

LA DESLABORALIZACIÓN, UN FENÓMENO SOCIAL QUE VULNERA EL DERECHO HUMANO AL TRABAJO

*MAITE ROCÍO CAÑATE BARRENECHE**



DELABORALIZATION, A SOCIAL PHENOMENON THAT VIOLATES THE HUMAN RIGHT TO WORK

RESUMEN

Referirse a la deslaboralización en el mundo fáctico es indicar que el ordenamiento jurídico ha involucionado, con fundamento en la reducción y supresión de las garantías mínimas laborales de los trabajadores, desconociendo así, las luchas sociales en las cuales se logró la dignificación del trabajo, pues, ha sido el mismo ordenamiento quien ha creado figuras jurídicas que hoy son utilizadas para desconocer al trabajador sus derechos.

Por lo cual, el siguiente artículo tiene como finalidad describir brevemente los factores normativos que han incidido en las constantes limitaciones de las condiciones laborales dignas, obstaculizando así la materialización del derecho humano y fundamental al trabajo, lo que conlleva a que en la actualidad este derecho no atienda su propia progresividad debido a la expedición de leyes a través de las cuales se conceden mayores beneficios a los empresarios y empleadores en desmedro del trabajador.

PALABRAS CLAVE: Deslaboralización; Globalización; Flexibilización; Derecho Humano; Derecho fundamental; Garantías.

* Abogada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Especialista en Derecho Laboral de la Universidad del Norte, Conciliadora en Derecho en la Fundación Liborio Mejía. Servidora Judicial 2004-2015 (Oficial mayor, secretaria, auxiliar de magistrado, juez control de garantías. Docente tiempo completo, facultad de derecho UCC (Santa Marta): cátedras en seguridad social, MASC, conciliación en derecho y arbitraje (2016). Docente asesor área laboral Consultorio Jurídico y catedrática Relaciones colectivas de trabajo, Universidad Magdalena (2017-2019) [maitecanate@gmail.com].

ABSTRACT

Refer to delaboralization in the factual world is to indicate that the legal system has involuted, based on the reduction and suppression of the minimum labor guarantees of the workers, thereby ignoring the social struggles in which the dignification of the work was accomplished, since it has been the same legislation that has created legal figures that today are used so that the worker does not know his rights.

Therefore, the purpose of the following article is briefly describe the normative factors that have affected in the recurrent constraints of decent working conditions, thereby hindering the fulfilment of the human and fundamental right to work, which entails that currently this right fails to meet its own progressivity due to the issuance of laws through which greater benefits are granted to businessmen and employers to the detriment of the employees.

KEYWORDS: Delaboralization; Globalization; Flexibilization; Human Right; Fundamental right; Guarantees.

Fecha de presentación: 6 de agosto de 2019. Revisión: 9 de agosto de 2019. Fecha de aceptación: 14 de agosto de 2019.



I. INTRODUCCIÓN

El derecho al trabajo nació como una disciplina jurídica a finales del siglo XIX, es la consecuencia lógica de muchas revoluciones que obedecieron a causas justas, pugnas, enfrentamientos –la mayoría de ellos sangrientos, con muchas pérdidas y sacrificios de trabajadores– buscando lograr las tan anheladas conquistas sociales, que se tradujeron en la positivización de los derechos mínimos e irrenunciables de la clase obrera.

A lo largo de nuestra historia, luego del nacimiento del derecho laboral y posteriormente de la seguridad social, hemos asimilado que aquel se concibió como un derecho proteccionista, garantista, vigilante y garante de todas las prerrogativas ganadas a fuerza por quienes nos antecedieron y advirtieron que la parte débil de la relación que en principio era bilateral –trabajador/empleador– lo es, sin duda alguna, el individuo que ofrece sus servicios personales bajo la ininterrumpida subordinación respecto de su empleador (quien generalmente se trataba y trata de una persona natural o jurídica con un apetito voraz

de ingresos), a cambio de una retribución salarial como pago por dichos servicios.

Pese a lo anterior, es innegable que con el transcurrir del tiempo, la crisis económica externa e interna que nos aqueja, la globalización y el afán del sector empresarial como dueños del capital y la maquinaria requerida para conseguir la producción, por generar con poca inversión altos índices de ganancias, ha provocado que las modalidades de contratación laboral y por ende los derechos derivados de las mismas se hayan visto afectadas en su concepción.

O lo que es lo mismo, hayan sido atacadas desde su misma naturaleza jurídica y su finalidad, siendo esta última el respeto por la dignidad del trabajador, dignidad representada en el principio de la estabilidad laboral, una buena remuneración coherente con la prestación personal del servicio, un óptimo sistema general de seguridad social integral que le permita acceder de manera oportuna a un excelente servicio de salud, la atención inmediata en caso de la ocurrencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad de origen profesional y, finalmente, aspirar a algún día poder retirarse del mundo activo del trabajo para gozar de una pensión de vejez.

Es así, como aparece en el panorama laboral la deslaboralización, como un fenómeno consistente en prácticas de vinculación de carácter contractual laboral no ya directamente por quien necesita de la prestación del servicio, sino a través de un tercero y alejadas del radio de protección del derecho del trabajo, ubicándose en un terreno en donde los principios generales del derecho de trabajo son prácticamente invisibles y por consiguiente inaplicables, precisamente porque se pretende con dichas prácticas que se multipliquen las ganancias para la empresa sacrificando los derechos que surgen para el trabajador con ocasión de la existencia del contrato de trabajo.

II. EL DERECHO HUMANO DEL TRABAJO Y LAS DISTINTAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN LABORAL

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en su artículo 23, numeral 1, se señala que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfacción de trabajo y a la protección contra el desempleo.”

Seguidamente los numerales 2, 3, 4, disponen:

Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”; Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

Y, finalmente, señala que: “Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.

Ahora bien, de antaño, específicamente desde la expedición del Decreto 2363 de 1950, esto es, el Código Sustantivo del Trabajo, se planteó que el contrato de trabajo podría celebrarse por tiempo determinado, por la duración de la realización de la obra o labor contratada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.

Los actores laborales (Estado, empleadores y trabajadores) parecieran verse rebasados con mucha rapidez, frente a un contexto que ya no puede ser explicado y entendido a partir del marco jurídico en el cual el legislador los había ubicado (REYNOSO, 2000, p. 242).

Debido a las transformaciones en las relaciones de trabajo a nivel mundial, reiteramos, y a la imposición e implementación de las políticas neoliberales, la ampliación del mercado laboral, la crisis del capitalismo industrial, entre otras razones, se gestaron unas nuevas formas de contratos laborales menos duraderas en el tiempo, a más bajo costo de mano de obra, utilizadas por lo menos en teoría, para realizar faenas especializadas y con una justificación previa a la celebración del contrato de trabajo.

Para conseguir dicho objetivo, se crean desde la década de los años 1980 y 1990 las cooperativas de trabajo de asociado –CTA– (Ley 79 de 1988) y las empresas de servicios temporales –EST– (Ley 50 de 1990).

No obstante, sin desconocer la intención del legislador, que no fue otra que flexibilizar las relaciones de trabajo entre los sujetos titulares de ellas, para no quedar rezagados en el tiempo y en la acogida de las nuevas disposiciones imperantes en dicha área del derecho, las herra-

mientas jurídicas creadas para conseguirlo fueron desafortunadamente mal interpretadas por los empresarios, por quienes tienen el poder y la facultad para contratar, entonces se rompe con la relación dual y/o bilateral de vinculación laboral para dar paso a las prácticas de tercerización laboral o subcontratación, también denominada *outsourcing*.

Sin lugar a dudas,

los empleadores refugiándose en un esquema conceptual ya obsoleto, en donde sus compromisos sólo empiezan y se agotan frente a las personas con las cuales mantienen una relación laboral.

Se muestran ajenos aunque preocupados frente a una realidad que les asombra, pero con la cual el derecho no los relaciona, dejando en el terreno de la ambigüedad un cierto compromiso social (REYNOSO, 2000, p. 243).

Hoy en Colombia, el aparato jurisdiccional se encuentra colapsado por demandas de muchos ciudadanos que buscan en primera medida la declaración de la existencia de un contrato de trabajo bajo la modalidad real y no la disfrazada por quien fue su supuesto empleador que en principio fungió como una EST o una CTA, siendo estas las encargadas de enviarlo a una segunda empresa denominada usuaria.

En la actualidad, se contrata a cualquier persona para que preste sus servicios personales de manera provisional con el pretexto de tratarse de actividades que escapan del giro ordinario de las actividades de la persona jurídica de derecho privado o público, cuando en realidad, son faenas que hacen parte de la cotidianidad de las empresas sean estas públicas o privadas.

Hecho que a todas luces denota la violación al principio de estabilidad en el empleo consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, el trabajador no puede gozar de todos los privilegios esenciales emanados de su contrato de trabajo, toda vez que, el empleador al hacer uso de estos tipos de contratación, minimiza los costos de producción que le acarrea la contratación laboral de manera directa o la tradicional.

Siendo ello así, nos atrevemos a afirmar que, si bien se tratan de modalidades de vinculaciones laborales legales, no son justas y al remitirnos a lo que se considera justo, mencionaremos que “la materialización de la justicia es lo que se comprende como justo, ya que el de-

recho usualmente es injusto, según el entender de cualquier persona” (ARIZA SANTAMARÍA, p. 4).

Así las cosas, el trabajador vinculado en esas condiciones no puede cotizar por un amplio margen de tiempo al Sistema General de Seguridad Social Integral, mucho menos puede ejercer su derecho fundamental a sindicalizarse, ejercitar su derecho a la negociación colectiva y su sagrado, pero satanizado derecho a la huelga, “existe un desplazamiento del campo de aplicación del derecho del trabajo a otros campos jurídicos, en todo caso menos costosos” (REYNOSO, 2000, p. 243).

De lo anterior y tomando como base las reflexiones del profesor VINCENZO FERRARI, podemos inferir que el derecho visto como “una modalidad” “un medio de acción social” (FERRARI, 2004), y más concretamente el derecho del trabajo, ha sido permeado en su papel de derecho protector, toda vez, que con ocasión de la deslaboralización se ha visto enfrentado al fraude –si nos permiten mencionar este término– de sus propios parámetros.

En este orden de ideas, colegimos que se ha quebrado su esencia con la puesta en marcha de prácticas de contratación que arrojan como resultado la inaplicación total o parcial del derecho de trabajo, el fenómeno que en principio se mostró como perteneciente únicamente al ámbito jurídico se difuminó y viene mostrándose como un verdadero conflicto de carácter social.

Llegados a este punto, bien vale la pena recordar lo precisado por el profesor FERRARI al apuntar que “un derecho existe racionalmente si se puede prever que sus normas han sido respetadas” (FERRARI, 2004, p. 22) con claridad meridiana podríamos colegir que en este tema el derecho entonces no existe.

III. LA DESLABORALIZACIÓN EN LATINOAMÉRICA

Algo semejante está ocurriendo en nuestro continente, pues cuando se aborda el tema de la deslaboralización, como es lógico para abordar el tema se menciona la evolución del derecho laboral.

En ella se narra que originariamente las cuestiones fundamentales eran el tiempo de trabajo y el salario, para luego adicionar otras tantas, como por

ejemplo el de la subcontratación e intermediación laboral en su forma tradicional (GOIZUELA, 2010, p. 388).

En Venezuela, al referirse al fenómeno de la deslaboralización se indica que la preocupación en esta disciplina jurídica –el derecho del trabajo– siempre ha existido.

“Se busca ante todo la realización social, la de evitar sobre todo en éstas últimas relaciones de trabajo indirectas, los abusos sociales en materia de intermediación y subcontratación laboral” (GOIZUELA, 2010, p. 388).

México no se queda atrás en su afán de visibilizar las desventajas que trae consigo la flexibilización de las relaciones de trabajo mal encaminadas, uno de sus máximos exponentes y estudiosos, precisa, “la intermediación ha sido de las actividades más innobles de la historia, porque es la acción del comerciante cuya mercancía es el trabajo del hombre, para no decir el hombre mismo” (GOIZUELA, 2010, p. 388).

Hay que mencionar además que, los mexicanos dando un paso adelante o quizás cansados de los abusos en contra de los derechos del trabajador frente a este fenómeno, decidieron tipificar como conductas delictivas las tan mencionadas prácticas atentatorias contra el derecho humano del trabajo, denominándolas “delitos penales laborales” (GONZÁLEZ, 2014, p. 31), previstos así en el Código Penal Federal y en el Código para el Distrito Federal, entre ellos se consagran como tales el “Fraude al salario contra los Trabajadores”, el “Fraude Procesal” y el delito de “Defraudación Fiscal” (GONZÁLEZ, 2014, pp. 31 a 33).

Por su parte, en Uruguay existen dos leyes que avalan las prácticas de deslaboralización, una de ellas la Ley 18.099 (actividad privada, seguridad social, seguros por accidentes de trabajo y responsabilidad solidaria, 2007), en Chile, se expidió la Ley 20.123 (regula trabajo en regimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de servicios transitorios, 2006).

Mientras que en Ecuador, si se tuvo en cuenta la esencia proteccionista y el verdadero enfoque del derecho del trabajo como un derecho social y con fundamento en ello, ya que el pasado 30 de abril de 2008, mediante Mandato Constituyente n.º 8 se decretó en el artículo 1.º, lo siguiente: “Se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o em-

pleador” (2008) y el Decreto 1121 (reglamento para la aplicación del Mandato Constituyente n.º 8 que suprime la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral y la contratación por horas, 2008), que prioriza la importancia del contrato laboral como contacto directo y de forma bilateral entre el trabajador y empleador con la finalidad de generar un ordenamiento equilibrado entre las relaciones contractuales laborales que en consecuencia permita erradicar la desnaturalización de este.

IV. EL ESTADO Y LA EMPRESA PRIVADA COMO SUJETOS ACTIVOS DE LA CONTRATACIÓN LABORAL. LA OTRA CARA DE LA MONEDA

En nuestro país, para nadie es un secreto que los empresarios prefieren antes que las modalidades convencionales de contratación laboral, las que ofrecen las de subcontratación, relaciones tercerizadas, el también llamado suministro de personal o las relaciones triangulares, bien sea a través de las CTA, de las EST, así les represente en muy pocas situaciones, un alto costo a un corto plazo (lo que perdure la relación laboral que generalmente no sobrepasa los seis meses prorrogables por otros seis más, según lo prevé expresamente del art. 77 de la Ley 50 de 1990), pero a cambio, se evitan los problemas que tiene inmerso la ley laboral Colombiana y la Jurisprudencia.

¿Qué debe hacer el dueño de empresa ante una carga tributaria tan onerosa?, ¿cómo se crea y se mantiene una empresa o micro empresa ante tal circunstancia?, muchos de ellos responderían que, justamente contratando al personal mediante la subcontratación, para economizar costos extendidos en el tiempo, minimizar la carga prestacional y ampliar el porcentaje de producción y de ganancia, haciendo uso de contratos laborales triangulares que son igualmente legítimos en Colombia.

No escapa a dicha situación el Estado colombiano, como principal contratante, hasta el punto que son múltiples los pronunciamientos del máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, cuando esta corporación avoca el conocimiento de situaciones en la que se vulneran derechos constitucionales al recurrir a la subcontratación laboral para proveer a las entidades estatales del personal requerido.

El Estado al igual que la empresa privada también contrata a través de terceros, avalando de esta manera que tales operadores externos realicen labores permanentes que en principio estarían asignadas a su planta de personal (Corte Constitucional. Sentencia C-171, 2012).

A manera de conclusión, reiteramos que la deslaboralización le permite al empleador eludir su responsabilidad con sus trabajadores, remunerar el servicio prestado con sumas de dinero inferiores a lo que realmente debe pagar, promueve las cotizaciones efímeras al Sistema General de Seguridad Social Integral, elimina el ejercicio de los derechos laborales colectivos, todo ello, debido a los cortos períodos de vinculación laboral, siendo estos los marcos de acción y de protección de los derechos antes enunciados.

Consideramos que cada una de las aristas de la deslaboralización, constituyen “hechos sociales” (FERRARI, 2004, p. 22), que dependen del pensamiento, puntos de vista y actos de voluntad de los sujetos agentes y por lo tanto pueden, a diferencia de los eventos naturales, sustraerse de las previsiones.

El legislador no previó que la flexibilización de las relaciones obrero-patronales degenerarían en transgresiones de los derechos mínimos y fundamentales del sujeto débil de aquellas interacciones, nos preguntamos el por qué ha sido tan pobre la supervisión del Ministerio de Trabajo como ente encargado de velar por el respeto de los derechos de los trabajadores, teniendo todas las facultades legales para ello.

Entonces, es evidente que la norma se convierte en una vía legal para vulnerar derechos, pues si bien los empleadores no actúan de forma ilegal al contratar bajo estas modalidades mencionadas porque son legalmente permitidas, la naturaleza misma de estas formas de contratación es lo que lesiona al trabajador.

Nos cuestionamos acerca del momento en que logremos fortalecer nuestro ordenamiento jurídico conforme a las nuevas tendencias de contratación laboral para que pueda en realidad materializarse la defensa de los derechos de los trabajadores y, por qué no, cuándo se pensará en la empresa como verdadera fuente de trabajo y se le alivianará su carga tributaria como una salida para que cada vez más queden en desuso las prácticas de la deslaboralización.

Y, en el mejor de los casos, por qué no soñar con un derecho laboral progresista y no regresivo, que elimine del orden normativo colombiano, tal como lo hizo Ecuador, todos aquellos preceptos normativos que atenten contra el derecho humano del trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT. *El derecho profano. Justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo*, Bogotá, Externado, 2010.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-171 de 7 de marzo de 2012, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en: [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-171-12.htm].
- DE LA CUEVA, MARIO. *El Derecho Mexicano del Trabajo*, México, Porrúa, 1975.
- ECUADOR. Mandato Constituyente N.º 8, de 30 de marzo de 2008, *Registro Oficial*, n.º 330 de 6 de mayo de 2008, disponible en: [www.derechoecuador.com/registro-oficial/2008/05/registro-oficial-no-330---martes-6-de-mayo-de-2008-suplemento].
- FERRARI, VINCENZO. *Derecho y sociedad. Elementos de la sociología del derecho*, Bogotá, Externado, 2004.
- FIX FIERRO, HÉCTOR; ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ y VINCENZO FERRARI. “Conferencia Magistral: La sociología jurídica hoy”, de 24 de febrero de 2010, Videoteca Jurídica Virtual, disponible en: [www.juridicas.unam.mx/videoteca/evento/conferencia-magistral-la-sociologia-juridica-hoy].
- GOIZUETA, NAPOLEÓN. “La tercerización y la subcontratación laboral análisis de su problemática: regulación, deslaboralización o eliminación”, *Revista Derecho del Trabajo*, Barquisimeto, Estado Lara, Venezuela: Ivan Mirabal Rendón, 2010.
- GONZÁLEZ, C. *El contrato de outsourcing: Fraude a la legislación laboral*, Foro Jurídico, 2014.
- LASTRA LASTRA, JOSÉ MANUEL. “La buena fe en el trabajo: ¿Un principio que se difumina?”, *Letras Jurídicas*, n.º 8, México, Universidad Veracruzana, 2003, disponible en: [www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61411].
- Ley 79 del 23 de diciembre de 1988, *Diario Oficial*, n.º 38.648, de 10 de enero de 1989, disponible en: [www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9211].
- Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, *Diario Oficial*, n.º 39.618, de 1.º de enero de 1991, disponible en: [www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=281].
- QUINTERO LIMA, MARÍA GEMA. “Los derechos laborales y de seguridad social en momentos de crisis económica: El naufragio constitucional hacia su patrimonialización”, en MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP, M^a CRUZ LLAMAZARES CALZADILLA y MONTSERRAT ABAD CASTELOS (coords). *Políticas económicas y derechos sociales*, Madrid, Dykinson, 2016.

RODRÍGUEZ PALOP, MARÍA EUGENIA; M^a CRUZ LLAMAZARES CALZADILLA y MONTSERRAT ÁBAD CASTELOS (coords). *Políticas económicas y derechos sociales*, Madrid, Dykinson, 2016.

URUGUAY. Ley N.º 18099 del 24 de enero de 2007, *Registro Nacional de Leyes y Decretos*, t. 1, semestre: 1, 7 de febrero de 2007.

