignas y justas en todas las modalidades, como mandato de actualización de la disciplina jurídico laboral construido para un modelo fordista de producción de trabajo prevalentemente subordinado merecedor de tutela jurídica.

Palabras clave: Derecho del Trabajo - Informalidad - Economía popular - Empleo rural - Sindicatos

Sumario: 1. Introducción. 2. El trabajo como categoría de asignación de derechos. 3. El trabajo rural: Limitaciones de visión para el Derecho del Trabajo. 4. La economía popular. 5. El acceso al trabajo en femenino. 6. Trabajo y discapacidad. 7. Trabajo en plataformas. 8. La libertad sindical de los trabajos. 9. Conclusión de cara a la amplificación del trabajo en clave constitucional.

Abstract: The present article analyzes the balance sheet of the development of the realization of the constitutional promise of 1991 of the guarantee of a decent and just work in all modalities, as a mandate to update the labor legal discipline built for a fordist model of labor production predominantly subordinate deserving of legal protection.

Key words: Labour Law - Informality - Popular economy - Rural employment - Unions

Summary: 1. Introduction. 2. Work as a category of assignment of rights. 3. Rural work: Vision limitations for Labor Law. 4. The popular economy. 5. Access to work for women. 6. Work and disability. 7. Work on platforms. 8. Trade union freedom of work. 9. Conclusion regarding the amplification of the work in constitutional key.

1. Introducción¹

La promesa constitucional prevista en el artículo 25 de la Constitución Política de la garantía del derecho fundamental al trabajo “en todas sus modalidades en condiciones dignas y justas” como fórmula de actualización del derecho del trabajo articulado bajo un estatuto jurídico, hijo de un estado de excepción, sigue constituyendo asignatura pendiente a 30 años del mandato constitucional.

En este sentido, transcurridos 30 años de la expedición de la Constitución Política, el derecho del trabajo centrado en el contrato de trabajo constituye un espacio de envidia social de excepción ideado para un patrón de trabajador a cuya medida se edificó el modelo normativo laboral el siglo XX².

En efecto, contrario a la tradición civilista europea³, el derecho del trabajo colombiano no se desprendió de la diferenciación entre la *locatio operarum* y *operis* del arrendamiento de servicios civil, sino de la regulación de las relaciones entre señores y sirvientes que regulaba el derecho de policía a partir de los denominados “conciertos de servicios” del proyecto de Código Civil de 1851⁴.

El tránsito posterior a la legislación sustantiva laboral en 1950 por conducto de los decretos 2663 y 3743 de 1950 en el contexto de estado de sitio promulgado por el Decreto Extraordinario 3518 de 1949, con los déficit democráticos de la normas de origen de la legislación laboral.

La llegada de la Constitución Política de 1991 determinó la demanda de actualización del sistema de intervención pre-constitucional a partir del reconocimiento del derecho al trabajo como fundamental, la ampliación del ámbito subjetivo y objetivo del trabajo objeto de tutela en “todas sus modalidades” y la inclusión de un catálogo de principios orientadores del futuro estatuto de trabajo en los artículos 25 y 53 del ordenamiento constitucional.

¹ Artículo de reflexión en el marco del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Universidad del Rosario.

² Umberto Romagnoli, *El Derecho el Trabajo y la Historia*, (Consejo Económico y Social, 1996).

³ Lodovico Barassi, *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano (Società Editrice Libreria, 1901)*.

⁴ Miguel Malagón, *Salvajes, bárbaros e inmigrantes en el derecho administrativo hispanoamericano*, (Universidad Externado, 2015).

2. El trabajo como categoría de asignación de derechos

La ampliación del ámbito de protección a los trabajos y los trabajadores en su acepción genérica, más allá de trabajo subordinado constituye la piedra angular del enfoque epistemológico del trabajo en la Constitución colombiana de 1991.

En efecto en Colombia los trabajadores vinculados por cuenta ajena, bajo un contrato de trabajo, corresponden al 39,2% de la población ocupada que corresponde a 21.313.000 de personas (DANE, Noviembre de 2020). En este sentido, la evidencia empírica revela que tan sólo 8.373.031 de los ocupados se encuentra cotizando como dependiente al Sistema Integral de Seguridad Social a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) (Tabla 1.)

Tabla 1. Cotizantes o puestos de trabajo dependientes e independientes Enero a junio (2020 - 2019)

| Mes | Cotizantes | | | | | |
|---------|--------------|----------------|--------------|----------------|----------------|----------------|
| | 2020 | | 2019 | | Var. anual (%) | |
| | Dependientes | Independientes | Dependientes | Independientes | Dependientes | Independientes |
| Enero | 9.021.248 | 2.146.967 | 7.682.687 | 2.021.394 | 17,4% | 6,2% |
| Febrero | 9.168.087 | 2.170.392 | 8.050.700 | 2.012.782 | 13,9% | 7,8% |
| Marzo | 8.736.570 | 1.995.887 | 8.970.983 | 2.148.086 | -2,6% | -7,1% |
| Abril | 8.323.248 | 1.956.915 | 9.045.901 | 2.272.955 | -8,0% | -13,9% |
| Mayo | 8.244.159 | 1.987.384 | 8.805.730 | 2.289.406 | -6,4% | -13,2% |
| Junio | 8.373.031 | 2.034.518 | 9.099.361 | 2.334.961 | -7,9% | -12,9 |

Fuente: DANE 2020

En este sentido, la prevalente informalidad que caracteriza el sistema laboral colombiano en términos de adscripción al Sistema Integral de Seguridad Social y la vinculación laboral con vocación de permanencia (Ley 1610 de 2013), determina la reducción del ámbito de tutela legal enfocado en el trabajo subordinado que constituye un espacio de progresiva reducción.

El tránsito de la tutela del trabajo a la protección de los trabajos como condición de ciudadanía social que confiere el desarrollo de actividades en plural

al que el ordenamiento constitucional confiere reconocimiento y estatus de dignidad y justicia (Romagnoli, 1996).

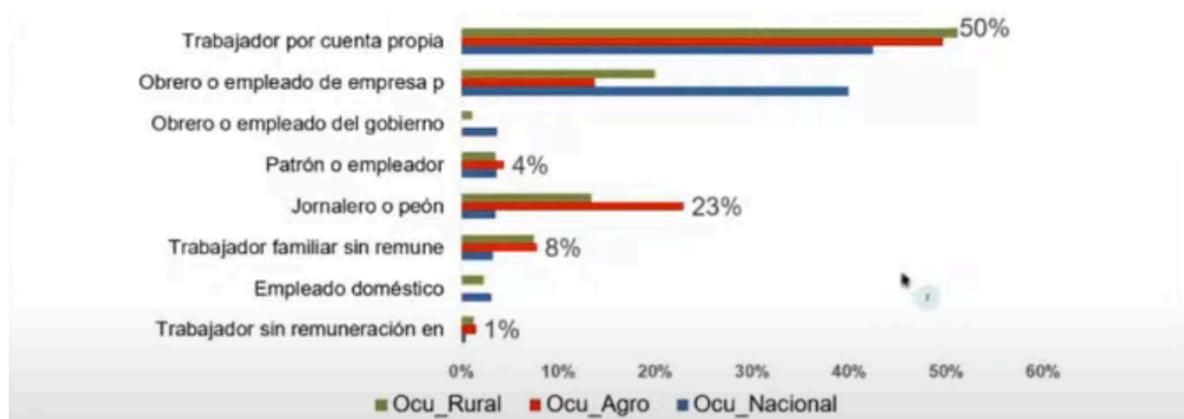
La construcción jurídica de la categoría trabajador debe transitar la actualización a la promesa constitucional de amparo de *todas las modalidades* de trabajo adscribiendo al principio de canto lírico *aperto ma coperto* para llegar a la totalidad del teatro del sistema de relaciones laborales.

3. El trabajo rural: Limitaciones de visión para el Derecho del Trabajo

El Derecho del Trabajo de matriz pre-constitucional, ideado para regular la ecuación capital-trabajo se manifiesta incapaz de intervenir la relación capital-tierra-trabajo marcando ausencias que limita su ámbito de intervención.

El acento del trabajo por cuenta propia (Gráfico 1.) en lo rural determina la prevalente inaplicación de las categorías jurídico-laborales incompatibles con las formas y necesidades rurales cuyas condiciones de dignidad y justicia en el trabajo como derecho fundamental constitucional demandan fórmulas de extensión de garantías de trabajo decente descartando adaptaciones peyorativas en el ámbito de la promesa constitucional del trabajo como derecho fundamental.

Gráfico 1. Ocupados por posición ocupacional rural



Fuente: DANE (2019)

En el sector rural, si bien la tasa de desempleo es menor que en el sector urbano, existen disfuncionalidades relacionadas con la calidad del empleo dada la tasa de informalidad del 88% (Observatorio Laboral Universidad del Rosario, 2019), así como el deterioro de la remuneración de trabajo si se toma en consideración que el 73% recibe ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual vigente⁵.

4. La economía popular

Los espacios de trabajo excluidos del ámbito de regulación legal laboral, a través de la comercialización de bienes y servicios para acceder a la vitalidad escindiendo estos espacios de trabajo del dispositivo de derechos sociales⁶.

El trabajo que se desarrolla en los espacios de economía popular no puede encuadrarse en las categorías de ilegalidad adscribiéndose a los espacios de exclusión de la disciplina legada al contrato de trabajo cuya respuesta de acompañamiento asistencial determinala extensión del ámbito de protección conforme a la directriz constitucional de 1991.

Más allá de las definiciones teóricas sobre la diferenciación/asimilación de las categorías economía informal/economía popular, la jurisprudencia constitucional ha considerado la especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y la consecuencial demanda de acciones afirmativas para garantizar el acceso al trabajo que desempeñan en condiciones dignas y justas conforme a la promesa constitucional, en los siguientes términos: “dentro de la categoría de sujeto de especial protección se encuentran los trabajadores informales. De acuerdo con la Corte, la protección especial de las personas que se dedican a las ventas ambulantes obedece principalmente a que se encuentran “en situación de especial vulnerabilidad y debilidad por sus condiciones de pobreza o precariedad económica”. Al ser de especial protección constitucional, la Corte Constitucional ha sostenido que el Estado debe desplegar acciones afirmativas.

⁵ José Leibovich, “Caracterización del mercado laboral rural en Colombia y reflexiones de política”, (Misión de Empleo, 2020).

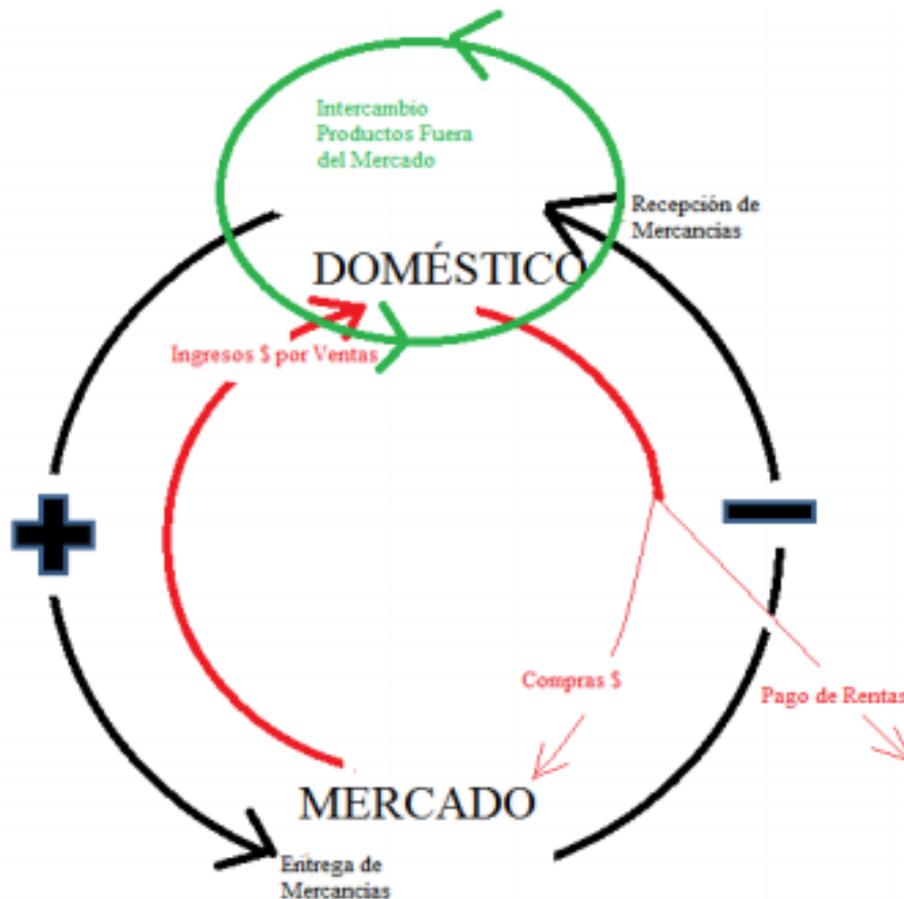
⁶ Alexandre Roig, “Reflexiones teóricas sobre Economía Popular”, (Ediciones Desde Abajo, 2017).

Sin embargo, debido a la forma en la que se ejerce el trabajo de ventas ambulantes, estas acciones implican una tensión con otros principios constitucionales, a saber: a) el principio de confianza legítima, derivado de los principios de buena fe y seguridad y de la libertad de profesión u oficio; y b) la protección y conservación del espacio público, derivado del deber del Estado de velar por la protección de este. (...)

A partir de lo anterior, el ordenamiento colombiano establece garantías, de orden constitucional y las propias como comerciante, para este grupo poblacional. La primera, de orden constitucional, implica que la calidad de sujetos de especial protección condiciona la relación contractual entre la administración y dicho grupo poblacional. Así, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho constitucional de los trabajadores informales no consiste en que se los “transforme” en trabajadores formales, sino en tener un trabajo decente que les permita vivir en condiciones dignas.” (Corte Constitucional, sentencia T- 243 de 2019).

La redefinición de los roles sociales del trabajo y la familia en el contexto del (des) equilibrio de las responsabilidades de cuidado, que se traducen en el intercambio de bienes y servicios desde lo doméstico al mercado cuyo retorno resulta negativo (Gráfico 2.).

Gráfico 2. Asimetría en los términos de intercambio en la economía popular



Fuente: Giraldo, César (2017).

5. El acceso al trabajo en femenino

La brecha ocupacional y salarial que lesiona el acceso al trabajo en condiciones dignas y justas en concordancia con la cláusula general de igualdad prevista en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

El enfoque preconstitucional da cuenta del patrón de exclusión por género en términos del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo a partir de prohibiciones específicas para el desempeño de actividades en jornada nocturna en su versión original y en los trabajos de pintura industrial en la normativa vigente, en los siguientes términos:

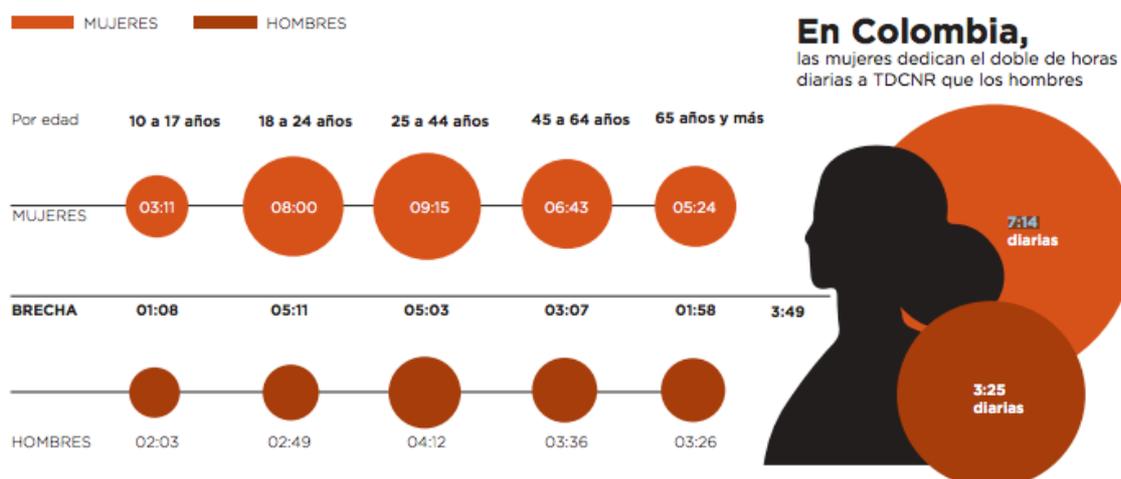
“Artículo 242. Trabajos prohibidos. (Versión original).

1. Las mujeres, sin distinción de edad, no pueden ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial, salvo que se trate de una empresa en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia.
2. Queda prohibido emplear a los menores de dieciocho (18) años y a las mujeres en trabajos de pintura industrial que entrañen el empleo de la cerusa, de sulfato de plomo o de cualquier otro producto que contenga dichos pigmentos.
3. Las mujeres, sin distinción de edad, y los menores de diez y ocho (18) años no pueden ser empleados en trabajos subterráneos de las minas o que requieran grandes esfuerzos”

La declaración de inconstitucionalidad de las expresiones que excluyen a las mujeres de determinados tipos de mujeres, dan cuenta de la incompatibilidad del modelo constitucional con el patrón de exclusión legal pre-constitucional.

La distribución en los roles de cuidado derivados del patrón cultural machista determina que en el contexto colombiano la asignación de tiempos a trabajo no remunerado compromete 7:14 horas diarias a las mujeres en contraste con 3:25 horas que asignan los hombres para las mismas actividades (Gráfico 3).

Gráfico 3. Colombia. Horas promedio diarias dedicadas al trabajo doméstico y de cuidados no remunerado (TDCNR), Por grupo de edad y brechas entre mujeres y hombres (horas), según sexo 2016-2017.



Fuente: DANE. Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT) 2016-2017

En este sentido, los estereotipos de género en materia de asignación de responsabilidades y roles de cuidado evidencia el acento de la matriz cultural de la problemática que pretende ser corregida por conducto del sistema de intervención de cumplimiento de la promesa constitucional de cierre de brechas (Tabla 2).

Tabla 2. Porcentaje de hombres y mujeres de acuerdo con afirmaciones sobre roles tradicionales Total nacional, 2016-17.

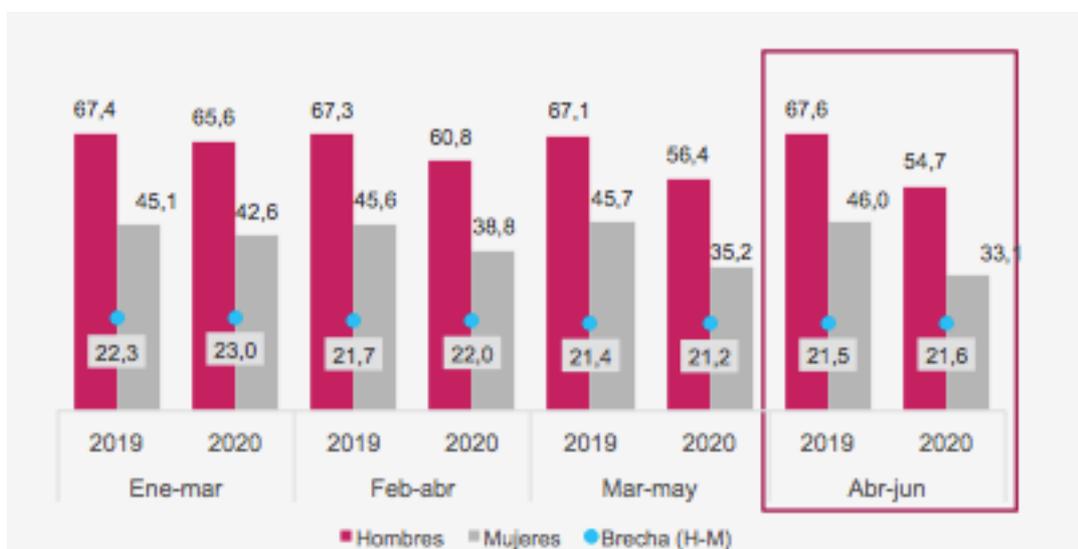
| Afirmación | Personas de acuerdo o muy de acuerdo con la afirmación (%) | | Personas de acuerdo o muy de acuerdo con la afirmación (%) | |
|--|--|---------|--|---------|
| | Total nacional | | Bogotá | |
| | Hombres | Mujeres | Hombres | Mujeres |
| "El deber de un hombre es ganar dinero, el deber de la mujer es cuidar del hogar y la familia". | 40,9% | 36,2% | 29,1% | 26,6% |
| "Las mujeres son mejores para el trabajo doméstico que los hombres". | 69,0% | 67,1% | 53,8% | 52,2% |
| "Una madre que trabaja puede formar una relación tan cálida y segura con sus hijos como una madre que no trabaja". | 57,7% | 60,0% | 61,2% | 61,9% |
| "La cabeza del hogar debe ser el hombre". | 47,2% | 36,6% | 30,0% | 24,2% |
| "El esposo debe tomar las decisiones relacionadas con la vida de la esposa". | 22,0% | 15,1% | 12,6% | 8,9% |

Fuente: DANE. Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT) 2016-2017

Los efectos en materia de acceso a la garantía fundamental del trabajo en condiciones dignas y justas comportan para las mujeres el deterioro de acceso al empleo (Gráfico 4) en condiciones de equidad salarial cuya brecha respecto de los hombres alcanza el 12,1% (DANE, 2018).

Gráfico 4. Tasa de ocupación (%) según sexo y brecha (p.p.) Total Nacional.

Trimestres móviles Enero a Junio, 2019-2020



Fuente: DANE (2020)

En materia de brecha salarial, la correlación con el nivel educativo evidencia la mayor afectación de los menores niveles de formación, sin que exista compensación en función del nivel de formación en materia de reducción de las inequidades salariales en cumplimiento del mandato constitucional de igualdad y derecho fundamental al trabajo (Tabla 3.).

Tabla 3. Brecha entre hombres y mujeres en la media de ingresos laborales, según edad, nivel educativo e hijos 2018, Cifras en miles y brecha en porcentaje

| Desagregaciones (II) | Ingreso laboral promedio total | | | Ingreso laboral promedio por hora | | | % de mujeres |
|---------------------------|--------------------------------|---------|-----------------|-----------------------------------|---------|-----------------|--------------|
| | Hombres | Mujeres | Brecha (H-M; %) | Hombres | Mujeres | Brecha (H-M; %) | |
| 15 a 24 años | 732,3 | 701,3 | 4,2 | 3,9 | 4,2 | -6,7 | 38,8 |
| 25 a 34 años | 1.173,7 | 1.115,5 | 5,0 | 5,7 | 6,3 | -9,0 | 41,2 |
| 35 a 44 años | 1.408,7 | 1.201,7 | 14,7 | 6,8 | 6,9 | -1,2 | 43,3 |
| 45 a 54 años | 1.300,9 | 1.107,8 | 14,8 | 6,5 | 6,6 | -2,1 | 41,1 |
| 55 o más años | 1.136,9 | 830,9 | 26,9 | 6,3 | 5,9 | 6,9 | 37,2 |
| Ninguno | 601,7 | 376,2 | 37,5 | 3,0 | 2,6 | 11,9 | 30,3 |
| Primaria | 786,2 | 511,0 | 35,0 | 3,8 | 3,3 | 14,4 | 33,8 |
| Secundaria | 830,5 | 548,2 | 34,0 | 4,1 | 3,6 | 11,2 | 37,7 |
| Media | 1.052,4 | 770,4 | 26,8 | 5,2 | 4,5 | 12,6 | 42,0 |
| Técnica y tecnológica | 1.476,8 | 1.111,0 | 24,8 | 7,2 | 6,2 | 14,5 | 52,1 |
| Profesional | 2.631,9 | 2.138,0 | 18,8 | 14,1 | 12,8 | 9,6 | 52,8 |
| Posgrado | 5.287,6 | 4.056,8 | 23,3 | 29,0 | 23,3 | 19,6 | 51,9 |
| Union libre | 1.049,0 | 840,9 | 19,8 | 5,0 | 5,0 | 0,9 | 34,2 |
| Casado/a | 1.659,8 | 1.389,0 | 16,3 | 8,4 | 8,4 | 0,1 | 37,6 |
| Separado/a o Divorciado/a | 1.100,0 | 945,0 | 14,1 | 5,6 | 5,7 | -2,0 | 57,7 |
| Viudo/a | 773,9 | 650,3 | 16,0 | 4,7 | 4,5 | 3,9 | 71,9 |
| Sotlero/a | 1.019,9 | 1.161,8 | -13,9 | 5,5 | 6,5 | -18,9 | 37,8 |
| Sin hijos | 1.277,4 | 1.183,5 | 7,4 | 6,6 | 6,9 | -4,3 | 35,1 |
| Con hijos | 1.136,9 | 992,7 | 12,7 | 5,7 | 5,9 | -4,0 | 42,2 |
| Con 1 hijo/a | 1.196,0 | 1.086,0 | 9,2 | 6,0 | 6,5 | -8,0 | 44,4 |
| Con 2 hijos | 1.226,5 | 1.031,3 | 15,9 | 6,1 | 6,0 | 1,1 | 42,6 |
| Con 3 o más hijos | 904,3 | 722,2 | 20,1 | 4,6 | 4,5 | 1,2 | 37,7 |

Fuente: DANE (2020)

La teórica ampliación del marco de tutela jurídico-laboral en el diseño constitucional a partir del mandato constitucional de igualdad y garantía del derecho fundamental al trabajo mantiene las brechas empíricas que demuestran el mantenimiento de la demanda de corrección transcurridos 30 años del marco constitucional colombiano.

Los rezagos históricos de la estructura laboral pre-constitucional en materia de cierre de brechas por género en el ámbito ocupacional y salarial demanda la actualización de la estrategia de intervención para la promoción de la equidad de género a través de incentivos, -inclusión de sellos de prestigio como EQUIPARES-, y la profundización de acciones afirmativas específicas que amplíen el marco de tutela del derecho del trabajo en clave de género.

6. Trabajo y discapacidad

La redefinición del ámbito subjetivo de tutela de la disciplina laboral, en el ámbito de la Constitución Política de 1991, supone la inclusión de grupos poblacionales tradicionalmente excluidos del marco de regulación como las personas con discapacidad y el diseño de inclusión social a partir del trabajo.

La visión asistencial de aproximación a la relación personas con discapacidad-derecho del trabajo, debe ser superada en términos de actualización por la visión “biopsicosocial”⁷ incorporando a la visión tradicional de aproximación médica, estándares de inclusión con derechos, entre otros, al trabajo con acciones afirmativas específicas.

El marco de protección laboral al grupo poblacional de las personas con discapacidad se ha centrado en el refuerzo del principio de estabilidad que ha invisibilizado el catálogo de ajustes razonables para la remoción de barreras que garantice la promesa constitucional de igualdad y derecho al trabajo. En este sentido, el artículo 2 la ley estatutaria 1618 de 2013 define el marco conceptual de las barreras que impiden el disfrute de derechos de las personas con discapacidad en los siguientes términos:

“5. Barreras: Cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad. Estas pueden ser:

a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;

b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

⁷ Andrea Carolina, Padilla Muñoz, “Discapacidad: concepto, contexto y modelos” Revista Colombiana de Derecho, No. 16, (Enero - Julio 2010).

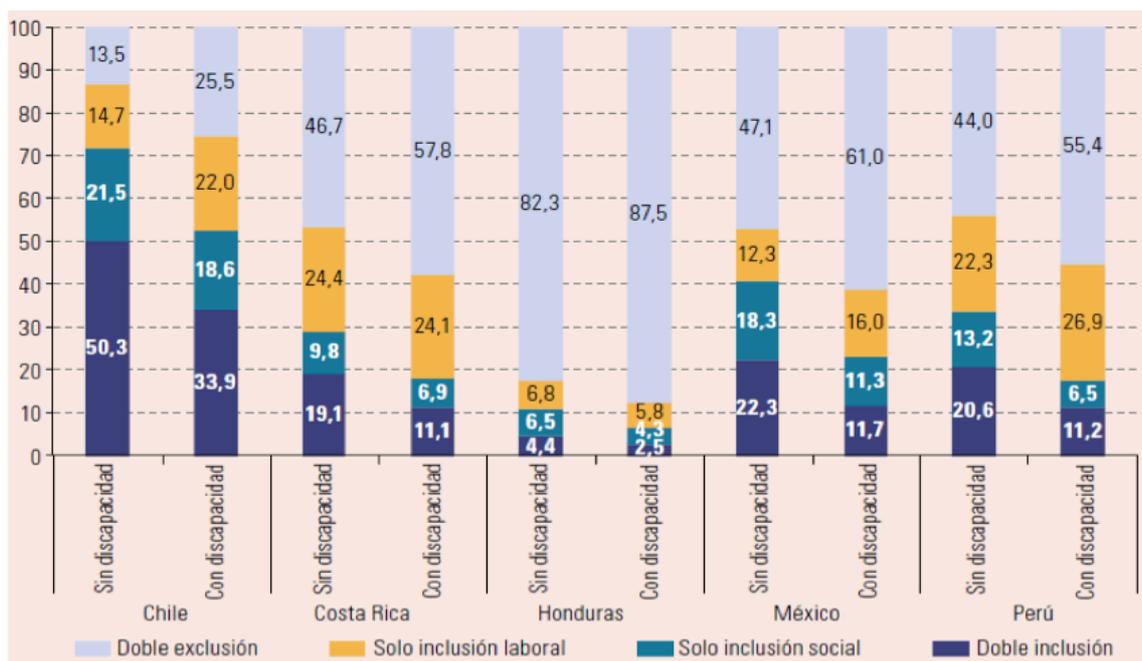
c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.”

La ausencia de enfoque de remoción de barreras e el ámbito laboral para la inclusión con derechos de personas con discapacidad ha determinado la orientación de exclusión contrayendo la relación discapacidad-trabajo a la definición del contenido y alcance de la garantía de estabilidad reforzada promoviendo el rechazo de la vinculación de las personas con discapacidad.

De acuerdo con el Ministerio del Trabajo en Colombia para el año 2019 se identificaron 3,474,611 personas con discapacidad de los cuáles el 26,7% se encuentra ocupado de los cuáles el 80% no se encuentra vinculado mediante contrato de trabajo.

La correlación de la exclusión laboral con la falta de acceso a servicios sociales determina espacios de doble exclusión, laboral-social- que dificulta la remoción de barreras en la estrategia de inclusión con derechos (Gráfico 5).

Gráfico 5. América Latina: personas en situación de doble inclusión, inclusión social, inclusión laboral y doble exclusión, por situación de discapacidad, alrededor de 2015 (En porcentajes).

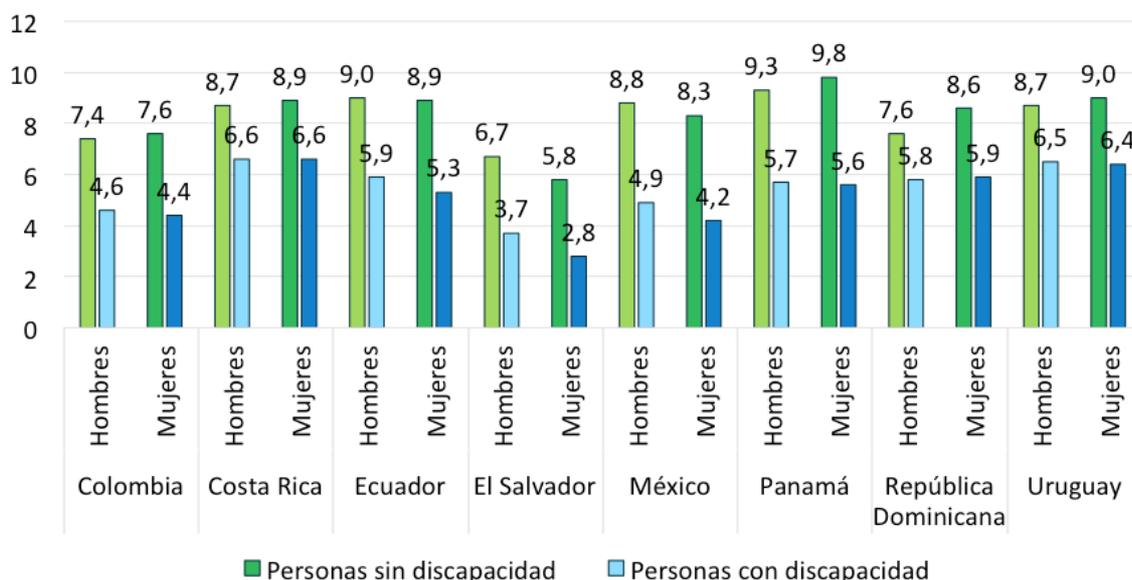


Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2018).

La exclusión del ámbito de tutela laboral de las personas con discapacidad que frustran el disfrute del derecho al trabajo como garantía constitucional fundamental cuyas acciones afirmativas están ligadas en Colombia a la combinación de: (i) incentivos – reducción del impuesto de renta por contratación de personas con discapacidad previsto en el artículo 31 de la Ley 361 de 1997 y puntuación adicional en procesos de licitación pública y concurso de méritos de conformidad con el decreto 392 de 2018 - y (ii) cuotas – porcentajes graduales para el sector público de conformidad con el mandato contenido en el decreto 2011 de 2017-.

El circuito del proceso inclusión de personas con discapacidad para el disfrute de derechos, está ligado, entre otros, a las brechas y barreras en materia de acceso al derecho a la educación y formación que condiciona negativamente el acceso al derecho fundamental al trabajo (Gráfico 6).

Gráfico 6. América Latina: años promedio de estudios entre la población 25 años y más, alrededor de 2010 (En años)

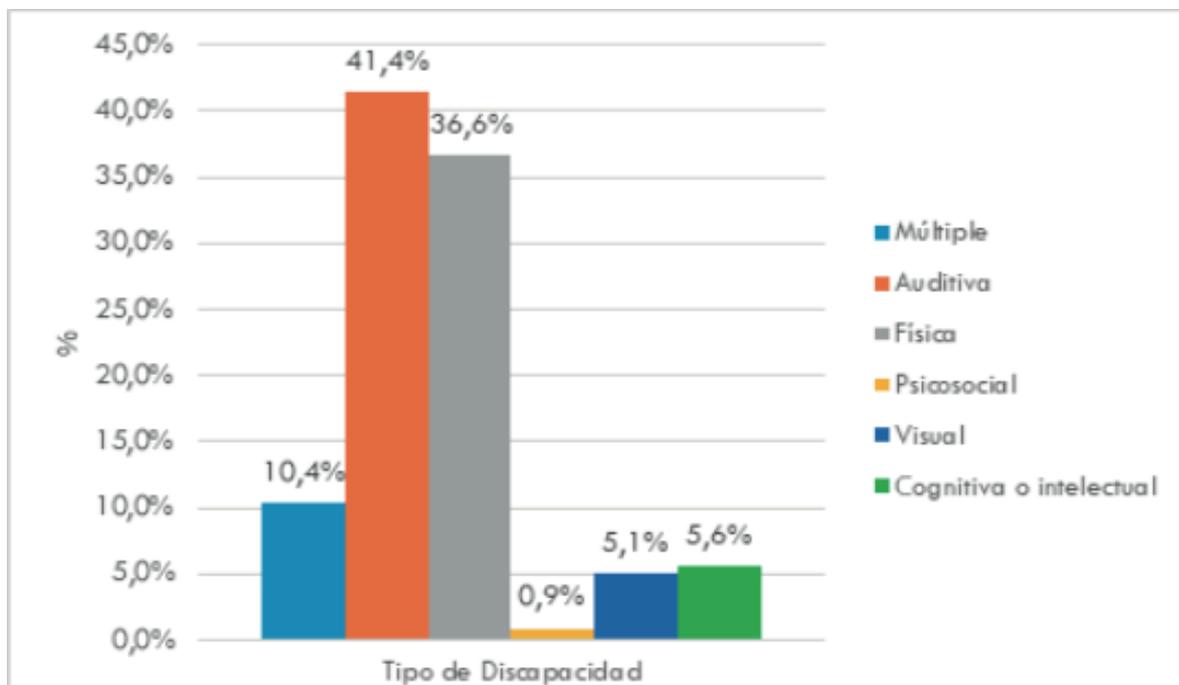


Fuente: Ullmann (2019)

La extensión del ámbito de tutela laboral al grupo poblacional integrado por las personas con discapacidad, demanda el tránsito de la visión exclusiva de la estabilidad reforzada, que comporta la autorización administrativa-laboral para la eficacia del despido, hacia el enfoque de remoción de barreras que parece no haber ingresado al ámbito laboral para la realización de la promesa constitucional de la garantía fundamental del derecho al trabajo en concordancia con el postulado de igualdad.

En el marco de las rutas preferenciales como acción afirmativa para promover políticas activas de inclusión laboral de personas con discapacidad el Servicio Público de Empleo ha identificado desde el sistema de operadores públicos y privados, la colocación de 1.888 trabajadores con diversos tipos de discapacidad en el período enero-septiembre de 2019 (Gráfico 7).

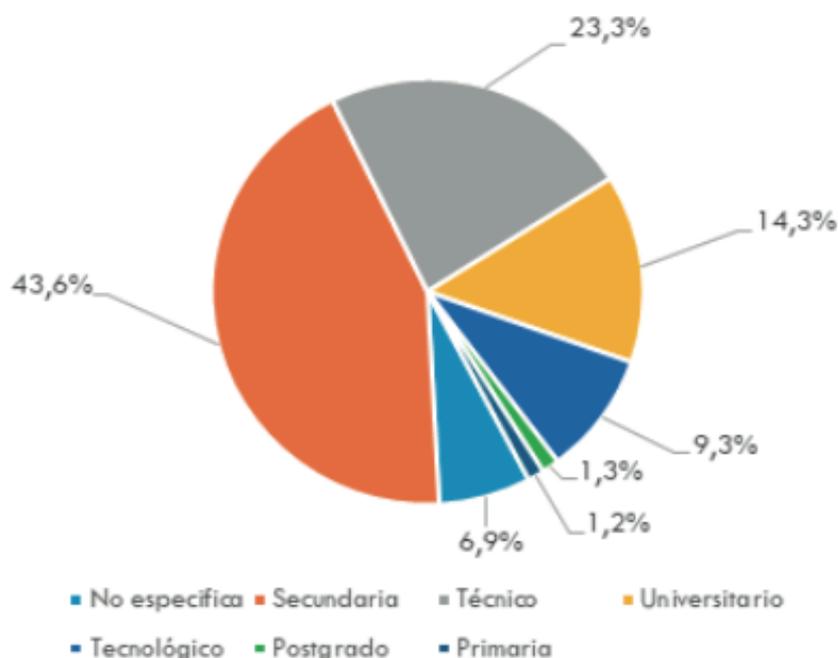
Gráfico 7. Tipo de Discapacidad - colocaciones 2019



Fuente: Sistema de Información del Servicio de Empleo (2019)

La demanda de empresas que postularon vacantes para el mismo período (enero-septiembre de 2019) evidencia la distribución sectorial entre: actividades administrativas y de apoyo de oficina y otras actividades de apoyo a las empresas (8,7%), actividades de servicios de información (3,2%) y actividades de seguridad e investigación privada (3,1%), con niveles de formación en la demanda de prevalencia de educación secundaria y técnica.⁸

Gráfico 8. Composición del nivel de formación en las vacantes habilitadas para personas con discapacidad



Fuente: Sistema de Información del Servicio de Empleo (2019)

7. Trabajo en plataformas

La bilateralidad de la relación capital – trabajo sobre la que se edificó el modelo laboral tuitivo ha sido superada por la incorporación de algoritmos capaces de modular el ámbito subordinante de la relación de trabajo que supone

⁸ Unidad del Servicio Público de Empleo, #más derechos, más inclusión, (2020).

dificultades para la garantía constitucional de un trabajo en condiciones dignas y justas en todas las modalidades.

La imputación de la categoría de empleador a la plataforma que controla la prestación de servicios personales se ha derivado en la jurisprudencia europea a partir de los indicios – guía de identificación de la relación de trabajo incluidos en la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo.

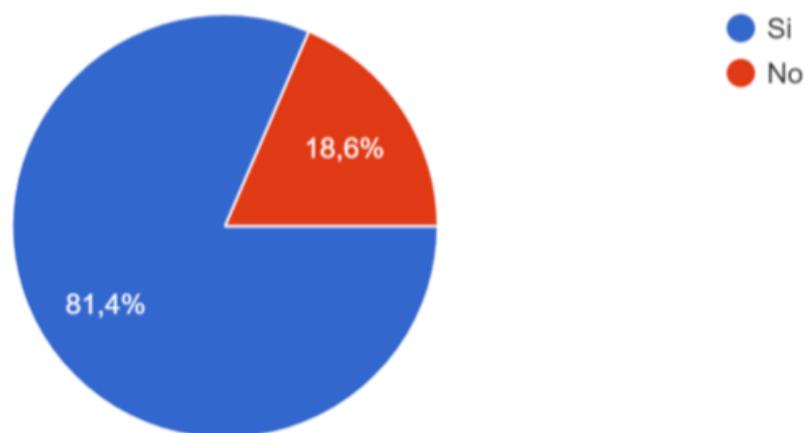
“Existen otros indicios favorables a la existencia de una relación laboral:

1) La geolocalización por GPS del demandante mientras realizaba su actividad, registrando los kilómetros que recorría, es también un indicio relevante de dependencia en la medida en que permite el control empresarial en tiempo real del desempeño de la prestación. Los repartidores están sujetos a un permanente sistema de control mientras desarrollan la prestación del servicio. 2) Glovo no se limitaba a encomendar al repartidor la realización de un determinado servicio sino que precisaba cómo debía prestarse, controlando el cumplimiento de las indicaciones a través de la aplicación. Así, se establecía que el repartidor debía realizar el servicio en el plazo máximo acordado; se especificaba cómo debía dirigirse al usuario final; se le prohibía utilizar distintivos corporativos tales como camisetas, gorros, etc. Por consiguiente, Glovo estableció instrucciones dirigidas a los repartidores relativas a cómo realizar la prestación del servicio. El actor se limitaba a recibir las órdenes de Glovo en virtud de las cuales debía recoger cada pedido de un comercio y llevarlo al domicilio de un cliente final. 3) Glovo proporcionó al actor una tarjeta de crédito para que pudiera comprar productos para el usuario: cuando se adquiere un producto para entregarlo al consumidor final, el repartidor utiliza una tarjeta de crédito proporcionada por Glovo. Y se pactó que, si el repartidor necesitaba un adelanto para el inicio de la actividad, Glovo le realizaría un adelanto de 100 euros. 4) Glovo abona de una compensación económica por el tiempo de espera. Se trata del tiempo que el repartidor pasa en el lugar de recogida esperando su pedido. 5) En el contrato de TRADE suscrito por ambas partes se especifican trece causas justificadas de resolución del contrato por la empresa consistentes en incumplimientos contractuales del repartidor: por retraso continuado en la prestación del servicio; realización deficiente o defectuosa de los servicios; ofensas verbales o físicas a

las personas que presten servicios para Glovo, usuarios, proveedores o cualquier tercero relacionado con Glovo; transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza en el desempeño de las funciones encomendadas... Algunas de ellas, como esta última, son trasunto literal de los incumplimientos contractuales que justifican el despido disciplinario recogidos en el art. 54 del ET. 6) Glovo es el único que dispone de la información necesaria para el manejo de sistema de negocio: los comercios adheridos, los pedidos.” (Tribunal Supremo, Sala de lo Social, España, 23 de septiembre, rad. 4746/2019).⁹

En el encuadramiento de los trabajadores de plataformas debe tomarse en consideración: i) la ausencia de neutralidad de la plataforma, ii) el carácter prevalentemente personal de los servicios y iii) la posibilidad de coexistencia de contratos (artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo) aunado a la contra evidencia empírica (Gráfico 9) que no descarta la presencia de la relación de trabajo.

Gráfico 9. Encuesta a Rappitenderos: ¿Trabaja sólo en Rappi o tiene otros empleos o fuentes de ingresos)

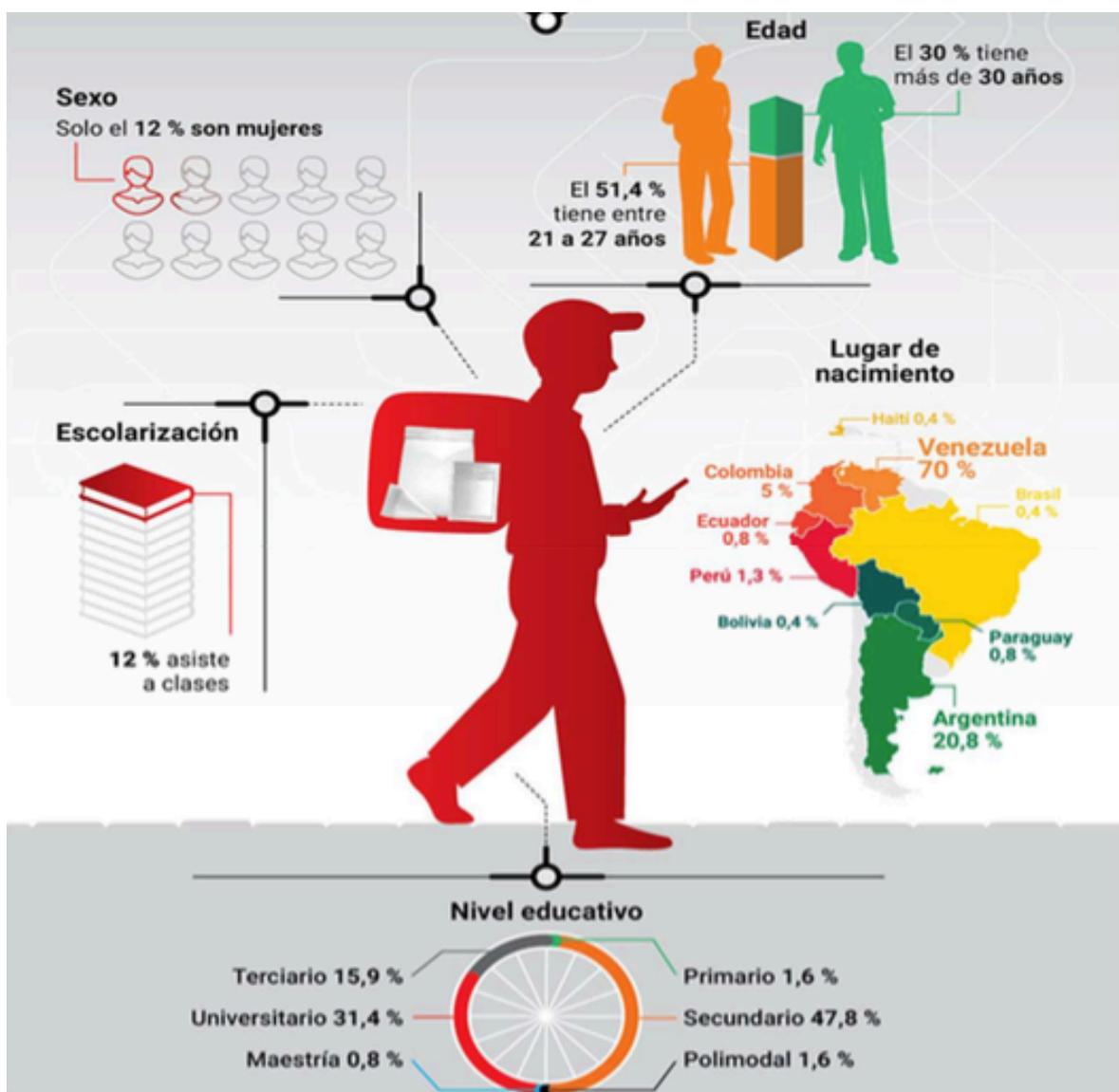


Fuente: Observatorio Laboral Universidad del Rosario, Centro de Solidaridad, Defens y Escuela Nacional Sindical (2019)

⁹ En el mismo sentido ver: Corte Suprema de Justicia de Italia sede de Casación sentencia de radicación 1663 del 24 de enero de 2020, Tribunal de Casación de Francia, Sentencia 374, del 4 de marzo de 2020)

La caracterización de los trabajadores de plataformas digitales como centro de imputación de garantías laborales demuestra la necesaria intervención con enfoque en este grupo poblacional que la Constitución Política y el Derecho del Trabajo han tenido especial dificultad de incluir en su ámbito de protección (Gráfico 10).

Gráfico 10. Caracterización trabajadores de plataformas en América Latina

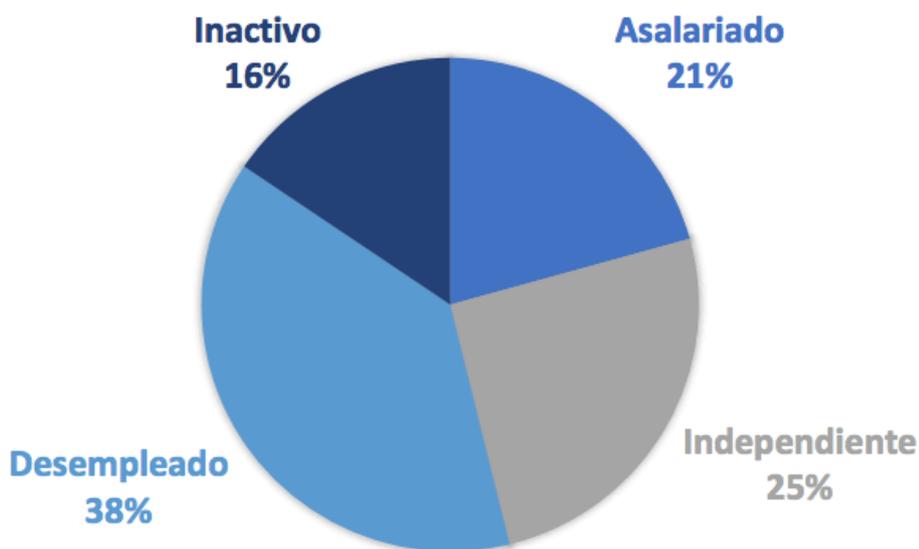


Fuente: OIT, 2019.

El debate en el parlamento colombiano ha puesto el acento en la calificación jurídica de los trabajadores como “asociados”, “socios”, “independientes”, en la articulación de los proyectos de ley 221/2020 acumulado con los proyectos de ley 85 y 246 de 2020 que contrarían el principio de primacía de la realidad incluido en el artículo 53 de la Constitución Política por el cual, en caso de discrepancia entre lo que sucede en el terreno de los hechos y las formas debe atenderse a lo fáctico en cada supuesto.

La teórica opción de empleabilidad para personas en la informalidad como beneficio social del trabajo en plataformas contrasta con la evidencia empírica sobre alternativas en caso de prescindir de aquéllas (Gráfico 11.) que deben transitar la adscripción a la formalidad para constituir alternativa de empleabilidad con derechos, protección social y diálogo social.

Gráfico 11. Encuesta a Rappitenderos: ¿Qué actividad estarían haciendo si no existieran las plataformas?



Fuente: Fedesarrollo (2020).

En California, las plataformas Uber, Lyft y DoorDash promovieron la proposición 22 que contenía una consulta popular para inaplicar la ley AB (Assembly Bill) 5 que calificaba a este grupo de trabajadores como trabajadores dependientes.

La aprobación popular de la propuesta debe considerar en las definiciones del sistema de intervención laboral, el inconveniente traslado del debate a los consumidores finales del servicio, el cual contiene un estímulo directo a la reducción de costos laborales, que explica el apoyo a iniciativas de este tipo, dada la preferencia por el abaratamiento del servicio y una competencia a la baja con la consecuente degradación de derechos laborales.

El amparo constitucional de garantía de un trabajo en condiciones dignas y justas parece lejano para los trabajadores que redujeron distancias a partir del modelo de plataformas que debe incorporarse en el proyecto de trabajo decente y el sistema de garantías universales y constitucionales reconociendo la calidad de trabajadores y trabajo objeto de tutela.

8. La libertad sindical de los trabajos

La ampliación del ámbito de protección laboral ordenado en el mandato constitucional debe ser extendido al marco de derechos colectivos estructurados bajo el marco de respeto del principio de libertad sindical que integra el derecho de asociación sindical, la negociación colectiva y la huelga.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral determinó el necesario ajuste del modelo de relaciones colectivas a la garantía de libertad sindical en “todas las modalidades” de trabajo.

“(…) debe entenderse que el legislador no hizo distinción frente a la naturaleza del vínculo de las personas que conforman los sindicatos de empresa ni de los trabajadores que se asocian libremente.

En este sentido, adviértase que, por una parte, el artículo 353 *ibídem* prevé que «los trabajadores tienen el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses», sin imponer alguna limitación, excepción o calificación, y, por otra, la norma sobre organizaciones de base señala que estas

están formadas por «individuos», sin entrar a definir la condición de los sujetos ni hacer algún tipo de discriminación al respecto, de ahí que una interpretación restrictiva como la del tribunal accionado, conlleva necesariamente a la vulneración del derecho de libertad sindical, pues de ninguna manera podía concluirse que sólo puede constituirse por «individuos» vinculados con el contratante bajo una relación laboral regida por un contrato de trabajo, máxime que de ello dependía la disolución o no de la Unión Sindical de Trabajadores de las Apuestas (USTA).

No obstante, surge imperioso aclarar que el término «trabajadores» no puede limitarse únicamente a quienes prestan sus servicios bajo un contrato de trabajo, habida cuenta que este sólo constituye una de las diversas formas de regular la relación de trabajo, pues también hay trabajo en otro tipo de vinculaciones no sujetas a contrato de trabajo, como las de los prestadores de sus servicios con vínculo jurídico civil o comercial, esto en la medida que dicho concepto supone el esfuerzo humano en la prestación de un servicio, con independencia de la naturaleza jurídica del vínculo contractual.” (Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Laboral, SL 7928-2020 Rad. 60372, 9 de septiembre de 2020).

La adaptación del modelo sindical previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, pre-constitucional, a los parámetros constitucionales de 1991 e internacionales que se integran a partir del bloque de la constitucional, a las normas vinculantes sobre el contenido y alcance del derecho fundamental de libertad sindical, determina la extensión del ejercicio de este derecho a los trabajadores entendidos en su acepción genérica sin que resulte admisible su restricción a los trabajadores dependientes en forma excluyente.

Así las cosas, el Convenio 87 de la OIT se integra al nivel constitucional sobre la regulación del derecho fundamental de libertad sindical en concordancia con los pronunciamientos proferidos por el Comité de Libertad Sindical como “órgano de control de la Organización Internacional del Trabajo que constituyen una lectura autorizada de los convenios, siempre que la Corte Internacional de Justicia no haya resuelto en contrario”.

En este sentido, la correcta interpretación del artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo sobre la facultad de constitución de sindicatos, en el ámbito constitucional colombiano al que se integra el Convenio 87 de la OIT, comporta la ampliación subjetiva del ámbito subjetivo a todos los tipos de trabajadores con independencia del vínculo contractual.

La interpretación correcta de las normas legales sobre constitución y clasificación de las organizaciones sindicales debe actualizada a los patrones del derecho fundamental incluido en el artículo 25 de la Constitución Política que protege el trabajo <<en todas sus modalidades>> en su acepción genérica.

La postura de la jurisprudencia laboral colombiana constituye un precedente determinante para el ejercicio del derecho fundamental de asociación sindical para la garantía del sistema de protección en sentido amplio, con inclusión de los diversos tipos de trabajo en el contexto del siglo XXI, más allá del modelo de trabajo subordinado, sobre el cual se edificó el sistema de intervención laboral colombiano en 1950.

9. Conclusión de cara a la amplificación del trabajo en clave constitucional

La demanda de actualización de la disciplina jurídico-laboral al modelo constitucional supone la ampliación del marco de intervención orientado a la tutela de todas las modalidades de trabajo en condiciones dignas y justas.

El trabajador para el cual fue diseñado el modelo de protección ha sido amplificado en su patrón a diversos tipos de trabajadores ignorados por el Derecho del Trabajo en su visión fundacional cuya puerta de entrada está articulada en el ordenamiento constitucional de 1991.

La construcción de la categoría jurídica *trabajador* corresponde a una abstracción política contextual que supone adaptaciones en la recepción del modelo constitucional que reconoce e incorpora a los *trabajadores y trabajadoras* en las diversas modalidades como merecedores de protección del modelo *iuslaboral*.

De la misma manera, el centro de imputación patronal ha sido modificado del tradicional modelo de producción fordista al desmaterialización a partir de algoritmos, de libre circulación que supera los límites de la territorialidad cuya identificación resulta compleja en el contexto de la digitalización y automatización del trabajo y los sistemas productivos.

La exclusión tradicional de grupos poblaciones específicos del modelo de protección laboral determina la progresiva reducción del ámbito de gobierno del Derecho del Trabajo profundizando las vulnerabilidades de los trabajadores tradicionalmente excluidos de la disciplina laboral.

El acento en *los trabajos* del mandato constitucional de 1991 reconoce la reconfiguración laboral y el tránsito consecuencial a modelo de protección del trabajo en condiciones dignas y justas, en su acepción general a partir de estándares de trabajo decente: reconocimiento de derechos, protección social y diálogo social sobre los que descansa su admisibilidad constitucional.

Bibliografía

- BARASSI, L. (1901). *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano* (Società Editrice Libreria).
- BERG, J. (2019). *Las plataformas digitales de trabajo: Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, (OIT).
- LEIBOVICH, J. (2020). “Caracterización del mercado laboral rural en Colombia y reflexiones de política”, (Misión de Empleo).
- MALAGÓN, M. (2015). *Salvajes, bárbaros e inmigrantes en el derecho administrativo hispanoamericano*, (Universidad Externado).
- MORA CABELLO DE ALBA, L. (2013). *Trabajar en femenino, trabajar en masculino*, Editorial Bomarzo, Albacete, España.
- PERULLI, A. (2019). “Il Lavoro Autonomo”, en: *Lecturas de Derecho Laboral Español e Italiano*, editorial Tirant Lo Blanch.
- ROIG, A. (2017). “Reflexiones teóricas sobre Economía Popular”, (Ediciones Desde Abajo).
- ROMAGNOLI, U. (1996). “Del trabajo declinado en singular, a los trabajos en plural, (investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla La Mancha).
- ROMAGNOLI, U. (1996). *El Derecho el Trabajo y la Historia*, (Consejo Económico y Social).
- ULLMANN, H. (2019). *Discapacidad y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: oportunidades y desafíos*, (CEPAL).
- VALDÉS ALONSO, A. (2019). “El Trabajo Autónomo”, en: *Lecturas de Derecho Laboral Español e Italiano*, editorial Tirant Lo Blanch.