

Cumplimiento de la regulación y conflictividad laboral en Colombia

Contribución a la misión
de empleo 2021

BORRADOR 3 — TRABAJO Y DERECHO

dic. 2021 #3

Natalia Ramírez Bustamante



Facultad
de Derecho



Para citar este informe utilice el siguiente formato: Natalia Ramírez Bustamante, “Cumplimiento de la regulación y conflictividad laboral en Colombia. Contribución a la misión de empleo 2021”, Borrador 3 Trabajo y Derecho, Universidad de los Andes, diciembre 2021.

@laboraluniandes

Natalia Ramírez Bustamante

Abogada y filósofa con maestría en derecho de la Universidad de los Andes (Colombia). LL.M. y Science Juris Doctor de la Universidad de Harvard (EE. UU.). Profesora asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia).

Correo electrónico: ramireznb@uniandes.edu.co

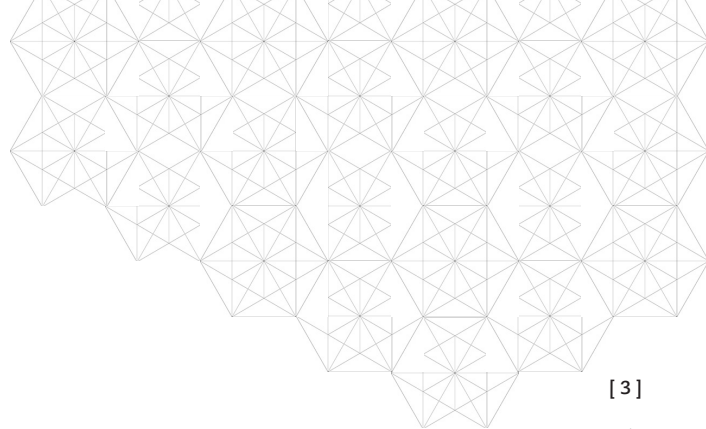
Este informe habría sido imposible sin la contribución de Andrea López y Juan Felipe Parra, también financiados por el BCIE para apoyar este capítulo en la misión. Ambos trabajaron en partes fundamentales de este informe. Andrea se ocupó del procesamiento de los datos de la GEIH y la PILA a partir de los cuales ofrecemos un panorama sobre el estado actual del mercado laboral en Colombia y el nivel de cumplimiento de las normas laborales en el país. Juan Felipe Parra fue mi mano derecha en este proyecto ayudándome a recolectar el gran caudal de información que presentamos, muchas veces buscando con ingenio información difícil de obtener y buscando maneras de sistematizarla y hacerla comparable. También redactó las primeras versiones de varias de las secciones contenidas en el informe final y me ayudó, a través de distintas herramientas, a construir argumentos más sólidos.

Imagen de portada:

Foto de Shivendu Shukla para Unsplash.

Agradecimientos

Este trabajo fue financiado por el Banco Centroamericano de Integración Económica —BCIE— para la Misión de Empleo 2020 2021 de Colombia, a través del contrato Consultoría N°. 121/2021-ORPAN en el marco del Convenio Técnico de Cooperación de 2020 con el Departamento Nacional de Planeación —DNP— y el Ministerio del Trabajo. Agradecemos la colaboración de miembros de entidades públicas y privadas que con generosidad se tomaron el tiempo necesario para recoger y depurar información no siempre fácil de obtener. En primer lugar quisiera agradecer a los jueces, abogados y abogadas e inspectores del trabajo que tomaron tiempo de sus agendas para atender las entrevistas semiestructuradas que informan la sección 8 de este capítulo. También agradecemos especialmente en el Ministerio del Trabajo a los viceministros Andrés Felipe Uribe e Isis Muñoz; en el Departamento Nacional de Planeación a Daniel Gómez, Alfredo Rosero y César Merchán. Además de ayudarnos con datos valiosos para el análisis que presentamos, algunos de ellos, así como otros funcionarios públicos del Ministerio del Trabajo y del DNP y otras entidades, hicieron comentarios y sugerencias valiosas que se incluyen en este informe. Los miembros de los consultorios jurídicos de las siguientes universidades recogieron y clasificaron información valiosa que nos permite ofrecer una caracterización inicial de los conflictos laborales de base: Andes, EAFIT, Externado de Colombia, ICESI, Industrial de Santander, del Norte, Nacional de Colombia y del Rosario. Lo mismo hicieron los miembros del consultorio jurídico popular y la Fundación Probono. Agradezco especialmente a Santiago Levy y a Darío Maldonado por haber leído y discutido versiones previas de este capítulo. Nuestros intercambios fueron esenciales para nutrirlo y me ayudaron a ver el panorama jurídico desde una perspectiva más amplia incluso si no llegamos siempre a las mismas conclusiones. Gracias también a los autores de los demás capítulos de esta misión de empleo por sus comentarios y sugerencias, Andrés Álvarez, Juan Camilo Chaparro, Carolina González, Marcela Meléndez y Juanita Villaveces. Cualquier error remanente es mío.

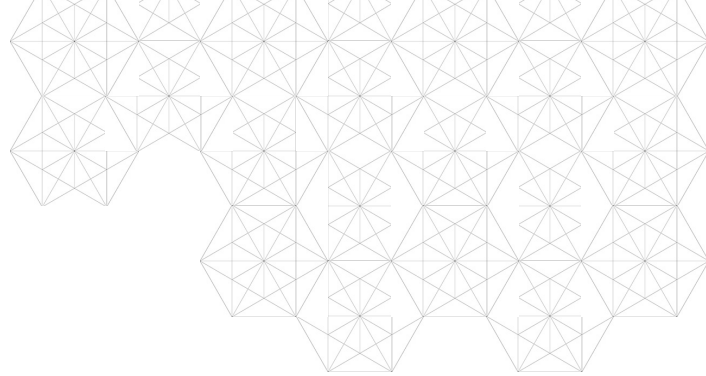


Contenido

[3]

Presentación	5
Metodología	11
1. Dos misiones de empleo previas: Organización Internacional del Trabajo (1970) y Chenery (1986)	14
2. Contexto y caracterización del mercado laboral colombiano 2009-2019	20
2.1 La población ocupada en Colombia según tipo de vinculación al mercado de trabajo	21
2.2 Tendencias en la contratación de la población ocupada	29
3. El mercado laboral en la zona rural	37
4. Las mujeres en el mercado laboral colombiano	42
4.1 Participación, desempleo e inactividad de mujeres y hombres	43
4.2 Las responsabilidades de cuidado y la discriminación en el acceso y la permanencia en el empleo	46
5. Informalidad laboral y nivel de cumplimiento de las normas laborales	55
6. Eficacia de la regulación laboral en Colombia	59
6.1 Eficacia según el cumplimiento de las garantías del trabajo	59
6.2 Eficacia teniendo en cuenta los aportes al sistema de social de acuerdo con datos de la Unidad de Gestión seguridad Pensional y Parafiscal	61
7. Conflictividad laboral en Colombia	66
7.1 La conflictividad laboral en Colombia hace 20 años. El Kaleidoscopio de las Justicias.	66
7.2 Necesidades jurídicas en Colombia en materia laboral (2016 y 2021)	67
7.3 Una mirada desde abajo. La conflictividad laboral en los consultorios jurídicos universitarios	70

7.4 La conflictividad laboral en los Centros de atención jurídica gratuita de bajo costo: la Fundación Probono y el Consultorio Jurídico Popular	73
7.5 La conflictividad laboral vista desde la Defensoría del Pueblo	74
7.6 La conflictividad laboral a partir de las funciones de inspección vigilancia y control del Ministerio del Trabajo	75
7.7 La conflictividad laboral en la jurisdicción ordinaria	83
7.8 La conflictividad laboral en la jurisdicción constitucional	86
8. ¿Por qué se incumple la ley laboral en Colombia?	89
8.1 La conflictividad laboral descrita por jueces y abogados laboralistas	89
8.2 Los bajos costos del incumplimiento de la ley laboral	106
8.3 El costo del incumplimiento de las normas laborales en Colombia	107
9. Diagnóstico y alternativas	116
Referencias	120



Presentación

[5]

Uno de los principales problemas del empleo en Colombia es que la ley laboral no se cumple. Los datos cuantitativos y cualitativos que se presentan en este informe cuentan una historia de incumplimiento en términos de aportes al sistema de seguridad social y disfrute de otros derechos asociados al contrato de trabajo. Por ejemplo, en el año 2019, el 11 % de los asalariados en Colombia no hizo aportes a salud, pese a estar obligados a hacerlos, y el 15 % no hizo aportes a pensión. Entre los ocupados por cuenta propia que ganan más de un salario mínimo, el 88 % no hizo aportes a salud y el 99 % no aportó a pensión. El incumplimiento aumenta cuando se considera cuántos asalariados están afiliados a un fondo de cesantías (sólo el 44 % en 2019) y cuando se evalúa el nivel de cumplimiento de otras garantías que otorga el contrato de trabajo. Este no es un fenómeno reciente. Por el contrario, en 1986 la misión de empleo Chenerly concluyó entre otras cosas, que “[L]a cobertura efectiva de los derechos existentes es (...) limitada”.¹

Un trabajo de Raquel Bernal, publicado en el año 2009, estudió la naturaleza y el alcance de la informalidad laboral en Colombia con base en la Encuesta Continua de Hogares (ECH). Su estudio encontró que, de acuerdo con los estándares más estrictos, la informalidad en Colombia oscilaba entre 100 % y 71 %, cifra que desestimó por ser “poco realista”.²

Como se mostrará en este informe, no muchas cosas han cambiado en los últimos años. Con base en los indicadores que usamos en este informe, incluyendo niveles de afiliación al sistema de seguridad social, a un fondo de cesantías o a cajas de compensación, sigue siendo el caso que la informalidad laboral, o el incumplimiento de la ley laboral, es uno de los principales problemas del trabajo en el país.

Lamentablemente, por las razones que se expondrán en detalle en este informe, no contamos con estadísticas oficiales de la rama judicial que permitan analizar las causas de la conflictividad laboral que efectivamente llegan a conocimiento de los jueces. La fuente de información estadística más precisa, aunque no ideal, para medir la conflictividad laboral, es la Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana cuyos últimos datos se recogieron en el año 2020. Según sus resultados, las principales causas de conflictividad relacionadas con el empleo incluyen las siguientes: el no pago de erogaciones económicas derivadas de la relación laboral, como prestaciones sociales, vacaciones, primas y cesantías, entre otros (41 %); maltrato y acoso laboral (24 %);

¹ Antonio J. Gaviria E.O & De Ramírez M. (1987). El problema laboral colombiano. Contraloría General de la República. Tomo II, p. 237.

² Bernal S. R. (2009). The informal labor market in Colombia: identification and characterization. *Revista Desarrollo y Sociedad*, (63), 145-208.

problemas relacionados con la terminación del contrato de trabajo (21 %); y, el reconocimiento y formalización de la relación laboral (6 %).

Sin embargo, de acuerdo con la misma encuesta, el 61 % de quienes tenían conflictos derivados de la relación laboral *no hicieron nada para solucionarlo*, es decir, no acudieron a un juez o una autoridad administrativa para resolver el desacuerdo. En contraste, solo el 39 % de los encuestados acudieron a las instituciones o a un tercero para resolver la controversia lo que sugiere una baja confianza ciudadana en las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de las normas laborales.³

La calidad de la información estadística con la que contamos no permite identificar a qué ocupaciones, industrias o en qué tipos de empresas trabajan quienes declararon tener conflictos laborales. Tampoco contamos con otras fuentes de información estadística que permitan aclararlo. Alguna de la información cualitativa que recogimos sugiere que el incumplimiento de la ley laboral es más frecuente en empresas medianas y pequeñas, en las que los costos económicos de la formalidad y falta de conocimiento de la ley laboral obstaculizan en distintos grados su cumplimiento. Adicionalmente, la capacidad de fiscalización de las entidades del Estado en estas pequeñas y medianas empresas es aún más restringida que en las grandes, en las cuales, de todas formas, la veeduría es similarmente escasa. En efecto, de acuerdo con la información recogida en este capítulo, gran parte del incumplimiento de la ley laboral en el país es el resultado de un Estado con poca capacidad administrativa y judicial para promover la vigilancia de la ley laboral y sancionar su evasión.

A lo anterior se suman los incentivos perversos existentes en nuestro sistema laboral que no sanciona adecuadamente la contratación ilegal. Como resultado, varios abogados laboralistas y jueces que entrevistamos en el marco de esta investigación coinciden en afirmar que en Colombia es más rentable violar las leyes laborales que cumplirlas. La sección 8 de este informe ofrece un ejemplo para cuantificar el incumplimiento de la ley laboral en Colombia utilizando un caso de conflictividad muy frecuente: el contrato realidad. El ejemplo mostrará que, dadas una serie de condiciones que hoy pueden materializarse en nuestro sistema jurídico, un empleador irregular condenado judicialmente puede pagar menos para resarcir a su trabajador de lo que habría tenido que pagar durante la vigencia del contrato de haberlo hecho cumpliendo la ley desde el inicio del contrato. El bajo costo de estas condenas hace que su efecto disuasorio sea nulo, lo que a su vez mantiene el flujo frecuente de conflictos por el mismo motivo.

Descontando los conflictos derivados de temas relacionados con la seguridad social, que hoy son los más frecuentes en la jurisdicción laboral,

3 DNP (2021). Necesidades jurídicas en Colombia 2020. Identificación y caracterización. Bogotá: DNP (no publicado).

la búsqueda de la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo es de los conflictos que más frecuentemente enfrentan los jueces laborales. Esto sucede porque las formas irregulares de contratación de trabajadores ocurren con mucha frecuencia. Ante la escasez de fuentes de empleo, muchos trabajadores aceptan acuerdos verbales o incluso firman distintos tipos de contratos civiles o comerciales diseñados para enmascarar verdaderas relaciones laborales. Se trata de trabajadores que cumplen órdenes, en muchos casos horarios, y son objeto de sanciones por parte de los empleadores. Estas son características esenciales del contrato de trabajo.

La primera autoridad encargada de promover el cumplimiento de la ley laboral y sancionar su infracción es el Ministerio del Trabajo, que tiene la función de vigilancia y control a través de los inspectores del trabajo. Sin embargo, se trata de una entidad poco eficiente, con muy pocos inspectores de trabajo, que tienen poca capacitación específica y poca capacidad de gestión. De acuerdo con el estándar de la OIT, en Colombia deberían existir 1966 inspectores, pero el país cuenta con 904. Es decir, deberíamos contar con 1.062 inspectores adicionales a los que tenemos hoy en día. A su vez, la falta de gestión del Ministerio del Trabajo puede estar relacionada con la escasez de recursos para el desarrollo de su gestión. Por ejemplo, de acuerdo con datos del Ministerio de Hacienda para el año 2019, apenas el 7 % del presupuesto del Ministerio del Trabajo estuvo destinado a gastos de funcionamiento e inversión de la cartera mientras que el 93 % estuvo destinado al pago de pensiones del orden nacional (ver sección 7).

Si no funciona la autoridad administrativa, el siguiente paso son los jueces laborales, pero como se ha señalado, solo una pequeña proporción de los conflictos llegan efectivamente a ser conocidos por ellos. Incluso en esa instancia, los trabajadores, quienes son los demandantes habituales en el derecho laboral, se enfrentan a un aparato de justicia lento y congestionado. La lentitud del sistema judicial y las dificultades de acceso que enfrentan muchos trabajadores puede explicar por qué, muy pocos de ellos, recurren a la justicia para resolver estos conflictos. Además, la jurisdicción laboral enfrenta una congestión del 59 % de casos, mayor a la congestión de la jurisdicción civil (52 %) y penal (45 %). Para agravar esta situación, mientras que la cantidad de procesos ha aumentado en un 117 % desde 1993, el número de jueces ha permanecido estático, contando con tan solo once jueces por cada 10.000 habitantes, cifra que está un 83 % por debajo del estándar de la OCDE. Los jueces de la disciplina resaltan el efecto de esta sobrecarga laboral, a la cual se suma la falta de recursos humanos y tecnológicos adecuados para enfrentarla.

La conflictividad laboral en el país, pese a todo, no es particularmente alta. Pero no lo es porque escaseen los conflictos, sino porque esta inoperancia de las autoridades puede actuar como un factor disuasorio que mina la confianza de los trabajadores en la autoridad administrativa y en los jueces. A esto

se suma el alto costo económico y los diversos recursos que requieren los trabajadores para acceder a la justicia. Entre ellos, en muchos casos el trabajador tiene la necesidad de estar representado por un abogado, el éxito en el proceso depende de sobrepasar las dificultades probatorias que se enfrentan para demostrar la existencia de la relación laboral, la larga duración de los procesos y el temor de los trabajadores a la retaliación que puede ocurrir en el mercado de trabajo a causa de la demanda laboral entre otros factores.

Como se verá, estas barreras también están relacionadas con la invisibilidad judicial y administrativa de otros temas de conflicto. Por ejemplo, la discriminación de género en el acceso y permanencia en el empleo, pese a su altísima ocurrencia, prácticamente no aparece traducida en casos ante la jurisdicción laboral y ni siquiera frente a la constitucional. Como se muestra en la sección 4 de este informe, pese a que las mujeres colombianas cuentan, en promedio, con más años de educación que los hombres, participan menos del mercado laboral que ellos. Este es también un fenómeno multicausal, pero que puede ser abordado a través de políticas públicas que redistribuyan el trabajo de cuidado, decididamente sancionen la discriminación de género en el acceso y la permanencia en el empleo, lo que no ocurre en la actualidad, y generen incentivos tributarios, por ejemplo, para promover la contratación de mujeres. En similar situación están otras causales de discriminación como raza, edad, clase social, y orientación sexual, por solo nombrar algunas, que, pese a su persistencia, no registran ante la jurisdicción.

Los que se han descrito no son problemas que aquejen única o principalmente al empleo privado. Por el contrario, fue muy frecuente escuchar, en entrevistas con jueces y abogados laboristas, que el Estado colombiano es uno de los principales empleadores informales en el país.

El alto nivel de incumplimiento de la ley laboral que existe en Colombia es grave, y lo es por varias razones de las que sólo se mencionarán tres. En primer lugar, hay una franja de empleo independiente y por cuenta propia que materialmente es empleo subordinado. Se trata de un grupo de trabajadores que merecen la protección de la ley laboral y no la obtienen, en ocasiones a causa de las barreras económicas que enfrentan las pequeñas empresas, y en otros casos por un incumplimiento deliberado de las normas que regulan el empleo. La existencia de ese segmento de trabajadores sin protección les da una ventaja competitiva ilegítima a las empresas que se nutren de ellos, a costa del bienestar de los trabajadores, y su renuencia a hacer aportes al sistema de seguridad social incrementa los costos para el resto de la sociedad.

En segundo lugar, el desconocimiento de los derechos de los trabajadores daña el clima laboral del país, incrementa la conflictividad y el malestar social y muy seguramente reduce la productividad de trabajadores y empresas. La falta de garantías para manifestar quejas y reclamos legítimos de los trabajadores durante la vigencia de la relación laboral reduce la calidad del empleo, y resalta

la precaria situación en la que se encuentran incluso los trabajadores formales. Como se mostrará, varios abogados laboristas señalan que presentar reclamos ante un empleador por parte de un trabajador es “una sentencia de muerte”. Esta pérdida de poder de los trabajadores está relacionada, de nuevo, con la falta de control por parte del Ministerio, pero también con el permanente riesgo de pérdida de empleo que generan los contratos a término fijo.

En tercer lugar, y más grave por su carácter estructural, el abierto desconocimiento de la ley mina la confianza de los ciudadanos en las normas jurídicas y en el imperio de la ley sobre las relaciones sociales. No sorprende, entonces, que el 61 % de los ciudadanos no acuda a una autoridad cuando enfrenta un conflicto laboral, o que tantos ocupados con capacidad de pago, renuncien a hacer aportes a salud y pensiones. Se extraña la presencia del Estado en muchos espacios sociales y ante esa ausencia, cuando es posible, se viola la ley sin consecuencias adversas.

Es muy importante que, particularmente en tiempos de crisis, se piense en el derecho laboral no como una barrera al crecimiento económico o como una fuente de ineficiencia para el mercado laboral. Por el contrario, la regulación laboral puede ser el vehículo para conseguir objetivos importantes de política pública: la creación de empleo y salarios decentes, la promoción de la productividad, la promoción de la seguridad económica para los trabajadores y sus dependientes y la reducción de la desigualdad de ingresos.

Por eso, las reformas que se planteen deben intentar alcanzar el mayor bienestar posible promoviendo un balance entre la creación de nuevos empleos y su calidad. No debe olvidarse, además, que la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales impone la prohibición de regresividad lo que significa que todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado, es constitucionalmente problemático.

Una de las principales alternativas a los problemas del empleo suele ser una mayor flexibilidad laboral. Un llamado a derribar lo que se consideran barreras. Pero este informe sugiere que se trata sobre todo de barreras de papel. Las reformas que promueven la flexibilización, dado el actual contexto, podrían quitarles fuerza a los objetivos que se vienen de mencionar. Por ejemplo, las reformas de flexibilización llevadas a cabo a través de la ley 50 de 1990 y de la ley 789 de 2002 dieron escasísimos rendimientos en términos de creación de empleo y marginales en términos de formalización del empleo existente, mientras que se ampliaron las jornadas laborales para los trabajadores que ya tenían empleo.⁴ Además, la flexibilización del contrato de trabajo, por ejemplo,

⁴ Ver, por ejemplo: Gaviria, A (2004). Ley 789 de 2002: ¿Funcionó o no? Documentos CEDE, 45. Recuperado de https://economia.uniandes.edu.co/components/com_booklibrary/ebooks/D2004-45.pdf. Guataquí, J. C., & Suaza, A. F. G. (2009). Efectos de la reforma laboral: ¿más trabajo y menos empleos? (No. 005511); Lenis, Mauricio (2007). Transformación del Trabajo y Regulación Laboral: 1990-2006. Precedente. Revista Jurídicas. n., 157-181. <https://doi.org/10.18046/prec>.

a través de contratos a término fijo en un contexto como el colombiano, de alto desempleo y bajo control de la autoridad administrativa, disminuye el poder de los trabajadores y los expone a condiciones abusivas de empleo que deben soportarse para mantener la fuente de ingresos. Para evitar estos efectos adversos sobre la calidad del empleo, las reformas que se propongan deben empezar por fortalecer el aparato de policía administrativa del trabajo y facilitar el acceso a una justicia laboral célere y eficaz.

La flexibilización del mercado laboral, para asemejarlo a los contratos civiles, no es un movimiento hacia el futuro sino al pasado. Particularmente al siglo XIX, cuando a los trabajadores se les pagaba por jornal trabajado, no tenían ninguna seguridad en el mediano ni largo plazo sobre la estabilidad de su fuente de ingresos, y en casos de accidentes o incapacidad para trabajar, caían en la pobreza y la mendicidad. Las reformas que plantea esta misión, justamente evitan ser un regreso al pasado y nos mueven en la dirección de resolver algunos de los principales conflictos generadores de litigio laboral en el país.

Entre otras, la propuesta de la universalización de la protección social independientemente del tipo de vinculación laboral, supera muchos de los obstáculos que este capítulo identifica. De adoptarse, esta reduciría la principal causa de litigio entre trabajadores y empleadores como es el pago de acreencias relacionadas con la seguridad social además de que reduce sustancialmente los incentivos a la simulación contractual y promueve la solidaridad y el aseguramiento, particularmente el de los trabajadores más precarios.

Este capítulo se concentra en la evaluación de los problemas individuales del trabajo y no se pronuncia sobre la cuestión sindical ni de derecho laboral colectivo en el país. Sin embargo, el incumplimiento de derechos laborales que se describe a lo largo de este informe y la alta informalidad del empleo pueden ofrecer elementos para entender la baja sindicalización de la clase trabajadora en el país comparada con otros países de la región.

Este capítulo busca ofrecer una descripción tan detallada como es posible, dadas las fuentes de información con las que contamos, del mercado laboral desde la perspectiva del cumplimiento de las normas laborales y la conflictividad laboral en el país. La información se presenta en nueve partes que siguen a esta introducción. La siguiente sección presenta la metodología utilizada en cada una de las secciones que componen el informe. En la parte 1 se sintetizan los hallazgos de las dos misiones de empleo previas, la misión de la Organización Internacional del Trabajo (1970) y la misión Chenery (1986). En la parte 2 se presenta una caracterización de los principales indicadores de empleo en

v0.1437 ; López, H.; Rhenals, R. Impacto de la reforma laboral sobre la generación y calidad del empleo, Medellín, Corporación CIDE, 2004; Lora, E., & Henao, M. L. (1995). Efectos económicos y sociales de la legislación laboral. Fedesarrollo; Martín-ez-Álvarez, J. (2014). "Impacto de las Reformas Económicas Neoliberales en Colombia des-de 1990". In *Vestigium Ire*. Vol. 8, PP. 78-9; Núñez, J. "Éxitos y fracasos de la reforma laboral en Colombia", Documento CEDE, núm. 43, 2004.

Colombia en los últimos diez años. Allí se describe la composición del mercado laboral según las formas de vinculación de los ocupados y se recoge información que permite establecer cuántos de ellos realmente se encuentran cubiertos por el Código Sustantivo del Trabajo y cuántos evaden los aportes a los que estarían obligados. La parte 3 se encarga de ofrecer una breve descripción del mercado laboral rural comparado con el urbano. La parte 4 ofrece datos e información para entender la precaria situación del empleo femenino en Colombia haciendo énfasis en las barreras de acceso por discriminación y el efecto de las responsabilidades de cuidado que pesan sobre las mujeres. La parte 5 explora la informalidad en Colombia. La parte 6 ofrece un examen de la eficacia de la ley laboral en el país a partir de la evaluación de cumplimiento de una serie de garantías que ofrece el contrato de trabajo. La parte 7, describe la conflictividad laboral en el país con base en varias fuentes distintas de información, que incluyen consultorios jurídicos universitarios hasta acciones de tutela que versan sobre conflictos laborales. La parte 8 recoge las opiniones de jueces y abogados laboristas sobre la justicia laboral en el país y evalúa los costos de incumplir la ley laboral. La parte 9 cierra con un grupo de conclusiones diagnósticas y alternativas de reforma que son el resultado de los hallazgos de esta investigación. Estas propuestas hacen parte de un paquete de propuestas para la reforma estructural del mercado laboral del país y deben interpretarse como piezas dentro del marco de cambios que propone esta misión.

Metodología

Dado el carácter diverso de los tipos de información recogida en esta investigación, a continuación se presentan las distintas herramientas utilizadas.

a) Caracterización del mercado laboral

En la caracterización y descripción del mercado laboral se usaron los microdatos de la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) y los datos relativos a la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) del Ministerio de Salud. El trabajo se sustenta en herramientas estadísticas que fueron resultado del procesamiento de los microdatos de la GEIH, específicamente los concernientes al mercado laboral (las secciones F, G y H).

b) Eficacia de las normas laborales

Para ofrecer una medición complementaria al criterio de aportes a salud y pensiones como estándar de informalidad, revisamos la información disponible sobre afiliación a fondos de cesantías, cajas de compensación y administradoras de riesgos profesionales, así como personas que disfrutaron de vacaciones. El universo en este análisis fue la población que en teoría es subordinada

(que agrupa a las personas que se encuentran bajo una relación bilateral de empleo). Para tal fin se construyó una categoría de análisis que agrupa a los empleados privados; empleados del gobierno; empleados domésticos y jornaleros o peones, mediante el procesamiento de la pregunta número 12 de la sección I de la GEIH.

El equipo investigador presentó un grupo de derechos de petición dirigidos a las siguientes entidades, las cuales sistematizan la información relacionada con las categorías de análisis anteriormente señaladas:

- Superintendencia del Subsidio Familiar, entidad encargada de sistematizar toda la información relativa a los afiliados de las cajas de compensación familiar.
- Superintendencia Financiera, entidad encargada de sistematizar toda la información de los afiliados a los Fondos de Cesantías.
- Ministerio de Salud, entidad que nos entregó los datos de los afiliados al sistema de riesgos laborales (ARL)
- Ministerio del Trabajo, entidad que nos proveyó la PILA junto con la novedad de vacaciones de los trabajadores dependientes.

Además, para complementar esa información, la investigación incluyó los datos recolectados por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP) en su actividad fiscalizadora y sancionatoria frente a las obligaciones de los trabajadores dependientes. Estos datos fueron obtenidos mediante un derecho de petición en el que se le preguntó a la UGPP por las sanciones impuestas por el no pago de las contribuciones parafiscales y de seguridad social, junto con la tasa de evasión y el número estimado de trabajadores dependientes/ empleadores evasores. De este modo contamos con diversas fuentes de información para evaluar el cumplimiento de las normas laborales

c) Conflictividad laboral en el país

Para medir la conflictividad laboral en el país presentamos derechos de petición a la Defensoría del Pueblo, al Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Constitucional y el Ministerio del Trabajo; también utilizamos información disponible públicamente de las mismas entidades. Además, presentamos solicitudes a los consultorios jurídicos de un grupo de universidades en varias ciudades del país que facilitaron la información sobre conflictividad laboral que tenían disponible. Finalmente, solicitamos información a entidades sin ánimo de lucro que brindan asesoría jurídica gratuita o de bajo costo a trabajadores.

Por otra parte, existen algunas herramientas estadísticas recolectadas recientemente que permiten iluminar algunas características de la conflictividad laboral en el país. Se trata, en primer lugar, del módulo de preguntas enfocadas en identificar las necesidades jurídicas en la Encuesta de Calidad de Vida

del año 2016 (DANE), y en segundo lugar, del capítulo de necesidades y problemas jurídicos de la Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana 2020 (DNP). Las dos encuestas exploran las necesidades jurídicas de los ciudadanos, pero sus diseños muestrales son distintos lo que reduce su comparabilidad.

d) Eficacia y conflictividad desde la perspectiva de abogados laboristas, jueces laborales e inspectores del trabajo

Se realizaron 35 entrevistas que incluyeron 14 jueces, 11 abogados laboristas, 7 miembros de consultorios jurídicos universitarios, y 3 inspectores del trabajo para explorar, a partir de su experiencia profesional, cuestiones relacionadas con la eficacia de la ley laboral, las principales fuentes de conflictividad laboral en el país y los retos de la justicia laboral para responder a las necesidades ciudadanas.

1.

Dos misiones de empleo previas: Organización Internacional del Trabajo (1970) y Chenery (1986)

Con la actual, Colombia ha tenido tres misiones de empleo en su historia. La primera, que duró cinco meses, tuvo lugar en 1970 y se llamó “Hacia el pleno empleo: un programa para Colombia”. La segunda, que trabajó durante dos años, terminó en 1986 con un informe titulado “El Problema Laboral Colombiano”. Ambas misiones tuvieron el objetivo de estudiar el mercado laboral colombiano para ofrecer alternativas que lograran reducir las altas tasas de desempleo que aquejaban al país en los años de 1967 (12 %)⁵ y 1984 (13 %).⁶

La primera misión surgió a partir de la solicitud del presiente Carlos Lleras Restrepo a la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) para que Colombia fuera uno de los primeros países en recibir una misión de expertos dentro del Programa Mundial de Empleo abanderado por este organismo internacional.⁷ De hecho, dentro del informe, la OIT reconoce que el problema del desempleo es el primer mal que debe ser tratado en cualquier economía, particularmente las economías de países en desarrollo:

El problema del desempleo es cada día más grave en casi todos los países en vías de desarrollo. Mientras los países industriales han reducido el desempleo, que varía aproximadamente entre 3 y 5 por ciento de su fuerza de trabajo, en muchas otras regiones del tercer mundo la situación es peor que en los períodos más graves de la crisis económica de la preguerra. Pero lo más inquietante de esta situación es que parece crónica. No se trata de una crisis mundial, como la del desempleo de los años treinta. En América Latina, África y Asia ha surgido un fuerte desempleo a pesar del considerable auge económico de los países industriales, que dura ya varios años.⁸

A causa del poco tiempo en el que operó esta misión, la misma se enfocó en el problema del desempleo en las ciudades y en las zonas rurales, analizando las posibles medidas que podrían surgir desde el sector agrícola e industrial.⁹

⁵ Organización Internacional del Trabajo. (1970). *Hacia el pleno empleo: un programa para Colombia*, preparado por una misión internacional. OIT.

⁶ Antonio, J., Gaviria, E. O., & De Ramírez, M. (1987). *El problema laboral colombiano*, Tomo I. Contraloría General de la Republica.

⁷ Mejía, Á. T. (2014). Los años sesenta. Debate.

⁸ Organización Internacional del Trabajo. (1970). *Hacia el pleno empleo: un programa para Colombia*, preparado por una misión internacional. OIT.

⁹ Estos sectores les permitían a los investigadores mostrar las dos realidades del mercado laboral colombiano, la realidad rural y la realidad urbana. En la parte II del informe titulado “Agricultura, industria y equilibrio entre la ciudad y el campo”; se expone, en esta línea, que

En el informe final presentado por la OIT, se describe cómo el desempleo afecta particularmente al sector rural, a las mujeres en las zonas urbanas, y a los jóvenes, características que siguen manteniéndose hoy en día.¹⁰

Los resultados de la misión se agruparon en ejes temáticos que buscaban abarcar las distintas aristas del empleo y el diagnóstico de los factores que podían incidir en la creación de puestos de trabajo. La siguiente tabla identifica esos cinco ejes temáticos junto con el grupo de propuestas para cada uno.

TABLA 1. Propuestas dentro del informe de la misión de empleo de 1970: “Hacia el pleno empleo: un programa para Colombia”.

Eje temático	Propuestas
El problema del desempleo y la industrialización	Dentro de la parte II del informe titulado “Agricultura, industria y equilibrio entre la ciudad y el campo” y la parte IV titulado “Ejecución”, la misión propuso un programa de gobierno que debía enfocarse en estimular el consumo de los bienes producidos en el país. Además, propuso un aumento del gasto de las industrias en mano de obra por sobre la tecnificación de la maquinaria. ¹¹ Entre otras propuestas se sugirió la adopción de una serie de políticas gubernamentales a largo plazo, concentradas en elevar el nivel técnico de las pequeñas industrias. ¹²
El problema de la tierra	El informe es enfático en darle protagonismo al sector rural en la estrategia de generación de empleo en el país. De hecho, se buscaba crear más de 800.000 empleos en el campo para 1985. ¹³ Dicha propuesta estaba anclada a una redistribución en la tenencia de la tierra en Colombia, la tecnificación y ampliación de la explotación agrícola en el país. Otras propuestas incluyeron las siguientes • Transformación del régimen de tenencia de la tierra. • Tecnificación en la labor de los pequeños agricultores. • Establecimiento de una red de créditos y cooperativas de trabajo asociado. • Fortalecimiento del nivel educativo en el campo.

“Hemos encontrado el estudio en los dos sectores principales de cualquier estrategia: la agricultura y la industria secundaria. Bastaría considerar un cuadro del ingreso nacional para advertir inmediatamente que existen omisiones de bulto, por ejemplo, en lo que se refiere a transportes, energía eléctrica, petróleo y todos los servicios. Incluso los sectores que hemos escogido no están tratados de manera exhaustiva. Al referirnos al equilibrio geográfico, nuestra exposición abarca fundamentalmente el plano rural y urbano, y no nos ocupamos detenidamente — aunque hay mucho que decir al respecto del equilibrio entre la costa y el interior, entre el Norte y el Sur, entre la cordillera y los llanos”. Organización Internacional del Trabajo. (1970). Hacia el pleno empleo: un programa para Colombia, preparado por una misión internacional. OIT. Parte II “Agricultura, industria y equilibrio entre la ciudad y el campo”

¹⁰ Ibidem. p. 27.

¹¹ Ibidem. Parte II y Parte IV.

¹² Ibidem. p. 309.

¹³ Ibidem. Parte II y Parte IV. Ver particularmente en capítulo 5 y 6.

Eje temático	Propuestas
Las perspectivas de la industria	En este punto la misión insiste en el estímulo de la producción y consumo de bienes que generen puestos de trabajo dentro de la industria nacional colombiana. ¹⁴ Además, hizo un llamado a la creación de un sistema tributario más equitativo y a la reducción del poder monopolístico del Estado. ¹⁵ Insistió también en la diversificación de las exportaciones por parte de la industria del país, dejando atrás la centralidad del café. ¹⁶
Salarios e ingresos	Frente a la marcada desigualdad en los ingresos y salarios en Colombia, el equipo de la OIT le recomendó al país adoptar las medidas necesarias para reducirla. Entre esas propuestas estaba la estructuración de un mercado laboral en el que se presentaran menos diferencias en los ingresos entre sectores ¹⁷ y desalentar cualquier política de aumento de salarios. ¹⁸
Servicios sociales y empleo	La misión entendía que para mejorar el mercado laboral en el país una condición necesaria era el mejoramiento de los servicios sociales incluyendo el fortalecimiento del sistema educativo, particularmente en el sector rural, del sistema de salud, y una ampliación de los servicios sociales que permitían la redistribución de ingresos entre ricos y pobres. Finalmente, para reducir la oferta de mano de obra en el largo plazo, y ajustar el tamaño de la población a la oferta de empleo, la misión sugería la adopción de una política de planificación familiar. ¹⁹

Además, las recomendaciones en materia de política pública de esta misión se estructuraron para cumplirse en el largo plazo (15 a 20 años) incluyendo modificaciones sustanciales del sector agrario, del sector externo y de la estructura industrial colombiana.²⁰ El informe también estudió la normatividad laboral abordando temas relacionados con la estabilidad en el empleo,²¹ las prestaciones sociales,²² el concepto de unidad de empresa, y la jornada laboral.

¹⁴ Ibidem. Parte II.

¹⁵ Ibidem. Capítulo 10.

¹⁶ Ibidem. Capítulo 18.

¹⁷ El informe se refiere a dos tipos de sectores, el moderno y el bajo. Se define al sector moderno, como incluyendo parte del comercio, transporte y otros servicios básicos y fundamentalmente a la industria manufacturera, que fue el principal interés de la OIT. Sin embargo, el informe no define con precisión a que se refiere con "sectores bajos". Ibidem, p. 205.

¹⁸ Ibidem. Capítulo 13.

¹⁹ Ibidem. Capítulos 15, 16 y 17.

²⁰ Al reducir los miembros de las familias y la población existente en Colombia, la oferta de empleo podría llegar a absorber la demanda de empleo.

²¹ Frente a este punto el informe es claro en señalar que: "la legislación colombiana y su aplicación han creado una situación en la cual la protección contra el despido se ha convertido en un obstáculo importante para el aumento del empleo. Una consecuencia secundaria de este fenómeno es el hecho de que actualmente, en Colombia, un empleo es una posesión invaluable: se ha observado que los empleos «se reparten cuidadosamente entre los amigos y parientes de quienes disponen de ellos».

²² En este aspecto la misión se concentra en eliminar las limitaciones al trabajo dominical.

La misión recomendó la habilitación de contratos a término fijo inferiores a un año, incrementar la duración del período de prueba, revisar las normas relativas al despido para que no fueran un obstáculo importante para el aumento del empleo y reducir la jornada laboral, entre otras recomendaciones.²³ A este respecto el informe señaló que:

El empleo está también muy influido por la legislación laboral. El Código del Trabajo de Colombia dispone, por ejemplo, que la semana normal de trabajo será de 48 horas. Si la duración de la jornada se redujera por etapas hasta 40 horas, de conformidad con el Convenio sobre la reducción de la duración del trabajo aprobado en 1962 por la OIT, se aumentaría muy considerablemente el número de empleos. Por otra parte, aunque el Código limita el número de horas extraordinarias de trabajo a 12 por semana, esta disposición no se aplica estrictamente. Una encuesta realizada en Bogotá en 1969 reveló que el 18 por ciento de toda la población empleada (incluidas las industrias de servicios) había trabajado 64 horas o más durante la semana anterior. Muchas otras personas habían trabajado un menor número de horas suplementarias, pero su nivel era todavía elevado. Se ha calculado que, en conjunto, las horas extraordinarias de trabajo añaden aproximadamente un 12 por ciento a las horas normales trabajadas en las ciudades. Esto nos permite comprender la importancia que tendría para el empleo el que las horas normales de trabajo no pasaran de 48 y sobre todo de 40. Aparte de aplicar las restricciones legales, la política adoptada debería reducir gradualmente la duración de la semana normal y las horas extraordinarias de trabajo, para lo cual bastaría con que en la función pública se instituyera un control de las mismas y en el caso de las empresas privadas estas horas fueran más costosas”.

La legislación colombiana estipula también que el empleador debe pagar varias prestaciones auxiliares, entre ellas las contribuciones de seguridad social, cuyo costo medio aumenta en dos terceras partes los salarios básicos. Si se excluye el pago adicional por concepto de domingos y días feriados, y otras remuneraciones que en realidad forman parte de los salarios, el costo de estas prestaciones representa en realidad un impuesto sobre la nómina de salarios de aproximadamente el 25 por ciento. Si fuera posible financiarlas de alguna otra manera, podría lograrse un considerable aumento en el empleo. Otra ley establece que, si así lo ordena el Ministerio del Trabajo, una empresa que tenga sucursales en varias partes del país debe ofrecer salarios y condiciones de trabajo uniformes en toda la empresa. Se afirma que esta disposición impide la creación de nuevas empresas en zonas rurales.²⁴

²³ Antecedentes y justificación, Misión de Empleo, Gobierno de Colombia. 11/08/2021. Recuperado de: <https://www.misionempleo.gov.co/acerca-de/Paginas/Antecedentes-y-justificacion.aspx>

²⁴ Organización Internacional del Trabajo. (1970). Hacia el pleno empleo: un programa para Colombia, preparado por una misión internacional. OIT.

La segunda misión de empleo denominada “El Problema Laboral Colombiano”, inició su trabajo en 1984 tras la convocatoria hecha por el gobierno conservador de Belisario Betancur.²⁵ Su objetivo, de nuevo, era realizar un diagnóstico y elaborar una estrategia para atacar el desempleo en Colombia. La misión fue dirigida por el economista norteamericano Hollis Chenery, y los ejes de análisis fueron bastante más amplios que los de la primera. Por ejemplo, se realizó una caracterización general del mercado laboral, de la pobreza y del marco institucional del empleo incluyendo la regulación sobre seguridad social, regulación laboral y sindicalismo. Los resultados de esta misión se encuentran en dos tomos denominados *El Problema Laboral Colombiano I y II*, los cuales fueron editados por José Antonio Ocampo y Manuel Ramírez.

En cuanto a su diagnóstico, la Misión encontró que el problema del mercado laboral comprendía el desempleo en el sector formal y los bajos ingresos en el sector informal. Las principales recomendaciones se enfocaron en la generación de divisas, estimulando un cambio estructural en el comercio exterior del país que redujera su vulnerabilidad a los ciclos del café, entre otros riesgos.²⁶ También se recomendó el aumento de los recursos destinados en el sector rural por sobre los sectores minero energéticos. Por esta vía se conseguiría el fin de la redistribución del gasto público hacia inversiones intensivas en mano de obra nacional.²⁷ En cuanto a la regulación laboral, el informe proponía una flexibilización en la legislación laboral, en la que se resaltaban la eliminación de varios costos asociados a la nómina, el pago de prestaciones sociales, la reducción de la indemnización al finalizar los contratos de trabajo, la eliminación de algunos parafiscales y la estructuración de modalidades contractuales mucho más flexibles.²⁸ La tabla 2 resume los hallazgos y las propuestas de esta segunda misión.

Como se desprende de los resultados de las misiones de empleo pasadas las recomendaciones orbitan por regla general hacia una mayor flexibilización laboral. Sin embargo, es curioso que los resultados esperados por parte de la primera misión nunca se lograron y por parte de la segunda misión únicamente contamos con las mediciones de algunos trabajos cuantitativos sobre los efectos de la Ley 50 de 1990 en el empleo, en los que la tesis mayoritaria muestra que prácticamente tuvieron un efecto nulo en la generación de empleo y el mejoramiento de las condiciones del mismo.²⁹

25 López Castaño, H. (1986). La misión Chenery: una invitación a pensar en el mediano y en el largo plazo.

26 Ibidem.

27 Antecedentes y justificación, Misión de Empleo, Gobierno de Colombia. 11/08/2021. Recuperado de: <https://www.misionempleo.gov.co/acerca-de/Paginas/Antecedentes-y-justificacion.aspx>

28 Antonio, J., Gaviria, E. O., & De Ramírez, M. (1987). El problema laboral colombiano. Contraloría General de la República. Tomo II.

29 Ver nota al pie 3.

TABLA 2. Propuestas dentro del informe “El Problema Laboral Colombiano”.³⁰

Hallazgos	Propuesta
Contrato a término fijo: Mediante un análisis cuantitativo a partir de la Encuestas de Hogares realizadas por el DANE, la misión encontró que la subcontratación laboral a través de la figura del Contratista Independiente era usada para satisfacer la demanda de trabajadores por un periodo inferior a un año. Esta utilización estratégica de la figura, sugería que las limitaciones legales a los contratos a término fijo estaban siendo evadidas a través de esta figura. ³¹	Se recomendó eliminar las limitaciones existentes en el ordenamiento jurídico para la celebración de contratos a término fijo.
Parafiscales: Esta porción del informe se ocupa de revisar qué otras fuentes de ingresos podrían sustituir los costos parafiscales sobre la nómina que se entendían como un sobre costo laboral que desincentivaba la creación de empleo. El informe se concentra en los costos de SENA e ICBF. ³²	Se recomendó eliminar los rubros de parafiscales destinados al SENA y al ICBF, sustituyendo estos recursos mediante el sistema tributario, específicamente por medio del IVA.
Prestaciones Sociales: El régimen prestacional se consideró como una barrera a la generación de empleo en el sector privado. El sistema de cesantías e indemnizaciones y las cargas de jubilaciones a cargo de las empresas, entre otros elementos, se identificaron como generadores de elevados costos y/o pasivos laborales que reducían la demanda de mano de obra. ³³	Se recomendó eliminar el sistema de cesantías a cargo del empleador e instaurar un sistema de aseguramiento a través de Fondos de Cesantías privados.
Cobertura de la legislación laboral: El informe encontró que: “[L]a cobertura efectiva de los derechos existentes es, (...) limitada”. ³⁴ De acuerdo con los hallazgos de informe, sólo entre el 28 y el 29 % de la población ocupada del país estaba cobijada por el régimen de prestaciones sociales. Encontraron evidencia de que las empresas trasladaban las cargas prestacionales a los trabajadores (vía menores salarios) o a los consumidores (vía mayores precios). ³⁵	Se recomendó eliminar el rubro de cesantías a cargo de los empleadores. También se recomendó la eliminación de la obligación de los empleadores de asumir los costos pensionales en el caso de trabajadores no afiliados al sistema de seguridad social. Se buscaba que los empleadores pudieran pagar al Instituto de Seguros Sociales por el traslado del pago de esas pensiones. Adicionalmente se recomendó reducir los recargos por horas extra.
Costos de la indemnización al finalizar el contrato de trabajo: Los costos de indemnización se consideraron una barrera adicional a la creación de empleo, particularmente para las empresas pequeñas. ³⁶	Se recomendó reducir el valor de las indemnizaciones por la terminación del contrato de trabajo.

30 Ibidem.

31 Ibidem. Capítulo 12.

32 Ibidem. Capítulo 13.

33 Ibidem. Capítulo 18.

34 Antonio J. Gaviria E.O. & De Ramírez M. (1987). El problema laboral colombiano. Contraloría General de la República. Tomo II, p. 237.

35 Ibidem.

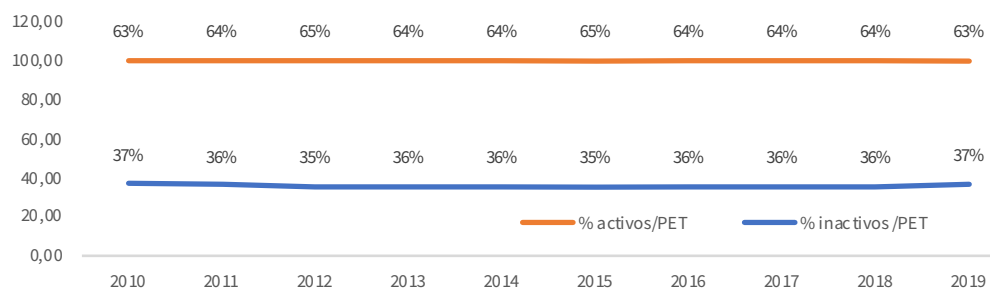
36 Ibidem.

2.

Contexto y caracterización del mercado laboral colombiano 2009-2019

Entender las dinámicas del mercado laboral colombiano implica estudiar sus tendencias de largo plazo. Esta sección ofrece un panorama breve y general a partir de una serie de estadísticas descriptivas sobre niveles de ocupación, desempleo e inactividad de la población colombiana. El periodo de estudio es 2009-2019, tomando los últimos 10 años del comportamiento del mercado laboral en el país en los que el contexto y la caracterización se dieron en condiciones de normalidad.³⁷ El límite temporal máximo que se utilizará para algunos datos es febrero de 2020, antes del impacto de los cierres ocasionados por la pandemia del Covid-19. Los años analizados ofrecen las tendencias generales del empleo en Colombia.³⁸

Los datos de la Gran Encuesta Integrada de Hogares (en adelante GEIH) muestran pocos cambios en la composición del mercado laboral colombiano en los últimos diez años. Por ejemplo, en el período estudiado la población económicamente activa prácticamente permaneció estática (gráfica1).



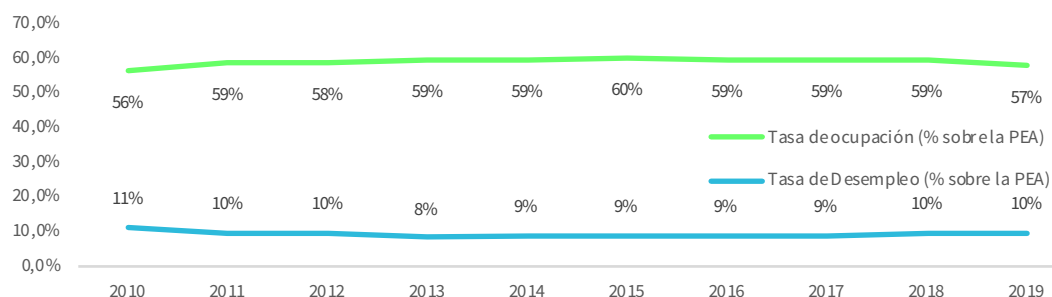
GRÁFICA 1. Porcentaje población económicamente activa y población inactiva sobre la población en edad de trabajar total nacional.

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.

³⁷ Los datos presentados en esta sección se concentran en el periodo 2010-2019 para evitar la distorsión de los datos generada por la pandemia del Covid-19.

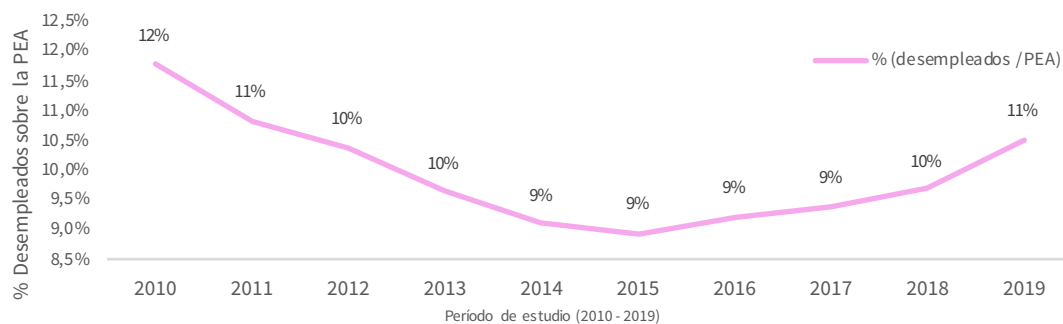
³⁸ de Política Monetaria, S., del Mercado Laboral, G. D. A., Bonilla-Mejía, L., Flórez, L. A., Hermida, D., Lasso-Valderrama, F. J., ... & Pulido, K. (2020). Deterioro histórico del mercado laboral por la crisis sanitaria: ¿cuánto se debió a las restricciones sectoriales de aislamiento? Reporte del Mercado Laboral-Julio de 2020 No. 15.

En lo que concierne a la composición de la población económicamente activa, la tasa de ocupación ha oscilado entre el 56 % y el 59 % en los últimos 10 años, con una tendencia a la baja desde el 2019. Por su parte, la tasa de desempleo ha oscilado entre un 9 y un 11 %, con una tendencia al alza desde el 2018 (gráfica 2). Ahora bien, en cuanto al porcentaje de la población desempleada sobre la PEA esta ha oscilado entre un 12 % y un 9 % en los últimos diez años (gráfica 3).



GRÁFICA 2. Ocupación y desempleo de la población económicamente activa.

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.



GRÁFICA 3. Población desempleada.

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.

2.1 La población ocupada en Colombia según tipo de vinculación al mercado de trabajo

En esta sección se presenta una descripción de la población económicamente activa de acuerdo con el régimen jurídico aplicable dependiendo de su tipo de vinculación al mercado de trabajo. Es decir, si bien los ocupados podrían clasificarse simplemente como activos en el mercado laboral, nos interesa ofrecer una caracterización más detallada que capture sus distintos tipos de vinculación en el mercado. Así, la población ocupada puede clasificarse de acuerdo con las siguientes categorías:

- i) trabajadores subordinados,³⁹ es decir aquellos que están en una relación bilateral de empleo;
- ii) ocupados sin subordinación, es decir aquellos que están vinculados a través de una relación civil o comercial;
- iii) ocupados por cuenta propia que ganan un salario mínimo o más; y
- iv) los ocupados que ganan menos de un salario mínimo.

Esta clasificación permite, teóricamente, relacionar a los miembros de cada categoría con el grupo de normas que les son aplicables en términos de sus actividades económicamente productivas y sus deberes con relación al sistema de seguridad social (tabla 3).

La tabla 3 ofrece una clasificación técnica de los ocupados en Colombia que muestra que el único grupo de ocupados al cual se le aplica “automáticamente” el Código Sustantivo del trabajo es a los trabajadores con subordinación, es decir, a aquellos que tienen un contrato de trabajo y por ello cuentan con los derechos y garantías que establece el código.

Sin embargo, la realidad de los ocupados en el país muestra que el resto de ocupados son, en muchas ocasiones, falsamente independientes o falsamente cuentapropistas porque están vinculados a través de contratos civiles o comerciales (algunas veces también sin contrato) para evadir las responsabilidades y costos que generaría una apropiada contratación laboral. Muchos de estos falsos independientes en realidad cumplen horarios de trabajo, reciben órdenes, y son objeto de sanciones disciplinarias por parte del empleador, lo que los convierte potencialmente en beneficiarios del Código Sustantivo del Trabajo, pero para conseguir esa cobertura requieren una orden judicial.

En los contratos civiles o comerciales de los ocupados sin subordinación, por ejemplo, el contratista debe hacer aportes a la seguridad social como cotizante independiente y recibe tan solo el pago de los honorarios pactados a cambio de su labor sin obtener ninguna garantía adicional. En el contrato laboral, en contraste, los trabajadores tienen un grupo de garantías que incluyen aportes a seguridad social realizados en conjunto por trabajador y empleador, aseguramiento contra riesgos laborales y vacaciones remuneradas, así como otras prestaciones que incluyen prima de servicios, auxilio de cesantía, intereses a la cesantía y afiliación a una caja de compensación familiar. Los trabajadores que devengan hasta dos salarios mínimos tienen derecho a que el empleador les entregue vestido y calzado de dotación, y auxilio de transporte.

Además, tanto los ocupados con y sin subordinación con capacidad de pago están obligados a afiliarse y cotizar al sistema de seguridad social en salud

³⁹ Tienen un contrato de trabajo (ya sea verbal o escrito, a término fijo o indefinido) que les otorga derecho a prestaciones sociales (1. cesantías, 2. intereses a las cesantías, 3. dotación y 4. prima de servicio) y a otros derechos 1. Vacaciones., 2. Auxilio de transporte, 3. Pago de aportes al sistema general de seguridad social, y 4. Afiliación obligatoria a las ARL.

TABLA 3. Clasificación de la población ocupada y régimen jurídico aplicable.

Tipo de trabajador	Definición	Régimen jurídico aplicable	
		Normas jurídicas que le aplican	Relación con el Sistema de Seguridad Social
1. Trabajador subordinado	Tiene un contrato de trabajo. Cumple órdenes, horarios y está sometido a la potestad disciplinaria del empleador.	Código Sustantivo del Trabajo	Obligación para empleadores de afiliar a sus empleados. Trabajadores amparados por el sistema pensional, el sistema de riesgos laborales y el sistema de salud en el régimen contributivo ⁴⁰ .
2. Ocupados independientes/ sin subordinación — (contratos civiles o comerciales)	Prestan un servicio con autonomía técnica y disciplinaria, haciendo uso de figuras contractuales de derecho privado. En estos contratos, en teoría, no existe la subordinación jurídica ⁴¹ .	Código Civil (para contratos civiles)/ Código de Comercio (para contratos comerciantes)/ Ley 80 de 1993 (para contratar con el Estado)	Quienes tienen capacidad de pago deben estar afiliados y cotizar individualmente con base en sus ingresos al sistema pensional y al sistema de salud. Si cuentan con un contrato de prestación de servicios superior a un mes, deberán afiliarse al sistema de riesgos laborales ⁴² .
3. Ocupado por cuenta propia que gana un salario mínimo o más. ⁴³	No cuentan con ningún vínculo contractual, laboran de manera independiente, gestionan su propio negocio y realizan su labor por cuenta y riesgo propio.	Desarrollan su actividad económica independientemente. No tienen un régimen jurídico específico que regule sus relaciones económicas.	Al tener capacidad de pago deberán cotizar como independientes al sistema general de seguridad social, tanto a salud como a pensión. No tienen que cotizar al sistema general de riesgos laborales de forma obligatoria. ⁴⁴
4. Ocupado por cuenta propia que gana menos del mínimo (No existen datos cuantitativos para medir este grupo).	No cuentan con ningún vínculo contractual, laboran de manera independiente, gestionan su propio negocio y realizan su labor por cuenta y riesgo propio.	Desarrollan su actividad económica independientemente. No tienen un régimen jurídico específico que regule sus relaciones económicas.	Al no tener capacidad de pago para realizar las cotizaciones, se encuentran amparados por los programas de asistencia social (BEPS y régimen subsidiado de Salud) siempre y cuando cumplan con los requisitos de focalización (SISBEN). Podrían ingresar al piso de protección social (Decreto 1174 de 2020). ⁴⁵

⁴⁰ Lo anterior se encuentra fundamentado en el numeral 2 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, en el artículo 22 de la ley 100 de 1993 y los artículos 4° y 13 del Decreto 1295 de 1994.

⁴¹ Artículo 1602 del Código Civil y el artículo 1322 del Código de Comercio.

⁴² Lo anterior se encuentra fundamentado en el numeral 1 del literal A del Artículo 157 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 4 de la ley 797 de 2003.

⁴³ En esta tabla, y en la tabla 4, distinguimos entre trabajadores independientes vinculados a través de contratos civiles o comerciales y los ocupados por cuenta propia. Se trata de una distinción en el estatus jurídico de ambos (los primeros vinculados jurídicamente a un tercero que habitualmente los hace acreedores frente al sistema de seguridad social en salud y pensiones, mientras que los cuenta propistas, aunque obligados a estos pagos, no suelen responder ante un tercero particular por los mismos). Como se verá en la tabla 4, esto hace que los contratistas independientes tengan un porcentaje de cumplimiento mucho más alto frente al sistema de seguridad social que los cuentapropistas.

y pensiones pues el acceso a las garantías que los protegen de los riesgos de vejez, muerte y enfermedad están atadas a esos pagos. En el caso de los trabajadores subordinados, esas contribuciones son asumidas de manera conjunta con los empleadores.

Por otra parte, las personas ocupadas sin capacidad de pago, es decir, quienes reciben ingresos inferiores a un (1) SMLMV pueden acceder al sistema subsidiado de salud, siempre que se encuentren focalizadas por el SISBEN y se encuentren dentro de los grupos admitidos para ingresar a este sistema, o al piso mínimo de protección.⁴⁶

Como se mostrará en la sección 6, una de las principales fuentes de conflicto en el país es la declaratoria de contrato realidad, es decir, el reconocimiento que buscan los falsos independientes (contratistas civiles o comerciales) de su carácter de trabajadores para acceder a algunos de los beneficios que les otorga ese estatus. En algunos casos, los falsos independientes no conocen sus derechos y confían en el tipo de contratación que se les ofrece. En otros, los contratistas saben que tendrían derecho a ser reconocidos como trabajadores pero su necesidad de mantener el trabajo les impide hacer la reclamación al empleador durante la vigencia del contrato. Por eso, como relatan los jueces, la mayoría de estos conflictos afloran al final de la relación contractual. En resumen, estos ocupados con una subordinación material no reconocida por el empleador, pueden estar ubicados en cualquiera de las categorías 2, 3 o 4 incluidas en la tabla 3.

La tabla 4 replica la clasificación de la tabla 3 pero ofrece una cuantificación de cada una de las clases de ocupados con base en los datos disponibles de la GEIH y la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (en adelante PILA).⁴⁷ Trabajar con la base de datos PILA tiene algunas limitaciones que impiden ofrecer datos consolidados.⁴⁸

⁴⁴ Lo anterior se encuentra fundamentado en el artículo 244 de la ley 1955 de 2019 que establece el ingreso base de cotización para los trabajadores independientes con contratos de prestación de servicios u otros contratos, y los cuenta propia con ingresos netos o iguales a un salario mínimo legal mensual vigente.

⁴⁵ Decreto 295 2017.

⁴⁶ El Decreto 1174 del 27 de agosto de 2020, articula el sistema subsidiado de salud, los Beneficios Económicos Periódicos y un Seguro Inclusivo; para brindarles una protección frente a los riesgos de vejez, enfermedad o muerte, siendo esta inferior a la que puede llegar a tener un trabajador en el sistema como cotizante.

⁴⁷ Algunos datos fueron obtenidos de la base de datos de la PILA, como los conceptos de trabajador subordinado, trabajador independiente y los datos de aportes a pensión de estos grupos. Otros datos fueron obtenidos con base en los factores de expansión de la base de datos de la GEIH, como lo fue la participación de los grupos de análisis en la PEA y el número de desempleados que aportaron a pensión.

⁴⁸ Los datos provenientes de la base de datos PILA registran únicamente el total de personas que aportaron a salud y a pensión con respecto a los trabajadores independientes y

TABLA 4 Clasificación de la población ocupada, su representación en la PEA y aportes a pensión.

(Datos para febrero de 2020)

Tipo de trabajador	Población Económicamente activa (Datos DANE de la GEIH)	Población que realiza aportes a pensión Sólo categorías 1-3 están obligados a hacer aportes a salud y pensión. (Datos Pila)	Población que realiza aportes a salud Sólo categorías 1-3 están obligados a hacer aportes a salud y pensión. (Datos Pila)
1. Trabajador subordinado. ⁴⁹	9,51 millones de personas 38 % de la PEA. ⁵⁰	El 85 % aportaron a pensión. (8,09 millones de los 9,51 millones de trabajadores).	El 89 % aportaron a salud. (8,51 millones de los 9,51 millones de trabajadores).
2. Ocupado sin subordinación — (contratos civiles o comerciales). ⁵¹	2,194 millones de personas 9 % de la PEA.	El 68 % de los trabajadores independientes aportaron. (1,488 millones de los 2,194 millones de trabajadores independientes).	El 96 % de los trabajadores independientes aportaron. (2,116 millones de los 2,194 millones de trabajadores independientes).
3. Ocupado por cuenta propia que gana más de un salario mínimo. ⁵²	2,7 millones de personas (30 % de los trabajadores por cuenta propia y 11 % de la PEA).	El 1 % de las personas que trabajan por cuenta propia y ganan más de un salario mínimo hicieron aportes. (0,039 millones de los 2,7 millones de personas)	El 12 % de las personas que trabajan por cuenta propia y ganan más de un salario mínimo hicieron aportes. (0,34 millones de los 2,7 millones de personas).
4. Ocupado por cuenta propia que gana hasta un salario mínimo.	6,4 millones de personas (25 % de la PEA). Esta clase de trabajadores es el 70 % de los trabajadores por cuenta propia. ⁵³	El 1 % de las personas que trabajan por cuenta propia y ganan hasta un mínimo hicieron aportes a pensiones. (0,045 de los 6,4 millones de personas.)	El 5 % de las personas que trabajan por cuenta propia y ganan hasta un mínimo hicieron aportes a salud. 0,31 de los 6,4 millones de personas.
5. Desempleado.	3,0 millones de personas 12 % de la PEA.	El 1 % de la población hace aportes estando desempleada. (0,03 millones de los 3,0 millones de desempleados).	La encuesta diseñada para la población inactiva en la GEIH, únicamente permite establecer la proporción de personas en este segmento que se encuentran afiliadas a un fondo de pensiones. No contiene datos con respecto a afiliación al sistema de salud.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos disponibles de la GEIH y la PILA.

Frente a los datos relacionados con la población ocupada es importante entender su composición, ya que en teoría, al 38 % de la población ocupada, al ser trabajadores subordinados, se les deberían aplicar las normas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo. Así mismo, todos ellos deberían hacer aportes al sistema de seguridad social. Sin embargo, de acuerdo con la información recogida, en febrero de 2020 sólo el 85 % de estos trabajadores hacía aportes a pensiones y un 89 % hacía aportes a salud.

La siguiente categoría en orden de magnitud es la de los trabajadores por cuenta propia que ganan menos de un salario mínimo que constituyen el 25 % de la PEA que a su vez constituyen el 70 % de trabajadores por cuenta propia. Se trata de trabajadores precarios que probablemente a causa de la escasez de recursos económicos, no hacen aportes al sistema de seguridad social. A este

dependientes. Al no ser una encuesta como la GEIH, es imposible saber quiénes específicamente aportaron a salud, quiénes específicamente aportaron a pensión y quienes hicieron ambas contribuciones. En efecto, la PILA es un compilado de resultados totales en la que es imposible saber particularidades de cada individuo mientras que la GEIH es una encuesta que nos permite conocer las acciones realizadas por cada uno de los sujetos encuestados y desagregar esta información de manera detallada sin que se esté haciendo un doble conteo de la información.

49 Trabajador subordinado (Dependiente) y Trabajador sin subordinación (Independiente): Los datos presentados tiene como fuente la información reportada por la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), que registra el número de cotizantes a pensión y salud. Además, al registrar a la persona natural o jurídica que hace los aportes y al afiliado beneficiario de los mismos, la PILA nos permite observar quien se encuentran bajo una relación de dependencia (entendiendo que el empleador está obligado a realizar los aportes) y quien se encuentran trabajando de manera independiente (Es el mismo afiliado el que hace los aportes).

50 Trabajador subordinado (Dependiente) y Ocupado sin subordinación (Independiente): Los datos presentados tienen como fuente la información reportada por la PILA, que registra el número de cotizantes a pensión y salud. Además, al registrar a la persona natural o jurídica que hace los aportes y al afiliado beneficiario de los mismos, la PILA nos permite observar quiénes se encuentran bajo una relación de dependencia (entendiendo que el empleador está obligado a realizar los aportes) y quienes se encuentran trabajando de manera independiente. En este caso es el mismo afiliado el que hace los aportes).

51 Para los ocupados sin subordinación, es decir, los contratistas civiles, comerciales o estatales, la información se obtuvo de la PILA y no de la GEIH. Esto, debido a que dentro de la GEIH no se encuentran los contratistas independientes de forma explícita. En resumen, los datos de las categorías de trabajadores 3,4 y 5 de la tabla 4 se obtuvieron de la GEIH ya que esta cuenta con trabajadores por cuenta propia y desempleados, mientras que las categorías 1 y 2 se obtuvieron de la PILA. Por último, para obtener el porcentaje de trabajadores de las categorías 1 y 2 sobre la PEA, se tomó la PEA que se encuentra directamente en los datos de la GEIH.

52 Para determinar en la GEIH las personas que trabajan por cuenta propia y que además ganan más del salario mínimo se tomó la pregunta de la GEIH número 12 en los microdatos correspondiente a la variable P6430 que les pregunta a los encuestados lo siguiente: “En este trabajo usted es?” y dentro de las opciones a responder se encuentra “Trabajador por cuenta propia”. Para saber dentro de ese grupo quiénes ganan más del salario mínimo, se cruzó con la pregunta a los encuestados sobre sus ingresos laborales y se tomaron aquellos que tenían ingresos superiores al salario mínimo para la fecha. El promedio salarial entre este grupo de personas fue de \$ 1.597.875 con base en los datos de la GEIH.

53 Los datos obtenidos para los trabajadores por cuenta propia que ganan hasta un salario mínimo (para la fecha corresponde a \$ 877.802 pesos colombianos) fueron construidos con base con los microdatos anonimizados de la GEIH del mes de febrero del año 2020.

grupo lo sigue en magnitud el grupo de los desempleados (12 % de la PEA) y luego los ocupados por cuenta propia que ganan más de un salario mínimo (11 % de la PEA).

El grupo más reducido es el de los ocupados vinculados a través de contratos civiles o comerciales que constituyen 9 % de la PEA y del cual el 68 % hicieron aportes a pensiones y el 96 % hicieron aportes a salud.

La tabla 4 refleja que el mayor nivel de cumplimiento en aportes a seguridad social está entre el grupo de los trabajadores con subordinación aunque el 15 % de esos trabajadores y empleadores, que deberían hacer aportes al sistema, no los hacen. El porcentaje de no aportantes que deberían hacerlo aumenta a 32 % entre los contratistas sin subordinación, y escala a 99 % de incumplimiento entre los cuentapropistas que ganan más de un salario mínimo.

Aunque en principio los ocupados están obligados a hacer aportes al sistema de seguridad social, es decir, a salud y pensiones, sin poder excluir alguno de los dos, en la práctica algunos ciudadanos logran evadir uno o ambos pagos como se muestra en la tabla 4. Hay un conjunto de razones que explican estos altos niveles de incumplimiento aunque contamos con poca investigación que se haya ocupado de entender las variables que lo determinan.⁵⁴ Por una parte, hay una escasa capacidad estatal para perseguir a quienes, teniendo capacidad de pago, incumplen la obligación de hacer aportes al sistema de seguridad social como se verá en las siguientes secciones. Para este grupo, la ausencia material de sanciones por el incumplimiento de la ley la hace inocua.

Queda, sin embargo, un grupo amplio de ocupados que no tienen capacidad de pago o cuya capacidad de pago es reducida, por lo cual no hacen cotizaciones al sistema. Muchos ciudadanos, por ejemplo, tienen una serie de desincentivos para hacer aportes al sistema, particularmente a pensiones, como se mostrará en la sección 5.

⁵⁴ Entre las pocas investigaciones que conocemos que indagan específicamente por los determinantes del pago de aportes están los siguientes dos trabajos. En primer lugar, el trabajo de Carlos Vargas, quien midió el efecto de variables asociadas a la condición del trabajador y su entorno en la probabilidad de cotizar a pensiones y salud, a partir de la GEIH para el año 2014. El autor concluye que el nivel educativo de los trabajadores, tener la condición de cuenta propia y no contar con el dinero para realizar las cotizaciones son los factores más comunes que impiden o reducen las cotizaciones. Vargas Barbosa, C. A. (2017). Determinantes de la probabilidad de contar con afiliación a seguridad social de los trabajadores en Colombia durante el período 2008-2015. Disponible en: <https://ciencia.lasalle.edu.co/economia/248> En segundo lugar está la investigación de Carol Rodríguez y Nilza Torres, quienes encontraron, a partir de la GEIH del año 2016, que la población con bajo nivel educativo, quienes trabajan por cuenta propia y los trabajadores en zonas rurales son quienes tienen la más baja probabilidad de hacer cotizaciones al sistema de seguridad social entre la clase de ocupados. Rodríguez Paredes, C. X., & Torres Muriel, N. K. (2019). Determinantes del acceso al sistema de seguridad social en pensiones en Colombia durante el año 2016. Disponible en: <https://ciencia.lasalle.edu.co/economia/905>

Aunque tampoco contamos con estudios a este respecto,⁵⁵ ofrecemos algunas explicaciones plausibles sobre la preferencia de algunos trabajadores por hacer cotizaciones en salud. Por un lado, el trabajador puede estimar que hacer parte del sistema contributivo le ofrece un servicio de salud de mejor calidad y en instituciones de salud con mayor reputación. Por otro, el trabajador le puede otorgar un alto valor al hecho que hacer parte del sistema contributivo le permite afiliarse a los miembros de su núcleo familiar como beneficiarios. Adicionalmente, en el sistema contributivo el trabajador tiene derecho al pago de incapacidades por enfermedad mientras que no existe tal obligación en el caso del sistema subsidiado.

En contraste, un menor número de ocupados, tanto dependientes como independientes, hacen aportes a pensiones. Las causas para este desincentivo pueden ser a su vez variadas. Muchos ciudadanos desconfían del Estado y de las instituciones para hacer una adecuada administración de los recursos que, creen, pueden perderse por actos de corrupción. Muchos otros desconfían de sus propias posibilidades de hacer aportes durante el tiempo suficiente para obtener una pensión, por lo cual hacer aportes al sistema es más un gasto que una inversión.⁵⁶ Algunos otros sienten que, incluso si hicieran los aportes necesarios, se perderían en la burocracia estatal tratando de obtener el reconocimiento de una mesada pensional.⁵⁷ Finalmente, tal vez el principal desincentivo sea el bajo número de afiliados que logran efectivamente obtener una pensión. Al percibir la obtención de una pensión como una meta tan difícilmente alcanzable, muchos trabajadores desisten de hacer contribuciones o no tienen incentivos para empezar a hacerlas.⁵⁸

La alta fragmentación en grupos distintos de nuestro mercado laboral hace difícil la fiscalización de los aportes al sistema de seguridad social. Además, los desincentivos a realizar aportes a salud y pensiones, tienen como resultado que, al final de la vida productiva, muchos de estos trabajadores aumentan las

⁵⁵ En la literatura especializada nacional e internacional existen muchos trabajos que, con distintas metodologías y nivel de detalle se ocupan de caracterizar la informalidad laboral, pero ninguno de los que conocemos explora los motivos que tienen las distintas clases de trabajadores para hacer aportes al sistema de seguridad social. Para ilustrar algunos de los motivos que se recogen en esta sección utilizo parte del trabajo de campo de mi investigación doctoral Natalia Ramírez-Bustamante, (2017) "Bargaining Women: Negotiating Care and Work Across Formality and Informality in the Colombian Garment Industry" en archivo con la autora.

⁵⁶ Bustamante, J. (2006). Factores que inciden en la cobertura del Sistema Pensional en Colombia. Archivos de Economía, Documento 312, DNP.

⁵⁷ Natalia Ramírez Bustamante. (2017) Bargaining Women: Negotiation Care and Work Across Formality and Informality in Colombian Garment Industry. Doctoral dissertation submitted to the Graduate Program at Harvard Law School.

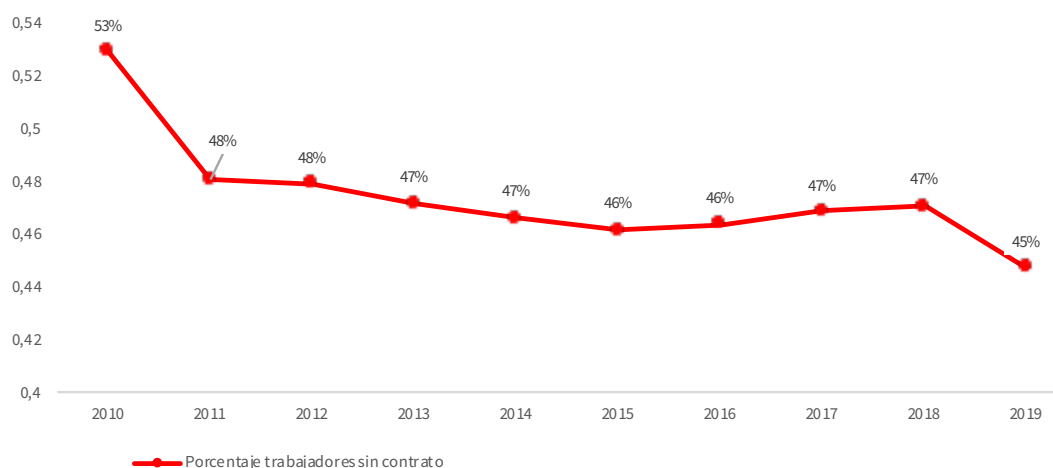
⁵⁸ García, J. (2003). "Estudio de incentivos y desincentivos a la afiliación y cobertura de planes de pensiones previsionales en América Latina y el Caribe". Banco Interamericano de Desarrollo. Obtenido de http://www.cepal.org/cgibin/getProd.asp?xml=/celade/noticias/paginas/8/12168/P12168.xml&xsl=/celade/tpl/p18f.xsl&base=/celade/tpl/top-bottom_env.xsl

probabilidades de ser pobres. El tránsito hacia un sistema de aseguramiento universal, como propone esta misión, presenta, entre otras ventajas, la superación de estos dos obstáculos.

2.2 Tendencias en la contratación de la población ocupada

En esta sección se muestran las tendencias en las formas de contratación en el país. Entre las personas que hacen parte de la población ocupada, la GEIH indaga sobre sus tipos de vinculación laboral. Por ejemplo, si la contratación se realizó mediante un contrato verbal o escrito y si la naturaleza de ese contrato es a término fijo o indefinido. Sin embargo, a través de estas preguntas no es posible establecer la naturaleza del contrato. Puede tratarse, por ejemplo, de contratos civiles o comerciales sin que la encuesta permita distinguir entre ellos, lo que obliga a leer estas tendencias con precaución. Pese a todo, la información sigue siendo útil ya que muestra un panorama general de los vehículos contractuales que prefieren los empleadores al momento de contratar a un trabajador, al menos, con mayor precisión, en lo que se refiere a contratos escritos y verbales.

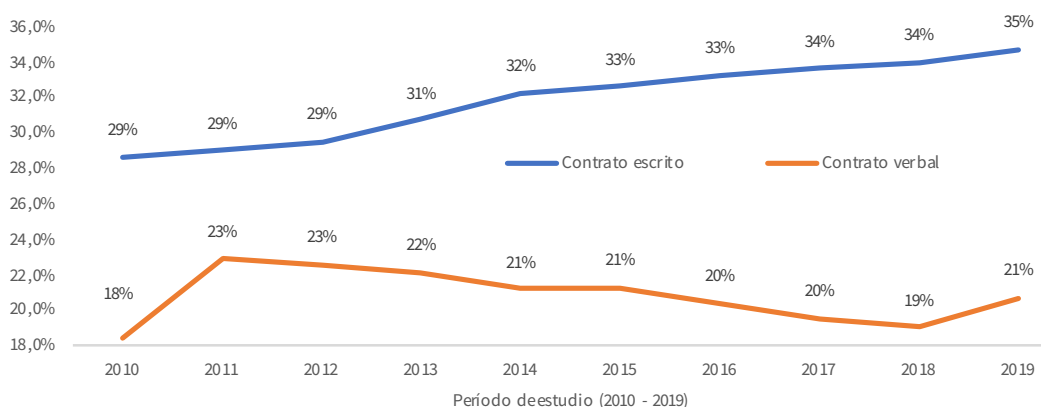
Las tendencias de contratación en los últimos diez años muestran una preferencia por el contrato escrito, los contratos a término indefinido y una disminución de la población ocupada que no tiene ningún tipo de contrato. La gráfica 4 muestra una tendencia a la reducción desde un 53 % de trabajadores sin contrato en 2010 a 45 % en 2019. Es posible que esta tendencia a la reducción de los vínculos sin contrato esté relacionada con el interés de las partes de formalizar las obligaciones de las partes así como los términos del vínculo contractual y posiblemente evitar posibilidades de litigio posterior.



GRÁFICA 4. Porcentaje trabajadores sin contrato 2010-2019.

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.

La gráfica 5, por su parte, muestra la tendencia al aumento del contrato escrito en todo el período estudiado y la reducción del contrato verbal a partir del año 2011 y hasta 2018. De nuevo, es posible que estas tendencias muestren una preferencia por una mayor seguridad jurídica que podría perseguirse a través de la firma de un contrato escrito.

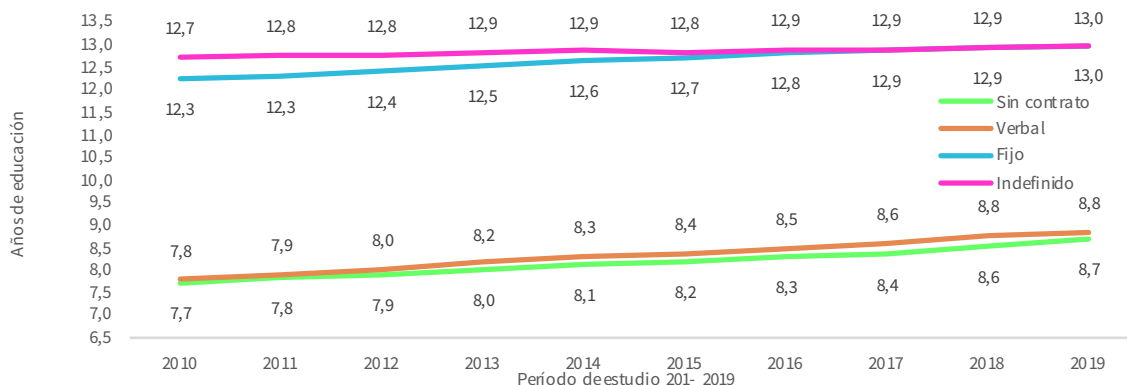


GRÁFICA 5. Porcentajes tipo contrato (Contrato escrito y Contrato verbal) frente a la población ocupada total nacional.

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.

La gráfica 6 muestra los años de educación de la población ocupada por tipo de contrato en los últimos diez años. En los cuatro tipos de vinculación (sin contrato, verbal, fijo y a término indefinido), se muestra una tendencia al aumento en los años de educación de los trabajadores. Existe, sin embargo, una brecha importante de casi cinco años entre el nivel educativo entre los trabajadores sin contrato y con contrato verbal. En comparación, los trabajadores con un contrato de trabajo a término fijo y a término indefinido cuentan con casi trece años de educación. El carácter verbal del vínculo contractual o la ausencia de un contrato hace que los vínculos de los trabajadores de menor educación sean precarios y muy probablemente informales. En cambio, las formas de contratación que ofrecen más seguridad y más oportunidades de acceder a la jurisdicción son aquellas de los trabajadores más educados.

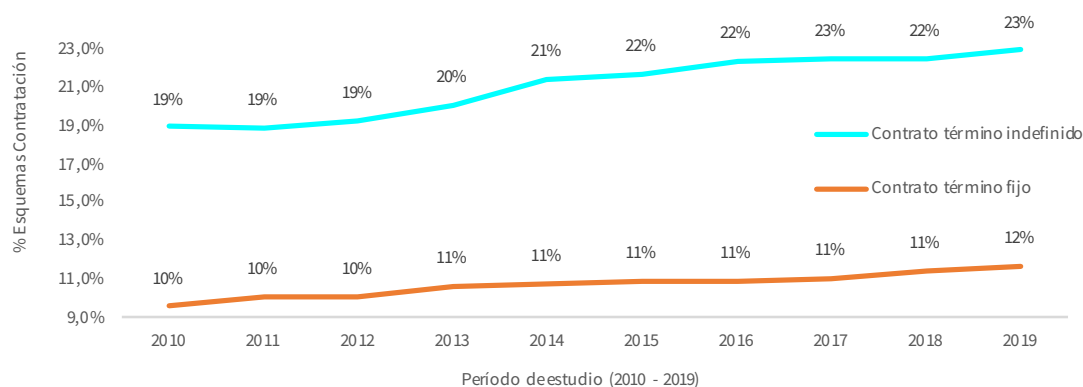
En cuanto al término de duración de los contratos, entre 2010 y 2019 hubo un crecimiento del contrato a término indefinido, pasando del 19 % al 23 %. También crecieron, aunque menos, los contratos a término fijo, pasando del 10 % en el 2010 al 12 % en el 2019 (gráfica 7). En contraste con la tendencia general que se muestra en la gráfica 7, el trabajo de Marcela Eslava y otros para el período 1992-2009, encontró un importante aumento en el uso de contratos de trabajo a término fijo en la industria manufacturera después



GRÁFICA 6. Años promedio de educación de la población ocupada en Colombia por tipo de contrato (2010-2019).

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2009-2019). Elaboración propia.

de la reforma introducida por la ley 50 de 1990.⁵⁹ Utilizando los datos de la encuesta anual del sector, los investigadores concluyeron que la introducción de la reforma que flexibilizó el uso del contrato a término fijo incidió en la creación de empleo en el sector luego de la reforma. La revisión de los datos disponibles sobre tipos de contratación en Colombia contradicen los anteriores hallazgos. Nótese, sin embargo, que estos datos pueden captar otras formas de contratación distintas al contrato de trabajo.



GRÁFICA 7. Porcentajes esquemas de contratación (Contrato a término indefinido y Contrato a término fijo) frente a la población ocupada total nacional.

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.

⁵⁹ Marcela Eslava, John Haltiwanger, Adriana Kugler y Maurice Kugler, “The Effects of Regulations and Business Cycles on Temporary Contracts, the Organization of Firms and Productivity”, Centro de Estudios Distributivos, Laborales y Sociales, Documento de Trabajo No. 154, febrero 2014.

Como lo reconocen Eslava y sus coautores, otras investigaciones han llegado a conclusiones contrarias sobre el efecto de la introducción de contratos a término fijo. Por ejemplo, algunas investigaciones cuestionan el efecto mismo de la ley 50 de 1990 en términos de su efecto sobre el aumento en la creación de empleo.⁶⁰ Otros estudios han concluido que la introducción de contratos a término fijo en ciertos contextos pueden conllevar altos costos para los trabajadores, quienes asumen altas tasas de recambio, y en algunos casos incluso menos empleo debido a dificultades para ser re-contratados después de la terminación de un contrato a término fijo.⁶¹

Al respecto, de acuerdo con el estudio de Gulavisi y Olivery publicado en 2016, Colombia, comparada con otros países de América Latina, tuvo la tasa más baja de antigüedad, así como la más alta de reemplazo con el 30 % del total de trabajadores con una antigüedad menor a un año.⁶² A su vez, un análisis de Stefano Farné para la OIT evaluó la calidad del empleo en Colombia con base en cuatro variables: el ingreso, la modalidad de contratación, la afiliación a la seguridad social y el horario de trabajo. El estudio concluyó que la calidad del empleo en Colombia para los trabajadores asalariados recibía un puntaje de 43,8 puntos sobre 100.⁶³ De acuerdo con otras medidas que combinan indicadores como participación laboral, informalidad, ocupación y salario, Colombia obtiene 57,4 puntos sobre 100, apenas por encima del promedio de América Latina y el Caribe.⁶⁴

Los estudios económicos más tradicionales sobre el efecto de la introducción de contratos a término fijo suelen centrar su atención en los efectos de estas reformas sobre los niveles de empleo. Sin embargo, pocos estudios analizan sus efectos en términos de cómo se modifican las condiciones de empleo tanto para empleadores como para trabajadores a raíz de su implementación. Hay buenas razones, objetivas y subjetivas para pensar que empleadores y trabajadores se benefician adoptando contratos a término indefinido. Por ejemplo, los trabajadores así contratados tienen incentivos para hacer inversiones de diverso tipo. Por un lado pueden querer invertir en aumentar su formación

⁶⁰ Ver *supra* pie de página n°. 3.

⁶¹ Estudiando el caso de la introducción de contratos a término fijo en Francia: Olivier Blanchard y Augustin Landier, (2002) "The Perverse Effects of Partial Labour Market Reform: Fixed Term Contracts in France", *The Economic Journal*, 112 214-244.

⁶² Melany Gulavisi y María Laura Olivery (2016) Antigüedad en el empleo y rotación laboral en América Latina. Nota Técnica No. IDB-TN-1072, disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Antig%C3%BCedad-en-el-empleo-y-rotaci%C3%B3n-laboral-en-Am%C3%A9rica-Latina.pdf>

⁶³ Stefano Farné (2003) "Estudio sobre la Calidad del Empleo en Colombia", Organización Internacional del Trabajo.

⁶⁴ Fedesarrollo, *La calidad del empleo*, Diciembre 2019, disponible en: https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3866/IML-Diciembre_2019_Digital.pdf?sequence=4&isAllowed=y

específica para el desempeño de su labor porque tienen la expectativa de mantenerse y ascender en la empresa. También pueden hacer inversiones propias en tecnologías que incrementen su productividad en el desempeño de la labor. De otro lado estos trabajadores pueden estar interesados o trasladar su vivienda en las cercanías de la empresa para tener una mayor calidad de vida lo que puede tener impactos en su productividad.⁶⁵ Así mismo, la confianza de un vínculo de largo plazo además, puede reducir la conflictividad y promover una mayor cordialidad en las relaciones entre las partes contratantes y un mayor interés en que ellas no se deterioren. El trabajador en el contrato a término indefinido en general, suele tener un mayor sentido de pertenencia con la empresa, a cuyo éxito ve atado el éxito propio.

A raíz del compromiso a más largo plazo, el empleador se beneficia de las inversiones que realiza el trabajador y tiene incentivos para hacer inversiones propias. Esas inversiones suelen verse reflejadas en una fuerza de trabajo que valora el trabajo ofrecido por el empleador y que retribuye esas inversiones a través de una mayor productividad y compromiso con la labor. Adicionalmente, la promoción de contratos a término indefinido reduce los costos de transacción propios de la selección de personal, las pérdidas de productividad asociadas al entrenamiento de nuevo personal y puede reducir las posibilidades de litigio que se incrementan con la terminación constante de contratos a término fijo.

Aunque entre los beneficios del contrato a término fijo el más preponderante es la aparente facilidad de salida que les ofrece a las partes contratantes, no es cierto que los contratos a término indefinido impidan la terminación de los contratos de trabajo o que condenen a las partes a una relación contractual de la que sea excesivamente difícil salir. Para empezar, ambas partes cuentan con el período de prueba, que puede acordarse en ambos tipos de contratos y que puede tener una duración máxima de dos meses. Este período tiene la finalidad de que cada parte conozca las calidades de la otra y confirmen o retraigan su interés de mantenerse en el contrato. La terminación del contrato durante este período puede ocurrir por iniciativa de cualquiera de las partes y no requiere ninguna formalidad especial. Con posterioridad al período de prueba y durante la vigencia del contrato, las causales de terminación se aplican por igual al contrato a término fijo que al contrato a término indefinido. Estas causales prevén la terminación del contrato del trabajador que deja de cumplir la labor, el trabajador insubordinado, o a quien incurre en conductas que por distintos motivos pongan en riesgo al empleador entre otras.⁶⁶ A su vez, en ambos contratos los trabajadores pueden terminar el contrato cuando el

⁶⁵ Richard Epstein,(1991) *Forbidden Grounds. The Case Against Employment Discrimination Laws*, Harvard University Press, p. 153.

⁶⁶ Artículo 62 Literal A Código Sustantivo del Trabajo.

empleador vulnera los derechos del trabajador o conductas del empleador lo ponen en riesgo, entre otras causales.⁶⁷

Aunque los contratos a término fijo son útiles en algunos contextos, su adopción generalizada puede tener efectos adversos de amplio impacto, particularmente en contextos como el colombiano, en el que se conjugan un alto desempleo y un casi inexistente control sobre las condiciones de trabajo por parte del Ministerio del ramo. En efecto, la introducción de contratos a término fijo aumenta todavía más la distancia que existe entre el poder del empleador y el del trabajador. Por un lado, aumenta el poder de los empleadores de usar el exceso de mano de obra a su favor y reduce sus incentivos para ofrecer garantías adicionales a sus trabajadores. Por otro lado, reduce el poder de los trabajadores incrementando su vulnerabilidad. El riesgo permanente de la no renovación del contrato de trabajo como resultado de una queja o reclamo del trabajador, desincentiva sus solicitudes legítimas y promueve un ambiente de vulneración de derechos en las empresas. Como lo indicaron algunos jueces y abogados litigantes, pese a verse enfrentados a violaciones de sus derechos durante la vigencia del contrato, muy pocos trabajadores en Colombia cuentan con garantías que les permitan ejercer sus derechos en la empresa, por lo cual muchas de estas violaciones permanecen impunes o sólo son cuestionadas luego de la finalización del contrato de trabajo.

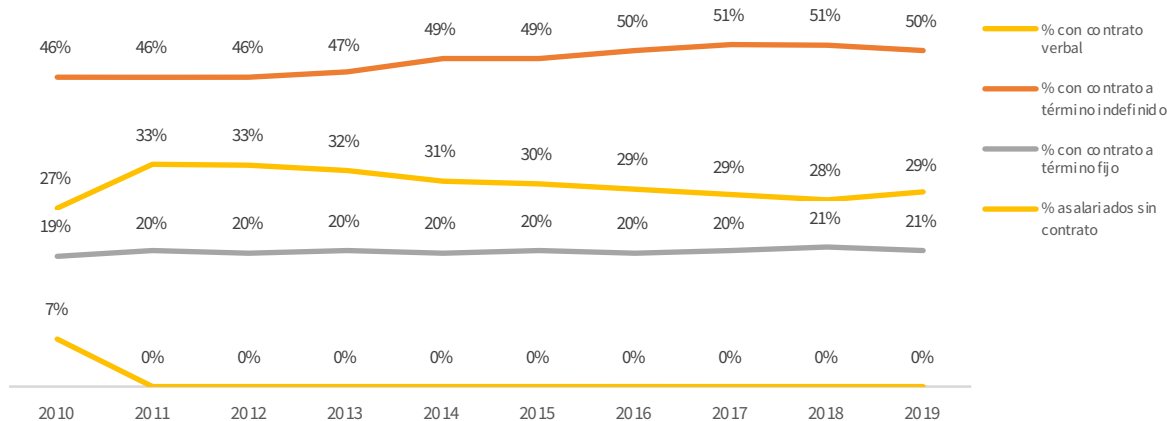
Por razones similares, la adopción de mayor flexibilidad en las formas de contratación de personal deterioran las condiciones del empleo de la clase trabajadora y reducen las garantías mínimas de los trabajadores individualmente considerados.

Así como se evalúan las reformas en términos de creación de empleos, necesitamos preocuparnos por la calidad de empleo que se está creando y por las formas en que las reformas introducidas reducen o aumentan la calidad del empleo existente. Lamentablemente, en nuestro contexto contamos con pocas investigaciones que exploren estos efectos, pero los mismos deben ser ponderados en las reformas que se propongan.

En lo que concierne a los trabajadores asalariados, que de acuerdo con la GEIH son empleados de empresa particular o empleados del gobierno, el vínculo contractual más frecuente es el contrato a término indefinido, representando el 50 % para el 2019, seguido del contrato verbal con 29 % y el contrato a término fijo con un 21 %, siendo una tendencia que se repite en los años anteriores (gráfica 8).

Como se ha mencionado, la clase de los asalariados comprende, para el DANE, a los empleados de empresas particulares o privadas. Dicha clasificación, sin embargo, excluye injustificadamente a los empleados domésticos, peones y jornaleros quienes suelen ser también trabajadores asalariados.

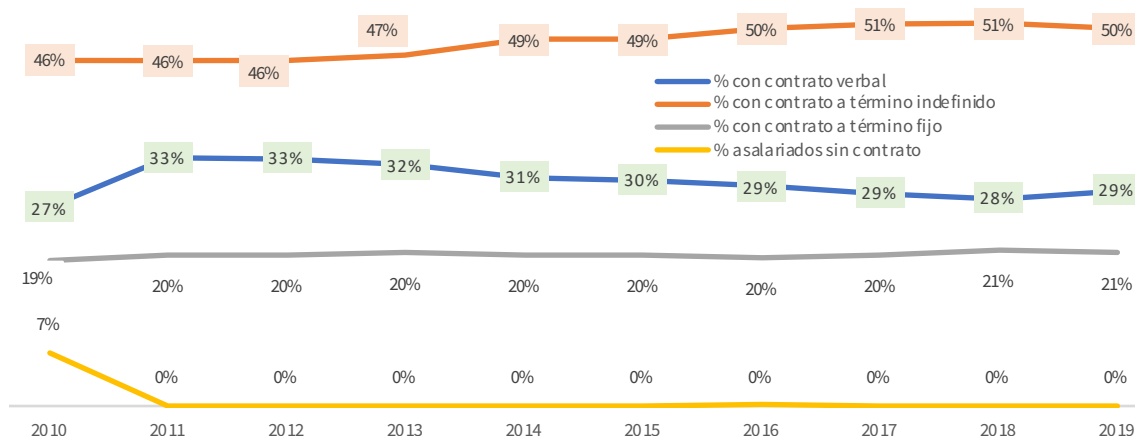
67 Artículo 62 Literal B Código Sustantivo del Trabajo.



GRÁFICA 8. Tipo de contratación de los asalariados.

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.

En la gráfica 9 mostramos las tendencias en la contratación de los asalariados con base en una definición extendida que incluye las tres clases de ocupados actualmente excluidos por la definición de asalariados del DANE. En esta categoría, que denominaremos “población subordinada”, se encuentran todas las categorías de la pregunta 12 de la GEIH, es decir aquellas que se encuentran clasificadas como empleados de empresa particular, empleados del gobierno, empleados domésticos y jornaleros o peones.



GRÁFICA 9. Porcentajes tipo de contratación sobre asalariados definición extendida (2010-2019).

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.

Utilizando esta definición extendida, también se observa una alta prevalencia del contrato a término indefinido como modalidad contractual, representando el 45 % para el 2019, seguido del contrato verbal, que en comparación con la definición del DANE de asalariado, aumenta a 36 % y el contrato a término fijo que disminuye a 18 % (gráfica 9).

3.

El mercado laboral en la zona rural

Esta sección ofrece un panorama de los niveles de ocupación, desempleo e inactividad en la zona rural. En Colombia existe una gran desigualdad entre el mercado laboral rural y el urbano, la cual se manifiesta en el alto grado de informalidad rural⁶⁸ y la particular composición de la población ocupada en las zonas rurales.⁶⁹ En esta sección se exponen las principales características del sector rural.⁷⁰

Para comenzar, existe brecha de más de cuatro años entre el promedio de los años de educación del sector rural y el urbano que se ha mantenido igual en los últimos diez años. Algunos investigadores han concluido que aspectos como la baja escolaridad y los bajos ingresos en el campo, contribuyen a los altos niveles de informalidad y pobreza de los que adolece el sector rural en Colombia (gráfica 10).⁷¹

Como lo muestran las gráficas 11 y 12, aunque en general las mujeres tienen una participación menor que los hombres, la participación de las mujeres rurales es aún más baja. En contraste, la participación laboral de los hombres en el sector rural es más alta que en el urbano. Una de las razones que se han explorado para explicar estos efectos adversos para las mujeres en el mercado laboral rural es que ellas se dedican en mayor medida al trabajo de cuidado no remunerado.⁷²

Frente a la informalidad laboral, analizada bajo el criterio de aportes al sistema general de seguridad social, el 86 % de los ocupados en la zona rural no realizaban aportes al sistema en el 2019), mientras que en la zona urbana ese porcentaje era de un 58 %, existiendo una brecha de más del 20 % (gráfica 13). Estos datos sugieren una correlación entre un bajo nivel educativo en el campo y bajos niveles de afiliación al sistema de seguridad social.⁷³

⁶⁸ Merchán Hernández, C. (2015). Sector rural colombiano: dinámica laboral y opciones de afiliación a la seguridad social. *Coyuntura Económica*. Vol. XLV, No. 2, págs. 137-182.

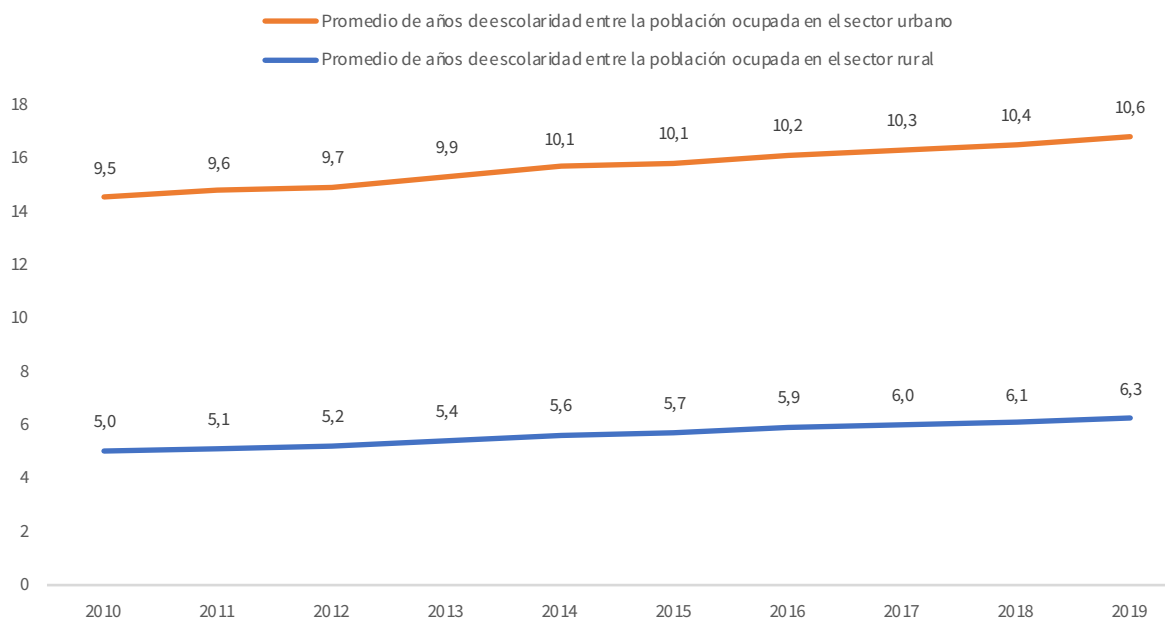
⁶⁹ Otero-Cortés, A., & Otero-Cortés, A. (2019). El mercado laboral rural en Colombia, 2010-2019. Documento de Trabajo sobre Economía Regional y Urbana; No. 281.

⁷⁰ Para lograrlo se usó la información contenida en la Gran Encuesta Integrada de Hogares, con el fin de presentar la caracterización del mercado laboral en el sector rural durante el periodo comprendido entre el 2010 y 2019, partiendo del área rural al dominio "centros poblados y rural disperso" de la GEIH, como lo hace Otero en el análisis realizado por el Banco de la República.

⁷¹ Tenjo, J. Bernat, L. & Uribe, A. (2007). Algunos aspectos del funcionamiento del mercado laboral en el sector rural. Misión para el diseño de una estrategia para la reducción de la pobreza y la desigualdad (MERPD). Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, Colombia.

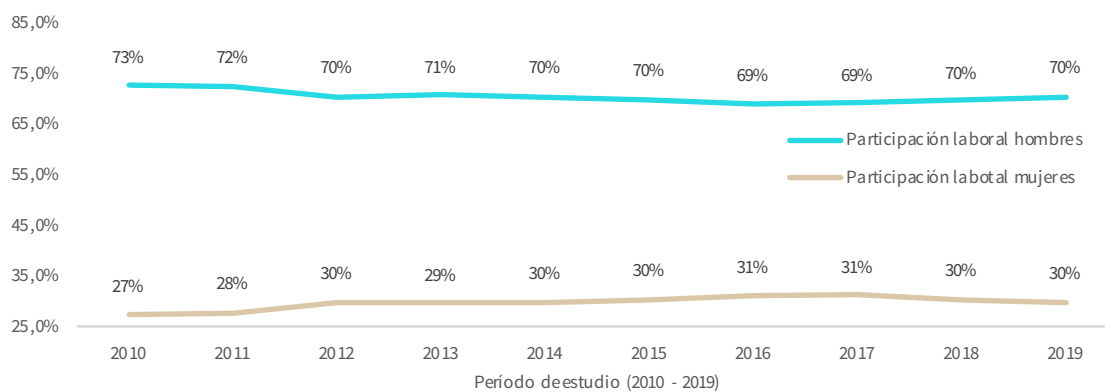
⁷² Fernández, M., Ibáñez, A. M. & Peña, X. (2014). Adjusting the Labor Supply to Mitigate Violent Shocks: Evidence from Rural Colombia, *Journal of Development Studies*, Vol. 50, No. 8.

⁷³ Merchán Hernández, C. (2015). Sector rural colombiano: dinámica laboral y opciones de afiliación a la seguridad social. *Coyuntura Económica*. Vol. XLV, No. 2, págs. 137-182.



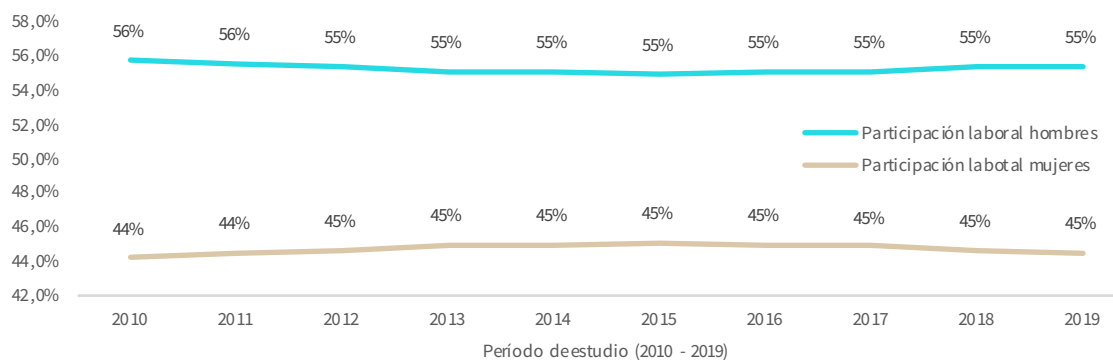
GRÁFICA 10. Promedio de años de escolaridad población ocupada a nivel rural vs. Promedio de años de escolaridad población ocupada a nivel urbano.

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.



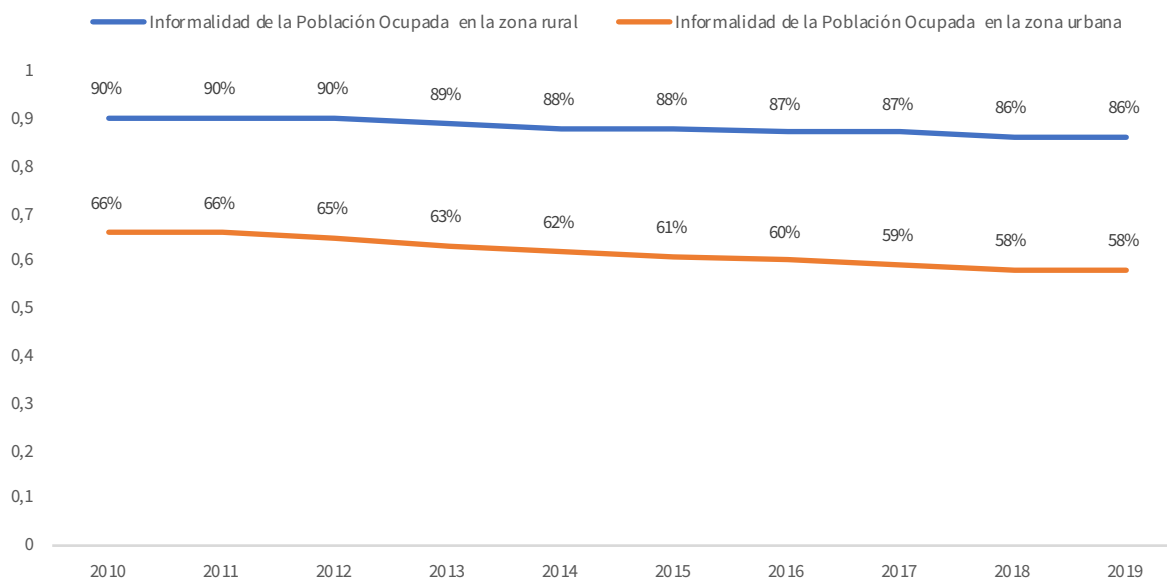
GRÁFICA 11. Comparación porcentual de la participación por sexo en el mercado laboral a nivel rural.

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.



GRÁFICA 12. Comparación porcentual de la participación por sexo en el mercado laboral a nivel urbano.

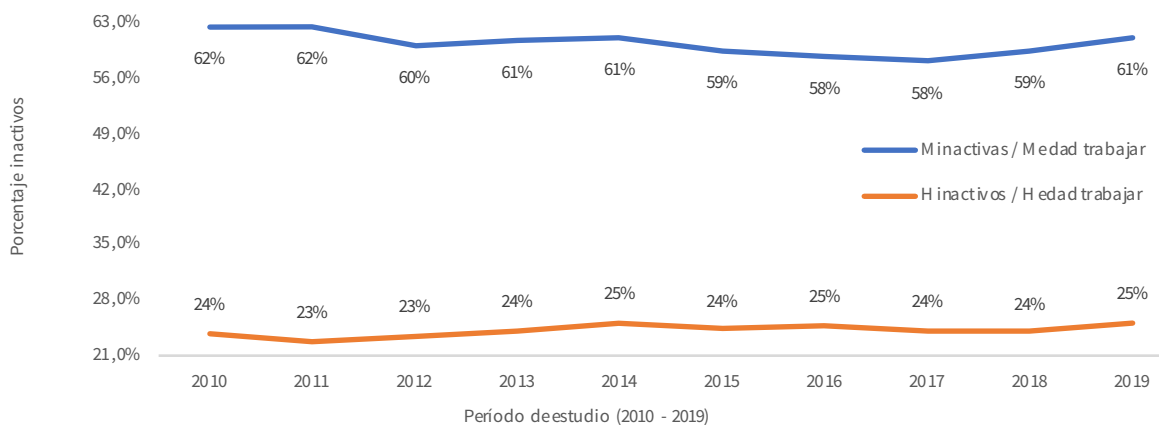
Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.



GRÁFICA 13. Informalidad de la población ocupada en la zona rural vs. zona urbana según aportes al SGSS.

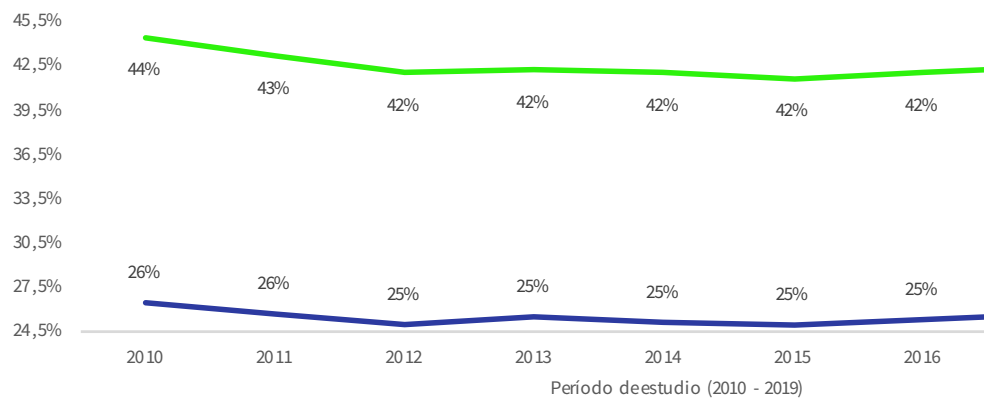
Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.

En lo concerniente a la inactividad, las gráficas 14 y 15 muestran la misma tendencia de mayor participación masculina que femenina en ambos sectores. Aunque el nivel de inactividad femenina es similar en los sectores urbanos y rurales, los hombres rurales son más inactivos que los urbanos.



GRÁFICA 14. Personas inactivas por sexo sector rural.

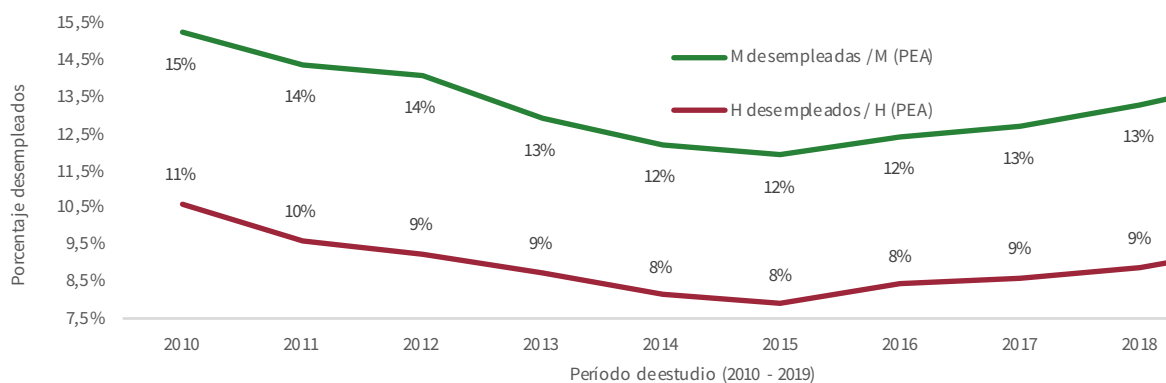
Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.



GRÁFICA 15. Personas inactivas por sexo sector urbano.

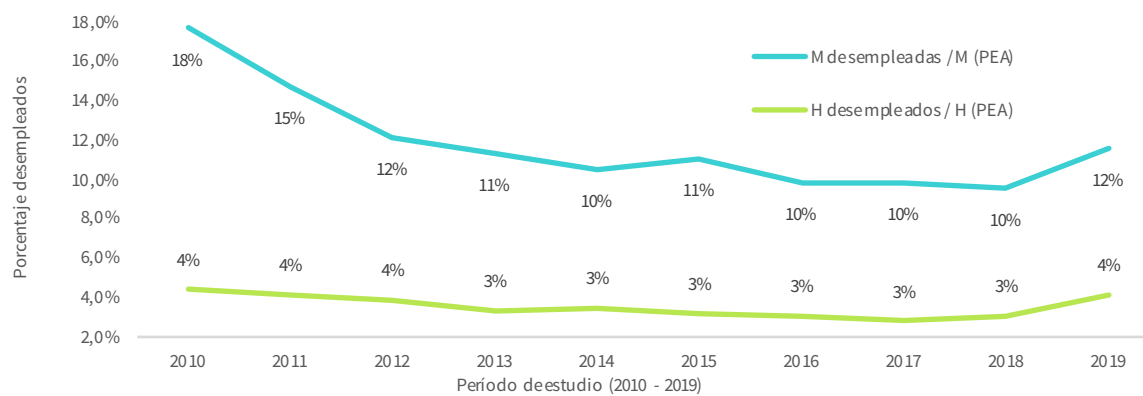
Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.

Por último, la población desempleada en las zonas rurales es menor que la de las zonas urbanas. Sin embargo la brecha entre hombres y mujeres es mayor, en el sector rural que en el urbano (gráficas 16 y 17).



GRÁFICA 16. Personas desempleadas sobre PEA por sexo en el mercado laboral urbano.

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.



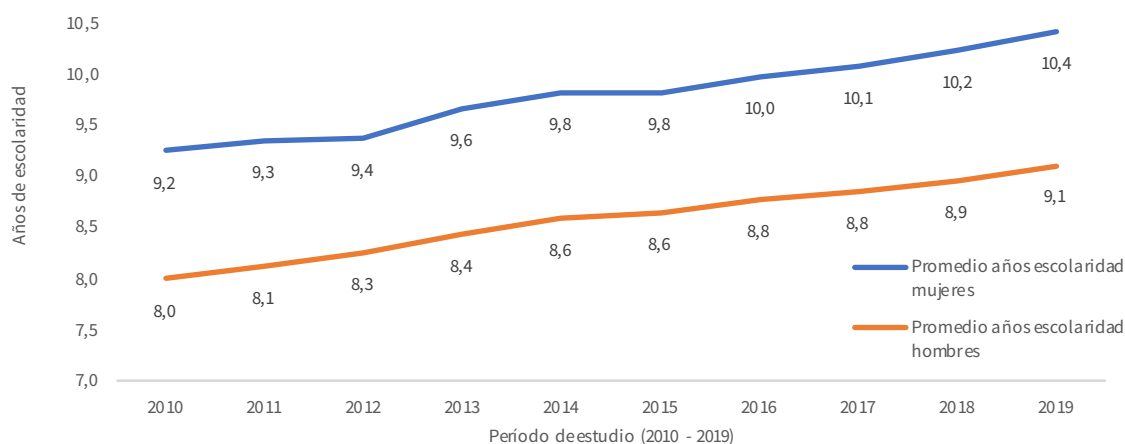
GRÁFICA 17. Personas desempleadas sobre PEA por sexo en el mercado laboral rural.

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.

4.

Las mujeres en el mercado laboral colombiano

Pese a que en Colombia las mujeres son más educadas que los hombres, participan menos del trabajo económicamente productivo, enfrentan un mayor desempleo y una mayor inactividad. Su menor participación en el mercado de trabajo se explica porque enfrentan una serie de barreras de acceso y permanencia en el empleo que no sufren los hombres. No es una coincidencia que la participación en el empleo de las mujeres colombianas, tanto solteras como casadas, haya aumentado al mismo tiempo que inició la tendencia a la reducción en la tasa de fecundidad en el país alrededor de 1966 y los años posteriores.⁷⁴ Este resultado sugiere, como se mostrará en esta sección, que existe una relación de causalidad entre la liberación de las mujeres de las responsabilidades de cuidado y su participación en el empleo.



GRÁFICA 18. Comparación de la media de años de escolaridad por sexo a nivel nacional.

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.

Existen dos grandes causas para estos peores resultados femeninos en el mercado de trabajo. En primer lugar, en Colombia, como en muchos países del mundo, existe una sobrecarga de trabajo doméstico y trabajo de cuidado no remunerado sobre las mujeres, lo que les impide, en muchos casos, salir del hogar y obtener un empleo remunerado. Por ejemplo, de acuerdo con datos de

⁷⁴ Así lo encuentran Ana María Iregui-Bohórquez, Ligia Alba Melo-Becerra, María Teresa Ramírez-Giraldo y Ana María Tribín-Urbe, "The path to gender equality in Colombia: Are we there yet?" Borradores de Economía No. 11312020, p. 4. Disponible en: https://repositorio.banrep.gov.co/bitstream/handle/20.500.12134/9903/be_1131.pdf?sequence=6&isAllowed=y

la ENUT 2017, las mujeres ocupadas invierten en promedio tres horas al día en actividades no remuneradas mientras que los hombres invierten 45 minutos. Aunque muchas mujeres quisieran trabajar, no pueden hacerlo por la sobrecarga de trabajo doméstico, que no es elegido sino forzoso, dada la restringida oferta estatal de cuidado. Además, los recursos escasos de muchas familias para adquirir el cuidado en el mercado, funciona, a su vez, para excluir a las mujeres del trabajo remunerado. El estereotipo de la madre-cuidadora pesa sobre las mujeres y no sobre los hombres, lo que lleva a muchos empleadores a evitar contratarlas al considerar que las mujeres están más comprometidas con el cuidado de la familia que con su desarrollo laboral.

A lo anterior se suma, en segundo lugar, que para las mujeres colombianas es más difícil que para los hombres acceder al trabajo formal. Sobre las mujeres pesan estereotipos asociados a la maternidad y al cuidado que no pesan sobre los hombres lo que reduce sus probabilidades de ser contratadas. Muchos empleadores discriminan abiertamente en contra de las mujeres madres o que pueden serlo, como se mostrará más adelante. Además, incluso cuando consiguen un empleo, la poca flexibilidad del empleo formal hace que las mujeres, mucho más que los hombres, enfrenten conflictos entre los requerimientos del trabajo pagado y las responsabilidades de cuidado. Esto lleva a que muchas dejen el empleo formal y se inserten en empleos informales, con frecuencia precarios, se auto-empleen o salgan de la fuerza laboral. Estas salidas del mercado formal de trabajo hacen que las trayectorias laborales de las mujeres sean más intermitentes que las de los hombres, lo cual termina por reducir sus posibilidades de acceder a una pensión.⁷⁵

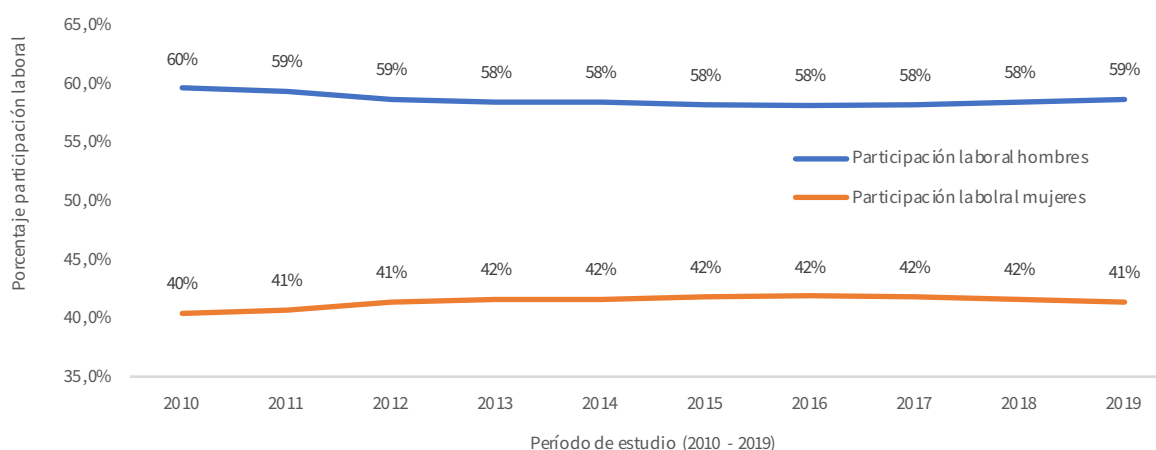
Esta sección está dividida en dos partes. En la primera se presentan algunas estadísticas descriptivas a partir de datos provenientes de la GEIH para entender el contexto del trabajo femenino en comparación con el masculino dentro del período de análisis 2010-2019. En la segunda se examinan los temas del cuidado y la discriminación en el empleo contra las mujeres en el mercado de trabajo colombiano, factores que explican sus peores resultados.

4.1 Participación, desempleo e inactividad de mujeres y hombres

Las siguientes gráficas muestran el segmento más reciente de la brecha histórica que existe entre hombres y mujeres en el mercado laboral colombiano. En la última década se observa una casi nula variación en términos de la participación de hombres y mujeres en actividades económicamente productivas (gráfica 19). Tal vez una de las características más preocupantes del mercado

⁷⁵ Rodríguez, A. L. L. (2019). Evaluación de políticas pensionales para reducir la brecha de género en la etapa de retiro en Colombia (No. 017568).

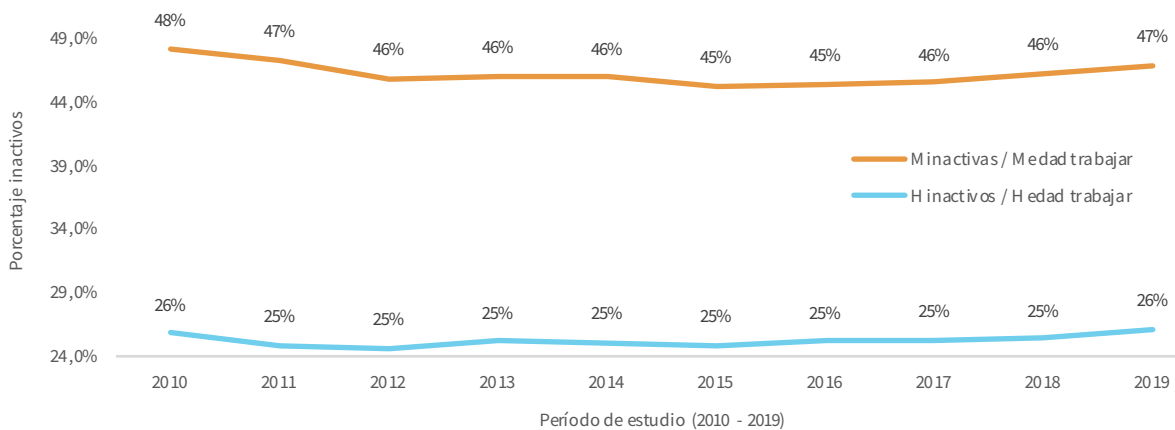
laboral colombiano es que la inactividad femenina prácticamente dobla la masculina, tendencia que también se ha mantenido casi estática en los últimos diez años (gráfica 20 la de inactividad).



GRÁFICA 19. Participación por sexo en el mercado laboral en Colombia.

Población en edad trabajar (hombres 12-62 años y mujeres 12-57 años).

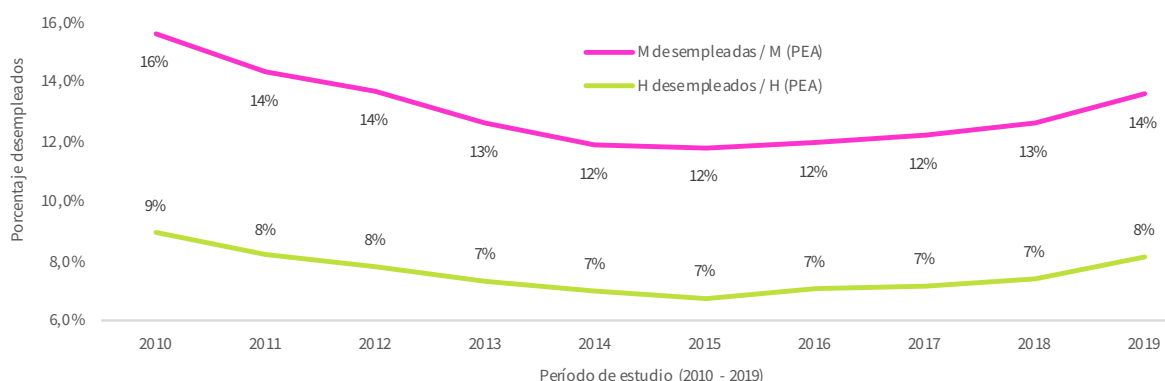
Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.



GRÁFICA 20. Personas Inactivas sobre población en edad de trabajar por sexo.

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.

Adicionalmente, las mujeres tienen mayores cifras de desempleo que los hombres, como se observa en la gráfica 21. La brecha entre las mujeres y los hombres desempleados se ha mantenido, en promedio, alrededor de 5 puntos porcentuales.



GRÁFICA 21. Población desempleada por sexo.

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.

Salvo en el caso del desempleo, que ha tenido una mayor variación, las cifras de participación y de inactividad parecen mantenerse casi sin alteración en los últimos diez años. Estos datos dan cuenta de un estancamiento en la situación laboral de las mujeres durante la última década. Estos pobres resultados pueden estar relacionados con la ausencia de una política robusta para la promoción de la equidad de género en el empleo y en su lugar la adopción de pequeñas reformas dispersas en el ordenamiento jurídico.⁷⁶ Pese a manifestar un compromiso con la equidad de género, de acuerdo con las cifras, estas normas no han mejorado las condiciones materiales del empleo de las mujeres en el país.

⁷⁶ En este grupo de normas se encuentran, por ejemplo, la Ley 823 de 2003 en la cual se establece el marco institucional del gobierno para garantizar la equidad de género y la igualdad de oportunidades de las mujeres, en los ámbitos público y privado; la Ley 1257 de 2008 y particularmente el decreto reglamentario del sector Trabajo el 4463 de 2011, que se enfocan en atacar la discriminación que puede sufrir la mujer en el empleo. la Ley 1496 de 2011, que busca garantizar la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, y la Ley 1955 de 2019, que contiene dentro de sus puntos el pacto por la equidad de las mujeres.

4.2 Las responsabilidades de cuidado y la discriminación en el acceso y la permanencia en el empleo

En esta sección interesa resaltar que, en las condiciones actuales, el empleo femenino, en particular, está indisolublemente unido a la forma en que socialmente resolvamos las cuestiones del cuidado. Es imposible promover una mayor participación femenina en el mercado de trabajo mientras no resolvamos también la forma como que se atenderán las necesidades de cuidado de las que hoy se encargan mayoritariamente las mujeres.⁷⁷ Hemos dicho “condiciones actuales” porque entendemos la actual sobrecarga de trabajo de cuidado sobre las mujeres como contingente, y como el resultado de una comprensión particular de nuestro papel en el mundo. Ese papel, sin embargo, es cambiante, y parte del objetivo de la equidad de género en el largo plazo es conseguir que los hombres y las mujeres, los padres y las madres, los hijos y las hijas, sean co-responsables de las responsabilidades de cuidado de las personas que lo necesitan. Ese camino requiere examinar críticamente las formas en las cuales nuestros diseños institucionales, en lugar de reducir la desigualdad de género, inadvertidamente la promueven o la solidifican.

Las normas jurídicas cumplen una serie de objetivos entre los cuales uno de los principales es el de regular/modificar/alinear los comportamientos de los individuos para facilitar la vida social. Para cumplir con esos objetivos, las normas jurídicas envían mensajes sociales sobre las conductas deseables y reprochables, y por la misma vía ayudan a construir identidades. Las normas nos dicen quiénes se espera que seamos. Por supuesto, el diseño de las normas se nutre del contexto social en el que son diseñadas y, salvo que se haga un esfuerzo especial para modificar prácticas sociales, muchas normas mantienen las estructuras y los prejuicios con las que son creadas.

Así por ejemplo, en Colombia, tanto la Constitución⁷⁸ como el Código Sustantivo del Trabajo,⁷⁹ para nombrar sólo algunas normas relevantes, sientan

⁷⁷ Con actividades de cuidado se hace referencia a las actividades humanas, remuneradas o no, que garantizan el mantenimiento cotidiano, físico y emocional de las personas, permiten su interacción con el entorno, y satisfacen las necesidades básicas de los individuos. Esta definición es la adoptada por el DANE y que proviene de: Luz Gabriela Arango y Javier Pineda (2012) *Género, trabajo y desigualdades sociales en peluquerías y salones de belleza de Bogotá* CS julio-diciembre, pp. 93-130.

⁷⁸ Artículo 43 “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

⁷⁹ Artículos 236 a 244 que incluyen las normas sobre el llamado fuero de maternidad. Este grupo de normas incluyen la garantía de que las trabajadoras en embarazo no pueden ser despedidas del empleo sin justa causa y sin autorización de un Inspector del Trabajo, el derecho a una licencia remunerada de maternidad, el derecho a descansos para la lactancia luego de regresar al empleo, entre otras.

las bases para la comprensión de las mujeres como cuidadoras, con exclusión de los hombres. Por ejemplo, hasta hace relativamente poco sólo las mujeres tenían derecho a disfrutar de una licencia de maternidad, sólo las trabajadoras en embarazo o lactancia tenían una protección contra el despido, y sólo las mujeres tienen todavía derecho a acomodaciones especiales durante el período de lactancia. Algunas de estas normas se han modificado para abrir espacio a la protección en el empleo de los padres y garantizarles tiempo para que disfruten de una reducida licencia de paternidad.⁸⁰ Pese a que estos cambios han abierto algunos espacios para que los padres se vinculen más a la crianza y cuidado de los hijos, siguen manteniendo el papel marginal de los hombres como cuidadores.

Adicionalmente, tanto nuestro diseño institucional para la provisión de cuidado, como la oferta de servicios de cuidado, los privatiza, haciéndolos recaer principalmente en las familias, es decir, en la práctica, en las mujeres.⁸¹ En efecto, la escasa oferta de servicios de cuidado para menores, personas con discapacidad y especialmente para los ancianos, lleva a que muchas mujeres estén fuera de la fuerza laboral como lo muestran las cifras de 2019, año en el cual el 36 % de las mujeres fuera de la fuerza laboral lo estaban a causa de sus responsabilidades familiares.⁸² Otras fuentes estadísticas, como la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo, confirman el desbalance con respecto al trabajo de cuidado entre hombres y mujeres. Por ejemplo, para el periodo comprendido entre septiembre de 2016 y agosto de 2017, las mujeres dedicaron en promedio más horas al día al trabajo no remunerado: 3 horas 42 minutos, en comparación con los hombres, que invirtieron apenas 48 minutos.⁸³ Entre los empleados, los hombres dedicaron 7 horas 4 minutos a actividades remuneradas y 45 minutos a actividades no remuneradas; las mujeres empleadas dedicaron 5:58 a actividades remuneradas y 3:06 a actividades no remuneradas.⁸⁴

80 Por ejemplo, el proyecto de Ley número 229 de 2020 (senado), el cual fue aprobado por el Congreso de la República y únicamente le hace falta la sanción presidencial para convertirse en ley de la república, amplía la licencia de paternidad y crea la licencia de parental compartida.

81 Sobre la escasa oferta de servicios de cuidado que ofrece el Estado colombiano, ver, por ejemplo: Natalia Ramírez-Bustamante y Tary Garzón Landinez, (2021) “Sobre los hombros de las mujeres: Análisis Jurídico de la Provisión de Cuidado en Colombia y sus implicaciones”, Proyecto Quanta, disponible en: <https://cuidadoygenero.org/wp-content/uploads/2021/07/Provision-cuidado-5.pdf>

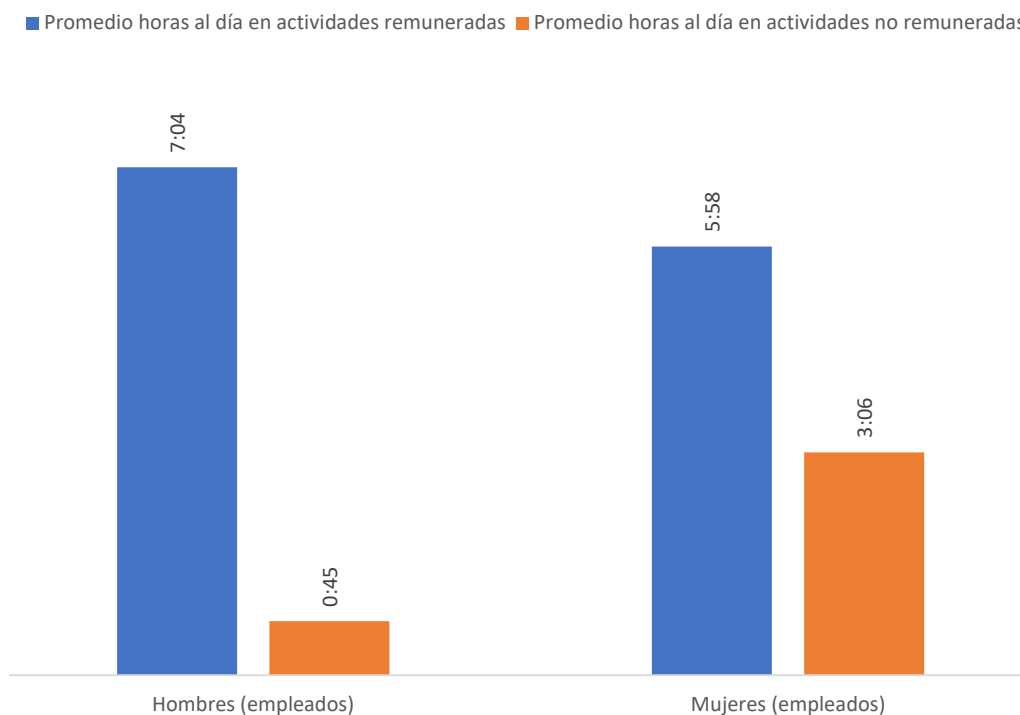
82 Dane (2021) Población fuera de la fuerza laboral (inactiva) en Colombia. Un análisis con perspectiva de género. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/genero/publicaciones/presentacion-poblacion-fuera-de-la-fuerza-laboral-en-Colombia.pdf> Revisado por última vez el 15 de julio de 2021.

83 Ana María Tribín-Uribe et al., “¿En qué se parecen y en qué se diferencian las estadísticas obtenidas a partir de la GEIH y de la ENUT?. Un análisis comparativo y descriptivo acerca del mercado laboral y el trabajo no remunerado” Proyecto Quanta — Cuidado y Género Febrero 2021. <https://cuidadoygenero.org/wp-content/uploads/2021/03/Diferencias-estadisticas-GEIH-ENUT-RESUMEN.pdf>

84 Ana María Tribín, ibídem.

En conclusión, independientemente de la situación laboral, la división sexual del trabajo hace que las mujeres inviertan mucho más tiempo que los hombres en actividades no remuneradas (gráfica 22).

Las mujeres se encuentran entonces en la encrucijada del cuidado. Aunque trabajen, invierten más tiempo en actividades no remuneradas (cuidar, cocinar, limpiar, etc). Su alta dedicación a estas actividades no remuneradas hace que se las perciba, familiar y socialmente, como las personas naturalmente encargadas de ese trabajo, lo que además las sobrecarga. Al mismo tiempo, invertir su tiempo en actividades domésticas y de cuidado les impide estudiar o aumentar su formación para el empleo. Por su parte, el mundo del trabajo, que es afectado por estos imaginarios, sanciona a las mujeres por su alta dedicación a las actividades de trabajo doméstico y las excluye, especialmente del trabajo formal.



GRÁFICA 22. Horas promedio dedicadas a actividades de trabajo remunerado y trabajo no remunerado, según sexo (ENUT). 2016-21017

Fuente: Ana María Tribín-Urbe et al, "¿En qué se parecen y en qué se diferencian las estadísticas obtenidas a partir de la GEIH y de la ENUT?. Un análisis comparativo y descriptivo acerca del mercado laboral y el trabajo no remunerado",⁸²

En efecto, varios estudios en Estados Unidos y Europa han mostrado que la maternidad sólo afecta negativamente a las mujeres en el mercado laboral,⁸⁶ mientras que para los hombres, ser padres puede representar un beneficio.⁸⁷ Aunque es difícil distinguir entre los efectos de los estereotipos y la regulación de la maternidad sobre los niveles de empleo femeninos, la mayoría de investigaciones encuentran que estos dos factores, independientemente o en conjunto, disminuyen las posibilidades de las mujeres de obtener un empleo. En contraste, no se encuentran diferencias en los resultados laborales de hombres y mujeres en países como Suecia, uno de los pioneros en ofrecer licencias parentales en tiempos similares,⁸⁸ país que además utiliza explícitamente la política de armonización familia-trabajo como una herramienta para promover la equidad de género en el empleo y en el hogar.⁸⁹

En Colombia hay dos investigaciones publicadas sobre el efecto de la licencia de maternidad en el empleo femenino. El estudio de Julio Romero evaluó el efecto de una extensión de la licencia de maternidad sobre el grupo de mujeres que se benefició de ella. Romero encontró que las licencias son eficaces protegiendo el empleo de las trabajadoras que ya lo tenían y que el aumento de la licencia no afectó las posibilidades de mantener el mismo empleo. Sin embargo, a largo plazo sí se disminuyó la probabilidad de reengancharse de aquellas que por algún motivo salieron del mercado, y el mismo grupo incrementó las probabilidades de abandonar la formalidad.⁹⁰

Por su parte, el estudio de Ana María Tribín, Carmiña Vargas y Natalia Ramírez, encontró que después de una ampliación de la licencia de maternidad, los resultados laborales de las mujeres en edad reproductiva empeoraron. En comparación con las mujeres mayores y los hombres de todas las edades, las mujeres en edad reproductiva incrementaron su probabilidad de ser inactivas, trabajar en la informalidad, y ser auto-empleadas. Las investigadoras concluyeron que la ampliación del beneficio generó un desincentivo en la contratación

⁸⁶ Véanse por ejemplo: Benard, Stephen, y Shelley J. Correll. "Normative Discrimination and the Motherhood Penalty". *Gender & Society* 24, n°. 5 (2010): 616-46. doi:10.1177/0891243210383142 y Cunningham, Jennifer, y Therese Macan. "Effects of Applicant Pregnancy on Hiring Decisions and Interview Ratings". *Sex Roles* 57, n°. 7-8 (2007): 497-508. doi:10.1007/s11199-007-9279-0.

⁸⁷ Correll, Shelley J., Stephen Benard, and In Paik. "Getting a Job: Is There a Motherhood Penalty?" *American Journal of Sociology* 5 (2007).

⁸⁸ Anni Erlandsson, Magnus Bygren, y Michael Gähler, "Do Employers Prefer Fathers? Evidence from a Field Experiment Testing the Gender by Parenthood Interaction Effect on Callbacks to Job Applications.", *European Sociological Review* 33, n°. 3 (2017): P. 337-348, doi:https://doi.org/10.1093/esr/jcx051

⁸⁹ Caitlyn Collins, (2019) *Making Motherhood Work. How Women Manage Careers and Caregiving*, Princeton University Press, p. 30.

⁹⁰ Julio Romero, "La maternidad y el empleo formal en Colombia!", *Documentos de trabajo sobre Economía Regional*, Un. 268, mayo 2018, disponible en: https://repositorio.banrep.gov.co/bitstream/handle/20.500.12134/9188/DTSERU_%20268.pdf?sequence=1&isAllowed=y Revisado por última vez el 16 de julio de 2021.

de mujeres que podían tomar el beneficio y que, ante la falta de eficacia de las normas antidiscriminación, los empleadores pudieron seleccionar en contra de las mujeres fértiles.⁹¹

Por su parte, la Encuesta Nacional de Demografía y salud, una encuesta con representatividad nacional que se realiza cada cinco años, encontró que al 32 % de las mujeres que habían trabajado alguna vez les habían pedido una prueba de embarazo como requisito para acceder a un empleo.⁹² En un nuevo procesamiento de esos datos se encontró que, a mayor nivel educativo, más pruebas de embarazo se solicitaban. Así por ejemplo, al 49 % de las mujeres con educación superior de pregrado les exigieron este tipo de pruebas.⁹³ Estos resultados sugieren que a mayor nivel educativo, mayor costo de oportunidad asumen las mujeres al tener hijos.

Otras investigaciones, como la de Natalia Ramírez-Bustamante, han iluminado, a través de trabajo cualitativo con trabajadores y empleadores, prácticas discriminatorias adicionales. La investigadora encontró, por ejemplo, que algunos segmentos en las entrevistas de trabajo están orientadas, no a evaluar las capacidades de las trabajadoras, sino a determinar el peso de sus responsabilidades de cuidado y, con base en ello, ofrecerles o no empleo.⁹⁴ La misma investigación encontró que algunas empresas incluyen pruebas de embarazo de manera subrepticia dentro de los exámenes de laboratorio que se realizan en algunos procesos de selección, lo que sugiere que los resultados de la ENDS sobre pruebas de embarazo reflejan un sub-registro. Finalmente, también se encontró que la rigidez del trabajo formal, sus largas jornadas laborales (en muchos casos obligando a las trabajadoras a trabajar horas extra cuasi-forzosamente) y las nulas posibilidades de articulación entre las responsabilidades del cuidado y el trabajo, llevaban a muchas mujeres a abandonar la formalidad y emplearse en trabajos informales.⁹⁵

Que las pruebas de embarazo se sigan realizando deliberadamente como requisito para el acceso al empleo es particularmente preocupante porque se trata de una práctica explícitamente prohibida en nuestro ordenamiento.

91 Ana María Tribín, Carmiña Vargas, Natalia Ramírez-Bustamante, “Unintended Consequences of Maternity Leave Legislation: The case of Colombia”, *World Development* Vol. 122, Octubre 2019, pp. 218-232.

92 Ministerio de Salud y Profamilia, Encuesta Nacional de Demografía y Salud 2015, Tomo 1, p. 204 disponible en: <https://profamilia.org.co/wp-content/uploads/2018/12/ENDS-TOMO-I.pdf> Revisado por última vez el 16 de julio de 2021.

93 Natalia Ramírez-Bustamante y Paola Camelo, (2021) “Determinantes de la participación de las mujeres en el mercado laboral”. Proyecto Quanta-Cuidado y Género <https://cuidadoygenero.org/wp-content/uploads/2021/07/Determinantes-participacion-4.pdf>

94 Natalia Ramírez-Bustamante “A mi me gustaría pero en mis condiciones no puedo”: maternidad, discriminación y exclusión en el mercado laboral colombiano” CS Número Especial, disponible en: https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/revista_cs/article/view/3239

95 Natalia Ramírez, *ibídem*, pp.

Por una parte, la Constitución prohíbe la discriminación de género (art. 13) así como la discriminación contra la mujer y promueve su especial protección durante el embarazo (art. 43). Además, el Ministerio del Trabajo ha emitido resoluciones que prohíben explícitamente su práctica, salvo en situaciones excepcionales.⁹⁶ Sin embargo, que pese a la prevalencia de la discriminación de género en el empleo que sugieren estos datos, estos temas no aparecen como motivos de conflictividad laboral en país lo que muestra su actual invisibilidad.

La discriminación contra las mujeres madres también ocurre vía salarios como lo han mostrado algunas investigaciones previas.⁹⁷ Un trabajo más reciente de Jaime Tenjo encuentra evidencia de que en el mercado laboral colombiano existe segmentación por sexo y de que las diferencias salariales entre hombres y mujeres se deben a que las mujeres reciben un ingreso inferior por hora que el que reciben los hombres.⁹⁸ Finalmente los datos del Dane para 2019 muestran que hay una mayor sanción salarial a medida que aumenta el número de hijos. De acuerdo con esos datos, las mujeres sin hijos reciben el 7 % menos de salario que sus pares hombres, mientras que las mujeres con hijos reciben un 14 % menos, porcentaje que aumenta a 15.9 % para mujeres con dos hijos y a 20,6 % para mujeres con tres hijos o más.⁹⁹ (Gráfica 23).¹⁰⁰

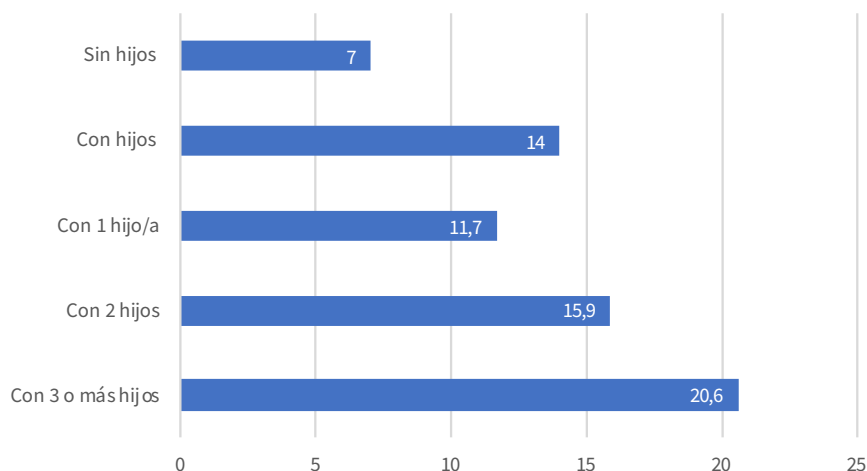
96 La resolución 3716 de 1994 del Ministerio del Trabajo establece que los empleadores únicamente podrán ordenar la práctica de la prueba de embarazo cuando se trate de empleos u ocupaciones en los que existen riesgos reales o potenciales que puedan incidir negativamente en el embarazo.

97 Utilizando distintas metodologías, midiendo distintos periodos de tiempo, y algunas distintas ocupaciones, las siguientes investigaciones, entre otras, dan cuenta de la existencia de una brecha salarial en contra de las mujeres en Colombia: Alejandro Badel y Ximena Peña, (2010) "Decomposing the Gender Wage Gap with Sample Selection Adjustment: Evidence from Colombia" *Revista de Análisis Económico*, Vol 25, No. 2 pp. 169-191, Laura Cepeda y Juan Barón "Educational Segregation and the Gender Wage Gap for Recent College Graduates in Colombia", *Borradores de Economía*, No. 695 2012, disponible en: https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/be_695.pdf; Luz Karime Abadía-Alvarado y Sara de la Rica, (2020) "The Evolution of the Gender Wage gap in Colombia: 1994 and 2010", *Cuadernos de Economía* Vol. 39. No. 81, disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47722020000300857

98 Jaime Tenjo (2020) ¿Hay segmentación por sexo en el mercado laboral? Trabajo presentado en el Simposio de Estudios del Trabajo 2021. Disponible en: <https://mpira.ub.uni-muenchen.de/108841/>

99 Dentro de la investigación adelantada se encontró que la brecha de género en los ingresos laborales corrientes se ha venido disminuyendo desde el 2012 (año en el que alcanzó su máximo del 20,9 % en los últimos años) llegando a posicionarse en el 13,5 % para el 2019.

100 DANE (2020). Brecha salarial de género en Colombia.



GRÁFICA 23. Brecha salarial (%) en el ingreso laboral promedio según tenencia de hijos. Total nacional - 2019.

Fuente: DANE — Gran Encuesta Integrada de Hogares. Nota: Datos expandidos con proyecciones de población, elaboradas con base en los resultados del Censo 2005.

Hacen falta más estudios, por ejemplo, sobre la contratación del Estado, cuyos datos son públicos y facilitan la comparación entre ingresos de hombres y mujeres. A este respecto es llamativo, con base en todo lo que se ha dicho hasta aquí, que, según los datos disponibles de Colombia Compra Eficiente, los contratos de prestación de servicios firmados por mujeres son muy superiores en número que los contratos de la misma clase firmados por hombres, y que, pese a que el número de contratos de mujeres es mucho mayor, el valor total de esos contratos es superior para los hombres que para las mujeres.¹⁰¹

Teniendo en cuenta las barreras que enfrentan las mujeres para acceder y permanecer en el empleo en Colombia, parece apenas natural que ellas tengan una menor participación en la fuerza laboral, pues los obstáculos que enfrentan son particularmente difíciles de superar sin amplias redes de apoyo. Como resultado, las mujeres tienen muchas menos probabilidades de pensionarse que los hombres. Al respecto, Andrea López concluyó que en las condiciones actuales del sistema de seguridad social, las mujeres tendrían más dificultades que los hombres para acceder a una pensión.¹⁰² Las causas que pueden explicar

¹⁰¹ Según la información suministrada por Colombia Compra Eficiente, desde el 2010, las mujeres han sido contratadas en mayor medida que los hombres a través de contratos de prestación de servicios. A modo de ejemplo, para el 2019 fueron contratadas 371,815 mujeres por medio de este contrato y 289,186 hombres, tendencia que se repite en los últimos 10 años. Ver: Colombia Compra Eficiente (25 de marzo de 2021) Radicado: Colombia Compra Eficiente.

¹⁰² López Rodríguez, A. L. (2019). Evaluación de políticas pensionales para reducir la brecha de género en la etapa de retiro en Colombia.

esta brecha se relacionan con la diferencia en la edad de retiro entre hombres y mujeres (en el régimen de prima media) y las particularidades del mercado laboral colombiano, que junto a las labores de cuidado y la penalidad por la maternidad terminan siendo el detonante para que las mujeres no puedan acceder a una pensión.

A conclusiones similares lleva el trabajo de Ana María Muñoz, quien plantea la hipótesis de que la diferencia en la edad pensional en el Régimen de Prima Media termina perjudicando a las mujeres, ya que tienen menos tiempo para acumular las semanas requeridas para acceder a una pensión.¹⁰³ Frente a lo concerniente a la tasa de remplazo en pensiones, Soraya Quiroga concluyó que las mujeres tienen mesadas pensionales menores que los hombres y una tasa de reemplazo inferior, también como resultado de vidas laborales con una alta dedicación a tareas de cuidado.¹⁰⁴ Igualmente, el Informe Nacional de Competitividad 2020-2021 muestra que las mujeres se pensionan en menor proporción que los hombres en las zonas urbanas (37.1 % de los hombres vs 24.3 % las mujeres) y mucho menos en las zonas rurales (10,5 % hombres vs 5.8 % las mujeres).¹⁰⁵

Algunos de estos problemas podrían resolverse a través de mejores diseños institucionales, que, por ejemplo, contribuyan a reducir las diferencias entre hombres y mujeres en el mercado laboral. Por otro lado se deben estimular reformas que desestimen y sancionen la discriminación en el acceso y la permanencia en el empleo que actualmente no existen en nuestro contexto.

Adicionalmente, tal vez la principal condición de posibilidad para el mejoramiento de la participación laboral femenina es la disponibilidad de servicios de cuidado gratuitos y a bajo costo, en jornadas más amplias que la jornada laboral, que permitan a las mujeres, particularmente a las de medianos y escasos recursos, liberarse de las responsabilidades de cuidado que hoy asumen y que les impiden a muchas trabajar de manera remunerada. Simultáneamente, es importante que se desarrollen programas que promuevan la co-responsabilidad de los padres y los hombres en el cuidado y el trabajo doméstico.

Aunque en nuestro contexto las tendencias en la fecundidad no suelen estudiarse en relación con el cuidado y el trabajo femenino, algunas investigaciones han empezado a construir esas conexiones. Estas investigaciones sugieren que los mayores costos asociados a la maternidad (en términos de sobrecarga de trabajo doméstico y dificultades para acceder al empleo)

103 Muñoz Segura, A. M. (2019). La pensión de vejez en Colombia: el recorrido histórico entre la exclusión y la universalidad. Ediciones Uniandes-Universidad de los Andes.

104 Quiroga Camacho, S (2021). Análisis de la brecha pensional de género en Colombia: reflejo de una legislación que pone en desventaja a las mujeres.

105 Consejo Nacional de Competitividad (2020) Informe Nacional de Competitividad 2020-2021. Recuperado de: https://compite.com.co/informe/informe-nacional-de-competitividad-2020-2021/pensiones/#cpc_breadcrumb

pueden estar relacionados con reducciones en las tasas de fecundidad lo que incrementa el envejecimiento poblacional y obliga a pensar en un rediseño del sistema pensional dado que cada vez habrá menos aportantes en su base.¹⁰⁶

Finalmente, el efecto de la pandemia fue mucho más fuerte sobre el empleo femenino que sobre el masculino, y, a su vez, su recuperación parece ser más lenta. Al respecto, una investigación encontró que el mercado colombiano mostraba evidencia de una “caída en escalera” en el mercado de trabajo femenino en que las mujeres, —como cayendo por una escalera—, perdieron estatus en el mercado laboral, ampliando las brechas de género en desempleo, participación e informalidad.¹⁰⁷ Las barreras al empleo femenino que se han explorado en esta sección sugieren que su recuperación post-pandemia y la promoción de la equidad de género en el empleo en Colombia requieren reformas estructurales, políticas sociales que promuevan la redistribución del trabajo de cuidado y políticas de promoción del empleo específicamente diseñadas para este grupo poblacional.

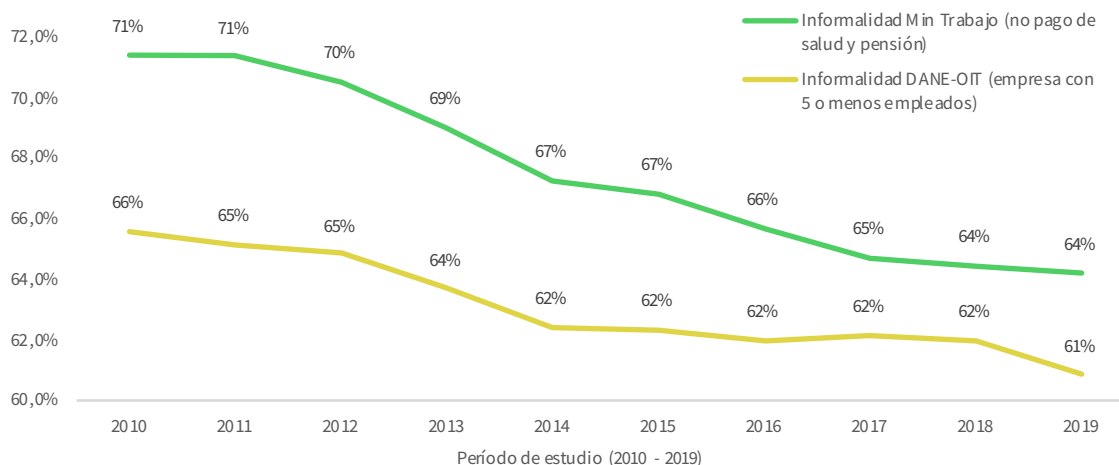
106 Por ejemplo, Gosta Esping-Andersen sugiere que las mujeres ya no están dispuestas a tener que asumir solas los costos de la maternidad, especialmente la carga de trabajo de cuidado y que esta les impida desarrollar su carrera profesional. De modo que, para el autor, entre menos claras sean las reglas sobre el equilibrio de las labores domésticas al interior de las familias, menor será el nivel de fecundidad. Por su parte, Peter McDonald afirma que, si a las mujeres se les brindan oportunidades casi equivalentes a las de los hombres en los sistemas de educación y mercado laboral, pero estas oportunidades se ven severamente limitadas por tener hijos porque no pueden conciliar el trabajo y la maternidad, entonces, en promedio, ellas aplazarán la maternidad. Esping-Andersen, G. (2017). Education, gender revolution, and fertility recovery. *Vienna yearbook of population research*, 15, 55-59. McDonald, P. (2000). Gender equity in theories of fertility transition. *Population and development review*, 26(3), 427-439.

107 Karen García-Rojas Paula Herrera Leonardo Fabio Morales-Zurita Natalia Ramírez-Bustamante y Ana María Tribín-Urbe, “Recesión Femenina: La caída en escalera de las mujeres en el mercado laboral colombiano” Borradores de Economía, Banco de la República No. 1140.

5. Informalidad laboral y nivel de cumplimiento de las normas laborales

En Colombia, la informalidad laboral se mide a través de dos tipos de mediciones: según el tamaño de la empresa, —método que utiliza el DANE— y según aportes a seguridad social, —método que utiliza el Ministerio del Trabajo—. De acuerdo con el criterio del DANE, toda empresa con menos de cinco trabajadores se presume informal. De acuerdo con el criterio utilizado por el Ministerio del Trabajo, ser empleado y no hacer aportes a la seguridad social clasifica a un trabajador como informal.

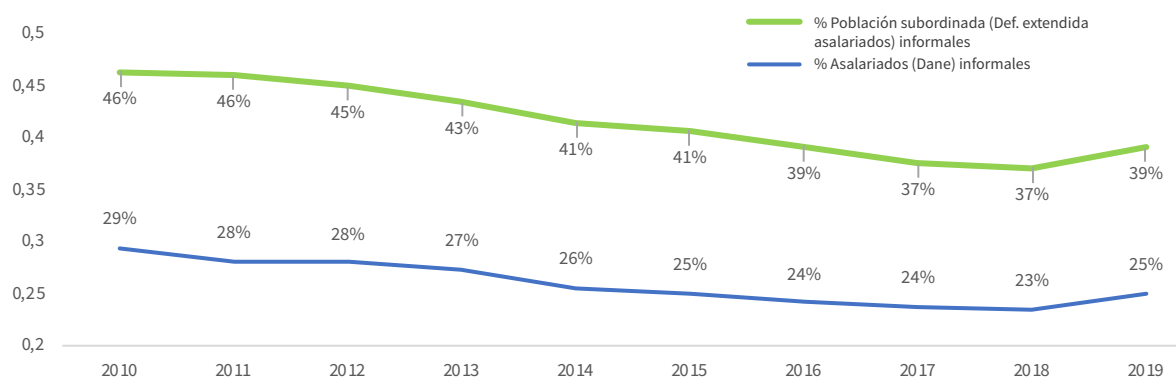
La gráfica 24 muestra la tendencia a la reducción de la informalidad con base en las dos medidas en el período estudiado. Igualmente, se muestra que, aunque en algunos años hay una reducción en la brecha entre ambas mediciones, la misma se mantenía al final del período estudiado en tres puntos porcentuales.



GRÁFICA 24. Dos definiciones de informalidad: DANE-OIT y Ministerio del Trabajo frente a la población ocupada.

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.

La gráfica 25 compara las medidas de informalidad según el criterio de aportes a seguridad social entre dos grupos de asalariados. Por una parte, la definición de asalariados del DANE¹⁰⁸ y, por otra, la definición de asalariados extendida que proponemos en este informe¹⁰⁹ y que incluye a jornaleros, peones y empleados domésticos. La inclusión de estos conjuntos de trabajadores que normalmente se encuentran en relaciones dependientes de trabajo incrementa la informalidad de los asalariados DANE en promedio en 15 % con una tendencia a la reducción paulatina en los últimos diez años.



GRÁFICA 25. Informalidad laboral entre dos tipos de asalariados.

Fuente: DANE, GEIH. (Datos 2010-2019). Elaboración propia.

Las formas más tradicionales de describir la formalidad y la informalidad laboral hacen pensar que se trata de dos conjuntos estancos, o auto-contenidos, pero la realidad del mercado laboral es mucho más compleja. Un grupo importante de investigaciones ha mostrado que existen encadenamientos productivos estables entre empresas “formales” y negocios informales y que entre las empresas “formales” algunas cumplen con la mayoría de las normas que les son aplicables y otras con un segmento muy reducido de ellas.¹¹⁰

¹⁰⁸ Los trabajadores asalariados son aquellos que, de acuerdo con la GEIH, se encuentran clasificados ya sea como empleados de empresa particular o empleados del gobierno.

¹⁰⁹ Los trabajadores asalariados bajo la definición extendida comprenden a los trabajadores asalariados, que son aquellos que se encuentran clasificados como empleados de empresas particulares, empleados del gobierno, empleados domésticos y jornaleros o peones.

¹¹⁰ Véase por ejemplo un grupo extenso de investigaciones publicadas en: Alejandro Portes, Manuel Castells y Lauren A. Benton (Eds) (1989), *The informal Economy. Studies in Advances and Less Developed Countries*, The Johns Hopkins University Press Hallazgos similares hace Natalia Ramírez Bustamante en “Bargaining Women, Negotiating Care Across formality and informality in the Colombian garment industry” Tesis de doctorado en archive con la autora.

Por eso, tal vez una forma más realista de pensar en la relación entre formalidad/informalidad, es pensar en la actividad productiva como un continuo, o un espectro entre dos polos, como lo proponen Basudeb Guha-Khasnobis, Ravi Kanbur y Elinor Ostrom.¹¹¹ En un polo ubicaríamos a las empresas con un alto nivel de cumplimiento de las normas jurídicas aplicables, es decir el polo de la formalidad, mientras que el otro polo es aquel con bajos niveles de cumplimiento de las mismas normas, es decir, el polo de la informalidad.

Esta forma de pensar la informalidad ofrece una mayor riqueza para entender un fenómeno complejo como el empleo. A través de ella, por ejemplo, se podría distinguir entre formalidad de la empresa y formalidad del trabajo. Por un lado, por ejemplo, las empresas serían más o menos formales dependiendo de su nivel de cumplimiento de las normas aplicables: contar registro de existencia y representación legal, cumplir con las regulaciones administrativas de usos del suelo, que la empresa cumpla con estándares de seguridad y prevención de accidentes profesionales y pago de impuestos para nombrar algunos. Por otro lado, el trabajo es más o menos formal dependiendo de su cumplimiento de las normas aplicables respecto a derechos del trabajo y la seguridad social: hacer aportes a riesgos profesionales, aportes al sistema de seguridad social, protección contra riesgos derivados de la labor y cumplimiento de las normas del Código Sustantivo del Trabajo, entre otros.

El estudio de Raquel Bernal es tal vez lo más cercano con lo que contamos en nuestro contexto para ofrecer un panorama similar de la relación entre formalidad/informalidad laboral.¹¹² En su artículo sobre la caracterización de la informalidad laboral Bernal propone un criterio estricto de formalidad que mide el cumplimiento de los derechos que le otorga el Código Sustantivo del Trabajo (CST) al trabajador. Bernal identifica 27 factores relacionados con el cumplimiento de la ley laboral en el contrato de trabajo y los contrasta con las respuestas ofrecidas a esas preguntas por parte de los encuestados en la Encuesta Continua de Hogares. De acuerdo con este criterio, la informalidad variaba entre 100 y 72 % por lo que Bernal desechó estas mediciones considerando que eran «poco realistas».¹¹³

Lamentablemente, en la actualidad no contamos con la Encuesta Continua de Hogares para reiterar el ejercicio de Bernal, y aunque la GEIH, es una herramienta estadística mucho más robusta, tampoco es posible utilizar sus datos para replicar el ejercicio pues la última tiene muchos datos faltantes en respuestas importantes como para hacer cálculos confiables.

111 Guha-Khasnobis, B., Kanbur, R., & Ostrom, E. (2006). Beyond formality and informality. Linking the formal and informal economy: Concepts and policies, 4, 75-92.

112 Bernal S, R. (2009). The informal labor market in Colombia: identification and characterization. *Revista Desarrollo y Sociedad*, (63), 145-208.

113 Sin embargo, el criterio de cumplimiento del CST es un buen indicador, al menos, del nivel de cumplimiento de las normas aplicables.

A falta de las anteriores fuentes de información, en la próxima sección ofrecemos una adaptación del estudio de Bernal con información agregada de distintas fuentes que permiten una aproximación parcial a la formalidad del trabajo en Colombia, o, dicho de otra forma, a la comprensión de la eficacia de las normas laborales en nuestro país.

De acuerdo con los hallazgos de esta investigación y a juzgar por el bajo cumplimiento de las normas jurídicas aplicables, incluso en el caso de los trabajadores subordinados, el mercado laboral colombiano se acerca más al polo de bajo cumplimiento de las normas aplicables, es decir, es mayoritariamente informal. Esta ubicación es en parte el resultado de una baja capacidad institucional para hacer cumplir la ley a través de mecanismos eficaces de vigilancia y control de la actividad económica, así como una reducida capacidad estatal para tramitar eficaz y rápidamente los conflictos derivados del trabajo.

6.

Eficacia de la regulación laboral en Colombia

Una de las principales formas de medir la eficacia de las normas jurídicas es contrastando lo dispuesto por el ordenamiento jurídico por un lado, con la conducta de los individuos en respuesta a esas normas jurídicas por el otro.¹¹⁴ Desde esta perspectiva, uno de los problemas más importantes de los que adolece el sistema jurídico colombiano es su ineficacia, dado que la brecha entre el mandato de las normas jurídicas y los niveles de su observancia por parte de los ciudadanos puede ser abismal.¹¹⁵ El mismo fenómeno es apreciable con respecto a las normas que regulan el trabajo subordinado. Aún para los trabajadores que firmaron un contrato de trabajo, esto no garantiza el total cumplimiento de los derechos y garantías que establece el Código Sustantivo del Trabajo en su beneficio. En peor situación están los trabajadores vinculados a través de contratos civiles o comerciales cuando estos son utilizados para enmascarar una relación de trabajo subordinada. En suma, la ley laboral no cubre a la totalidad de los trabajadores que, en teoría, deberían estar cubiertos por ella, y por un conjunto de razones que se expondrán en otras secciones de este informe, tampoco contamos actualmente con la capacidad institucional para aumentar, como deberíamos, estos niveles de cumplimiento.

6.1 Eficacia según el cumplimiento de las garantías del trabajo

Para suplir la ausencia de datos de la Encuesta Continua de Hogares e inspirados en metodologías similares utilizadas previamente para ofrecer mediciones de eficacia de distintas normas jurídicas como las propuestas por Mauricio García Villegas y Cesar Rodríguez,¹¹⁶ en esta sección exploramos distintos criterios cuantitativos que nos permiten determinar el grado de cumplimiento de distintas garantías laborales con las que cuentan los trabajadores colombianos. Los datos presentados en las siguientes secciones fueron recolectados de entidades públicas y privadas.

¹¹⁴ Villegas, M. G., & Rodríguez, C. A. (2003). Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. DERECHO Y SOCIEDAD EN AMÉRICA LATINA: UN DEBATE SOBRE LOS ESTUDIOS, 15.

¹¹⁵ García Villegas, M. (2009). Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas.

¹¹⁶ Villegas, M. G., & Rodríguez, C. A. (2003). Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. DERECHO Y SOCIEDAD EN AMÉRICA LATINA: UN DEBATE SOBRE LOS ESTUDIOS, 15.

En esta sección se presentan los datos disponibles para ofrecer un panorama de cumplimiento de las normas laborales con base en los registros administrativos que llevan las entidades encargadas de hacer seguimiento al cumplimiento de las siguientes garantías con las que cuentan los trabajadores colombianos: i) pago de cesantías, ii) disfrute de vacaciones, iii) afiliación a una administradora de riesgos laborales y iii) afiliación a una caja de compensación familiar visibles en la gráfica 26. Para obtener una medida más precisa de los niveles de cumplimiento de estas garantías, estos registros administrativos fueron contrastados con los datos de la definición extendida de asalariado adoptada en este informe. Si bien se trata de datos provenientes de dos fuentes de información distinta, son la única forma de obtener una foto de este panorama de cumplimiento de las normas laborales en el país. Además, esta metodología, replica la utilizada por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales en la que para medir la participación de la evasión en el país se cruzan los datos de la GEIH, la PILA y el Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad social (RUA).

La gráfica 26 recoge la información disponible de aportantes a fondos de cesantías, sistema de riesgos laborales y trabajadores que disfrutaron de vacaciones anuales. Frente a los datos relacionados con la afiliación a un Fondo de Cesantías, en 2019 el 44 % de asalariados bajo la definición extendida estaban afiliados.¹¹⁷ El porcentaje de trabajadores afiliados al sistema de riesgos laborales,¹¹⁸ el cual gestiona los riesgos a los que se puede ver expuesto el trabajador en su labor, y quienes hacen pagos a las Cajas de Compensación¹¹⁹ es igual. Para ambos indicadores, el 47 % de trabajadores hizo aportes en el 2019. En lo que concierne a las vacaciones anuales, tan solo el 21 % de trabajadores las disfrutó,¹²⁰ aunque este dato no debe alarmar y necesita ser analizado con cuidado.¹²¹

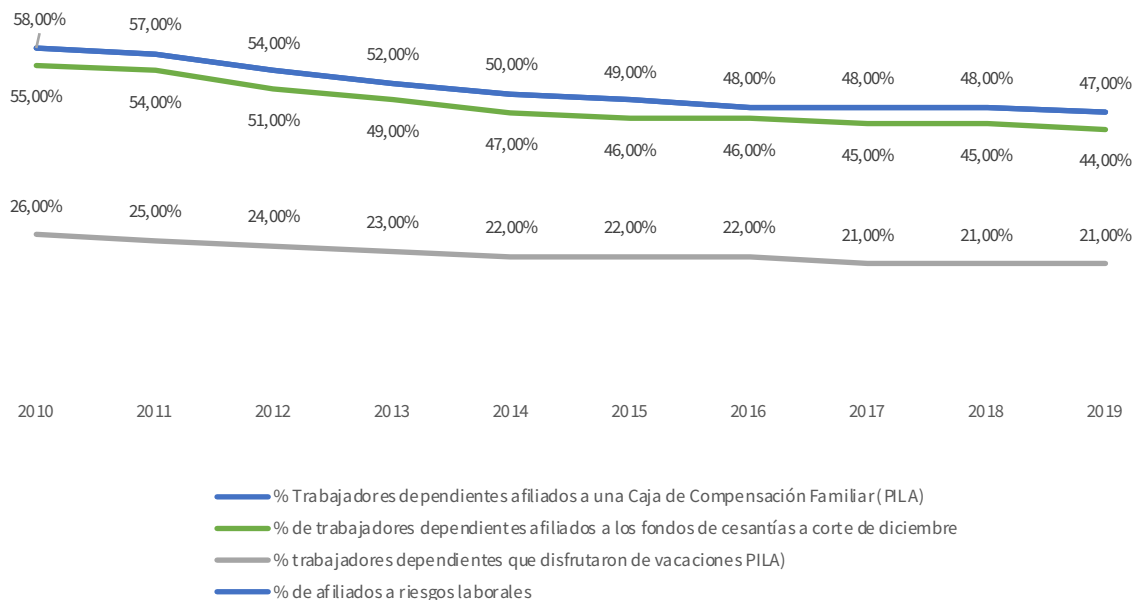
117 Para el 2019 solo 7.762.251 de los trabajadores subordinados se encontraban afiliados a un fondo de cesantías. El total de trabajadores para ese período fue de 11.179.454 de asalariados definición extendida.

118 Para el 2019 solo 8.7690.29 de los trabajadores subordinados se encontraban afiliados a una ARL.

119 Para el 2019 solo 8.768.801 de los trabajadores subordinados se encontraban afiliados a una caja de compensación.

120 Para el 2019 solo 4.598.160 de los trabajadores subordinados disfrutó de vacaciones.

121 Esta cifra de disfrute del derecho puede ser baja por las siguientes, entre otras razones: el Código Sustantivo del Trabajo permite a los trabajadores acumular varios períodos anuales de vacaciones lo que permite que, aunque se respete su derecho a tomarlas, el trabajador no materialice ese derecho cada año. Adicionalmente, puede ser el caso que durante un contrato laboral el trabajador no alcance a completar el año de servicio para causar el derecho, por lo cual el empleador puede compensar las vacaciones en dinero.



GRÁFICA 26. Porcentaje de asalariados (definición extendida) afiliados a caja de compensación, fondo de cesantías, ARL y que disfrutaron de vacaciones (2010-2019).

Fuente: Elaboración propia. Datos procesados de las novedades registradas en la PILA, registros administrativos y el uso de la categoría de asalariado definición extendida la GEIH (2010-2019).

En la gráfica el porcentaje de trabajadores dependientes afiliados a una caja de compensación no es visible porque se sobrepone exactamente, durante todo el período, con el porcentaje de trabajadores que hacen aportes a riesgos laborales.

6.2 Eficacia teniendo en cuenta los aportes al sistema de seguridad social de acuerdo con datos de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal¹²²

Para entender la eficacia de las normas laborales, especialmente en lo concerniente a las obligaciones en materia de seguridad social y parafiscales, en esta sección se presentan los datos reportados por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal (UGPP).¹²³ Esta Unidad se encuentra adscrita al Ministerio

¹²² La información que se presenta en esta sub-sección fue recopilada a través de varios derechos de petición que fueron radicados ante la entidad.

¹²³ La UGPP fue creada mediante la Ley 1151 de 2007 en su artículo 165, teniendo como objetivo primordial la fiscalización de los aportes al sistema general de seguridad social y parafiscal en el país. Apenas en el año 2013 la Unidad adquirió competencia para imponer sanciones mediante la Ley 1607 de 2012, enfocándose en las sanciones por omisión e inexactitud. Posteriormente, el artículo 314 de la Ley 1819 de 2016 adicionó la sanción por mora, siendo modificada junto con las otras sanciones por el artículo 121 de la Ley 2010 de 2019. De esta forma, la capacidad sancionatoria de la UGPP, específicamente relacionado con la cuantía de las sanciones, ha sido objeto de múltiples reformas por parte del legislador, siendo un indicio de la importancia que tiene el papel fiscalizador en la persuasión para lograr el cumplimiento de las obligaciones laborales y tributarias a cargo de un grupo específico.

de Hacienda y fue creada para fiscalizar y vigilar los cobros y aportes al sistema de seguridad social realizados por los empleadores y trabajadores dependientes e independientes, que, en caso de no hacer los aportes correspondientes, pueden ser considerados evasores del sistema y ser objeto de sanciones. Al ser la UGPP la entidad encargada identificar y fiscalizar a los evasores del sistema de seguridad social y parafiscal, cuenta con datos cuantitativos relativos al número de sanciones, el porcentaje de evasores y la tasa de evasión en el país.

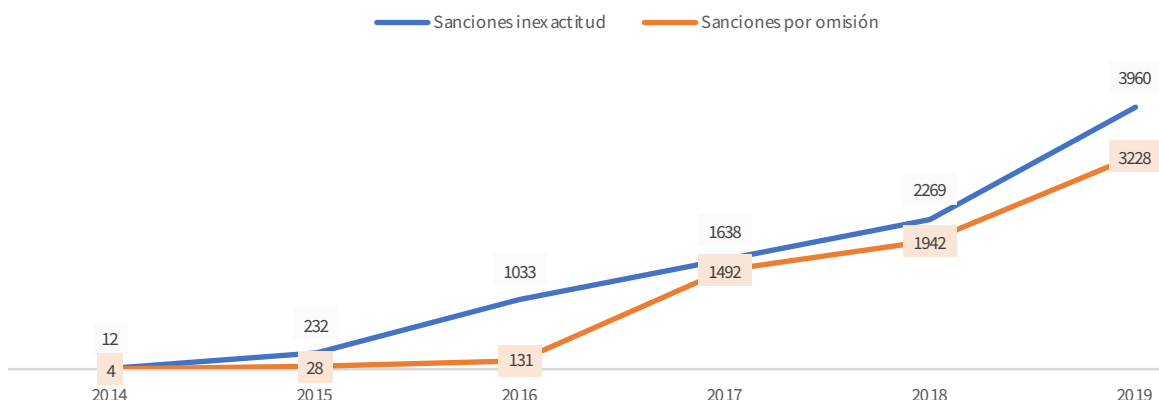
El principal límite de la información que se presenta en esta sección, es que el universo preciso de ciudadanos que deberían hacer aportes al sistema de seguridad social y parafiscales es desconocido por la UGPP. Esto es así porque no existe información suficiente para saber cuáles sujetos en realidad se encuentran dentro de una relación laboral y, por lo tanto, tienen obligaciones directas con el sistema de seguridad social y parafiscal y cuáles son trabajadores independientes con capacidad de pago y tienen la obligación de cotizar como independientes. Dado que el universo de todos los obligados es desconocido para la UGPP, los números de sanciones que se presentan a continuación reflejan simplemente las sanciones impuestas y no qué porcentaje del universo total representan.

Pese a lo anterior, la UGPP sí está en la capacidad de establecer una tasa de evasión para trabajadores dependientes e independientes obligados a realizar aportes al sistema general de seguridad social y a parafiscales. La tasa se construye con la información proveniente de las siguientes bases de datos: PILA, GEIH y el RUA. Esta información es sistematizada conjuntamente por la UGPP indagando por los sujetos evasores de sus obligaciones al sistema general de seguridad social y sus obligaciones en materia de parafiscales, concentrándose principalmente en las categorías de trabajador dependiente y trabajador independiente.¹²⁴

Dentro de su competencia de fiscalización, la UGPP adelantó 23.276 procesos administrativos entre los años 2011 y 2019, de los cuales 18.428 terminaron en sanciones. Sin embargo, es imposible identificar si las sanciones corresponden a la evasión de las obligaciones en materia de seguridad social o de parafiscales, ya que el sistema en el que se reportan las sanciones no las discrimina por tipo de aportes.

En lo que concierne a los motivos de las sanciones interpuestas por la UGPP en el 2019, 3.960 fueron por inexactitud y 3.228 por omisión (no pago de las obligaciones en materia parafiscal y tributaria) (gráfica 27).

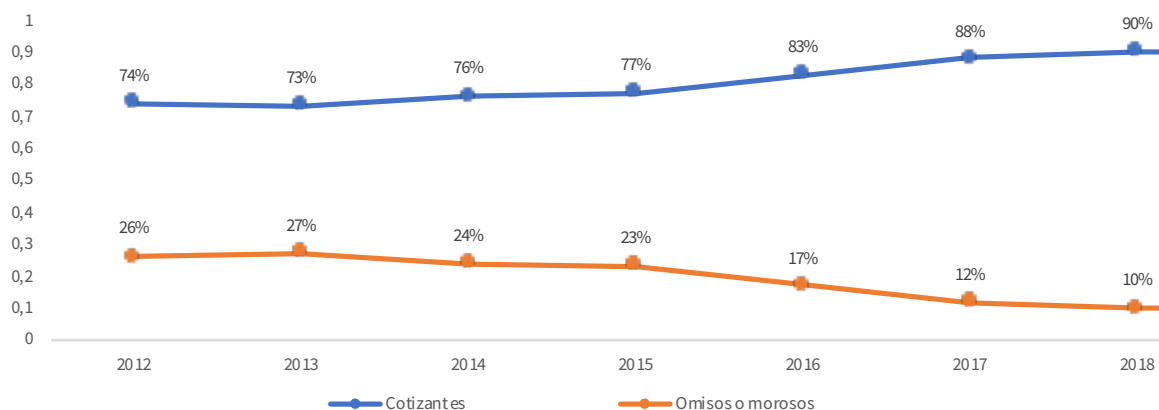
124 Personas que no realizan cotizaciones al sistema estando obligadas a hacerlas.



GRÁFICA 27. Sanciones por evasión UGPP (2014-2019).

Fuente: Elaboración propia. Datos procesados de la UGPP (2014-2019).

Por otro lado, frente al número de trabajadores dependientes que evaden sus obligaciones, la UGPP cuenta con una proyección del porcentaje de evasión cruzando los datos de la PILA, la GEIH y el RUA. Del contraste entre esas dos bases de datos, se observa que aproximadamente un millón de trabajadores dependientes no se encontraban afiliados al sistema de salud (10 %) y aproximadamente dos millones doscientos mil de ellos no cotizaban al sistema de pensiones (21 %) en el 2019¹²⁵ (gráficas 28 y 29). Además, la gráfica 28 muestra una tendencia a la reducción de los omisos o morosos del sistema de salud y un estancamiento cercano al 10 % en los últimos dos años.

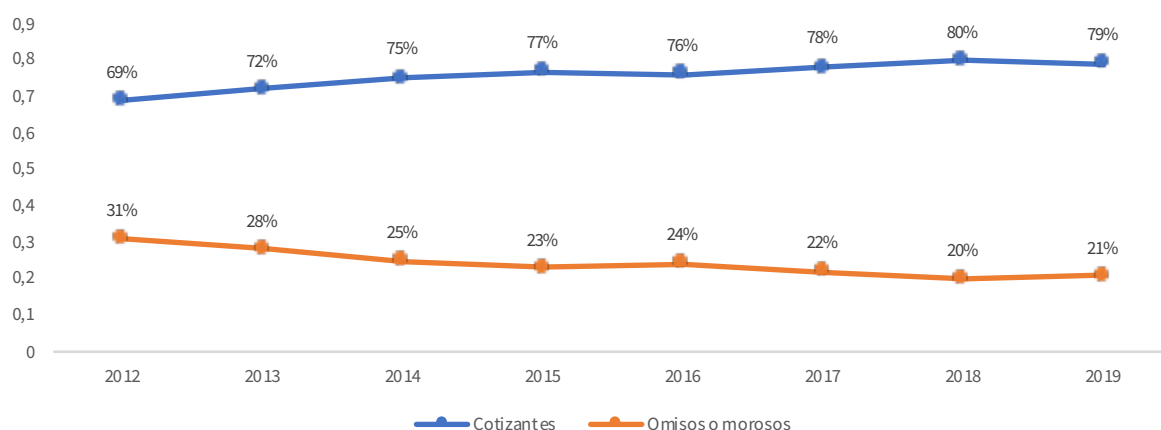


GRÁFICA 28. Número de trabajadores dependientes cotizantes y evasores en el sistema de salud.

Fuente: Elaboración propia. Datos procesados de la UGPP (2012-2019).

¹²⁵ Unidad de Pensiones y Parafiscales (5 de febrero de 2021). Respuesta al radicado No. 2021200500038752.

En contraste, la gráfica 29 muestra que durante todo el periodo estudiado el número de trabajadores dependientes evasores en el sistema de pensiones es más alto que el de los evasores en salud. Para 2019, el 21 % de trabajadores eran omisos o morosos del sistema de pensiones. La reducida variación de estos datos en los últimos años hace pensar a la UGPP que estamos en presencia de un incumplimiento estructural.¹²⁶



GRÁFICA 29. Número de trabajadores dependientes cotizantes y evasores en el sistema de pensiones.

Fuente: Elaboración propia. Datos procesados de la UGPP (2012-2019).

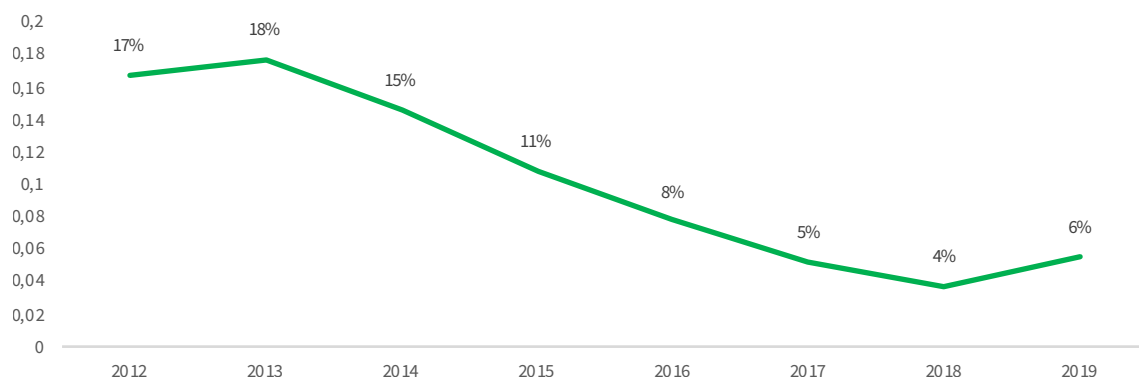
En esa misma línea, entre el año 2012 y el año 2019, la tasa de evasión de los trabajadores dependientes en sus obligaciones en materia de seguridad social¹²⁷ y parafiscales¹²⁸ disminuyó más de 11 puntos porcentuales. Entre el año 2018 y el año 2019, la tasa de evasión aumentó 2 puntos porcentuales, lo cual, según la UGPP, indica un retroceso en la senda de reducción de la evasión que puede tener su causa en el deterioro del mercado laboral¹²⁹ (gráfica 30).

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ Cotizaciones a salud, pensión y riesgos laborales.

¹²⁸ Aportes a las cajas de compensación familiar, ICBF y SENA.

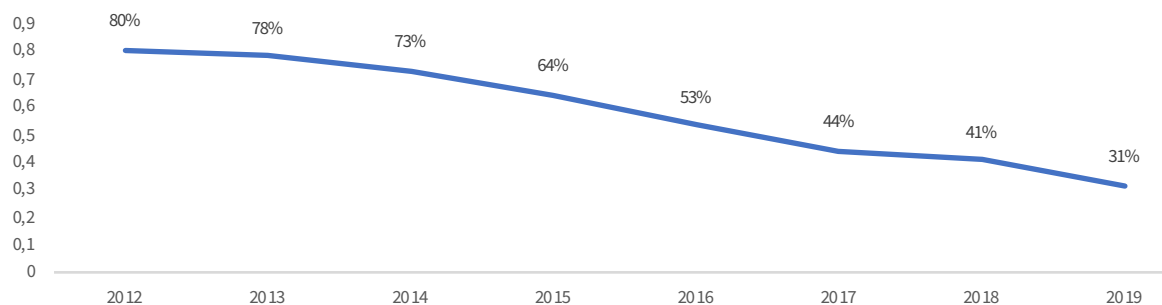
¹²⁹ Unidad de Pensiones y Parafiscales (5 de febrero de 2021). Respuesta al radicado No. 2021200500038752.



GRÁFICA 30. Tasa de evasión de los trabajadores dependientes.

Fuente: Elaboración propia. Datos procesados de la UGPP (2012-2019).

Frente a los trabajadores independientes la UGPP también cuenta con datos consolidados sobre su nivel de aportes al sistema general de seguridad social. Como lo muestra la gráfica 31 si se compara la tasa de evasión, los trabajadores independientes evaden mucho más sus obligaciones con el sistema general de seguridad social, ya que esta tasa se encontraba en el 31 % en el 2019, quintuplicando la tasa de evasión de los trabajadores dependientes. Estos datos son el resultado del número de trabajadores independientes que no cotizaron a salud (37 %) y a pensión (43 %) en el 2019.



GRÁFICA 31. Tasa de evasión de los trabajadores independientes.

Fuente: Elaboración propia. Datos procesados de la UGPP (2012-2019).

7.

Conflictividad laboral en Colombia

Para iluminar las principales causas de los problemas jurídicos laborales en el país, esta sección ofrece una descripción de la conflictividad laboral, es decir, de las disputas que con más frecuencia llevan a empleadores y trabajadores a acudir ante un juez de la república. El análisis de la conflictividad laboral es relevante ya que ofrece un panorama “desde abajo” del nivel de cumplimiento de las normas laborales, y recoge información a partir de la cual hacer diagnósticos de la situación laboral del país así como entender las prioridades para el diseño de políticas eficaces de empleo.

Esta sección está dividida en ocho partes. En la primera parte se presenta la principal investigación sobre conflictividad laboral en Colombia en los últimos años que sirve como parámetro de comparación para los hallazgos de este trabajo. En la segunda parte, como datos de contexto para este informe, se presenta información estadística sobre las necesidades jurídicas en el país. La tercera y cuarta parte recogen información sobre conflictividad laboral de un grupo de consultorios jurídicos universitarios y centros de atención jurídica gratuita o de bajo costo. Finalmente, las partes cinco a ocho recogen similar información proveniente de las siguientes entidades: Defensoría del Pueblo, Ministerio del Trabajo, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.

7.1 La conflictividad laboral en Colombia hace 20 años.

El Caleidoscopio de las Justicias

Existen pocos antecedentes de investigaciones que se hayan ocupado de estudiar la justicia laboral en el país. Hasta donde sabemos, el estudio más completo y reciente que existe sobre la jurisdicción laboral es el trabajo de Cesar Rodríguez para el libro *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia en 2001*. En el capítulo correspondiente, Rodríguez presenta un análisis de las estadísticas más relevantes sobre el acceso a la jurisdicción laboral, la naturaleza de los conflictos que más se ventilaban en esa jurisdicción, la clase de procesos, los tiempos de respuesta y los resultados dentro de los procesos. Rodríguez ofrecía, además, una caracterización de los usuarios de la administración de justicia en esa especialidad. Las fuentes de información del estudio fueron de dos tipos. Por un lado, Rodríguez contaba con información sobre la conflictividad judicial recopilada por el DANE entre 1973 y 1994 publicada en el informe “La justicia Colombiana en cifras 1973-1994”. Por otro lado, el autor hizo un análisis de los datos recolectados en 25 juzgados y 16 inspecciones de trabajo en Bogotá, Medellín, Cali, Neiva y Tunja en el que se estudiaron 155 conciliaciones y 238 procesos judiciales escogidos aleatoriamente.

Entre los varios resultados interesantes de esa investigación, se resaltan los siguientes: i) a partir de la distribución porcentual de pretensiones el autor concluye que la justicia laboral era utilizada fundamentalmente para reivindicar el pago de prestaciones económicas (en primer lugar, estaba la indemnización, seguida del pago de cesantías e intereses de las mismas, el pago de primas y salarios).¹³⁰ ii) La congestión laboral fue creciendo a medida que los ingresos de procesos eran mayores a los egresos por año, llegando a tener una congestión judicial del 47 % para el año 1995; iii) el 99 % de los demandantes eran trabajadores. Y por último iv) frente a los resultados procesales el autor encuentra que entre el 43 y el 51 % de los procesos ordinarios terminaban con una sentencia totalmente desfavorable para el trabajador.

Los datos con los que contamos actualmente impiden replicar un estudio como el de Rodríguez. De un lado, el DANE dejó de recopilar información judicial del país, tarea que hoy asume el Consejo Superior de la Judicatura con parámetros que hacen imposible la comparación con los datos previos. De otro lado, asumir un esfuerzo de recopilación de información de expedientes judiciales que fuera representativo para el nivel nacional excedía las posibilidades del trabajo de este capítulo de la misión de empleo.

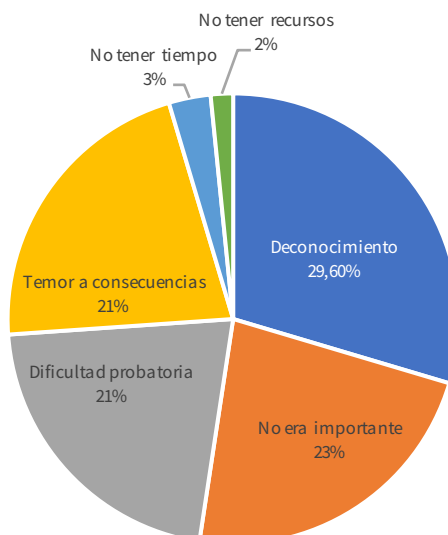
7.2 Necesidades jurídicas en Colombia en materia laboral (2016 y 2021)

En el año 2016 el DANE incluyó un módulo de preguntas enfocadas en identificar las necesidades jurídicas en la Encuesta de Calidad de Vida caracterizando la demanda de justicia en el país a partir de las opiniones de los ciudadanos. De acuerdo con el informe elaborado por el DNP en el año 2016, se encontró que en materia laboral las necesidades jurídicas representaron el 3 % del total de las necesidades a nivel nacional.¹³¹ Se encontró que los problemas a los que más se enfrentaban los ciudadanos en materia laboral fueron: pago de salarios (45 %), despido y pago de liquidaciones (23 %) maltrato (17,9 %) y condiciones laborales (10,2 %).¹³² Por último, el informe indica que la mayor barrera para acceder a la justicia laboral es el desconocimiento del ciudadano de sus derechos laborales o los mecanismos de justiciabilidad (gráfica 32).

130 RODRÍGUEZ, Cesar. La Justicia laboral. En: SOUSA SANTOS, Boaventura de y GARCIA VILLEGAS, Mauricio. El caleidoscopio de las justicias en Colombia: Análisis socio-jurídico. Bogotá: Siglo de Hombre Editores, 2001. P.631.

131 DNP. 2016. Necesidades jurídicas en Colombia 2016. Recuperado de <https://onedrive.live.com/?authkey=%21ACXaCJsVUclMU4Q&cid=29FEF95E5619B0D2&id=29FEF95E5619B0D2%213133&parId=29FEF95E5619B0D2%213124&o=OneUp>.

132 Ídem.



GRÁFICA 32. Razones para no hacer nada frente a los conflictos laborales.

Fuente: Elaboración propia. Datos procesados por el DNP. 2017.

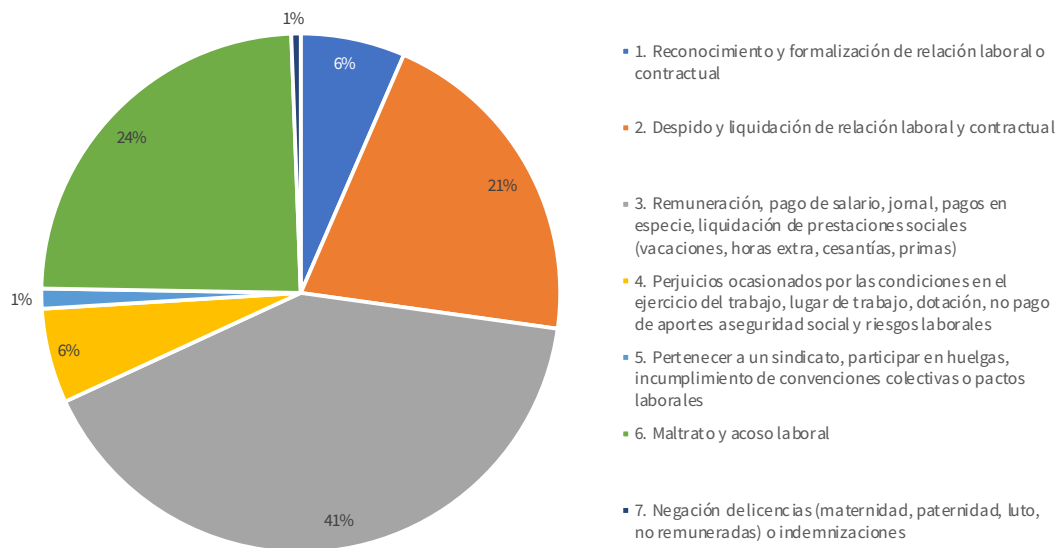
Sin embargo, un informe realizado por el DNP y el Banco Mundial en 2017 llega a resultados diferentes utilizando los mismos datos. Este último estudio encontró que las necesidades jurídicas en materia laboral eran del 14,2 %. De acuerdo con los nuevos cálculos, este grupo de necesidades jurídicas ocuparían el tercer lugar en importancia, luego de conflictos con los vecinos y temas de salud.¹³³

Durante el primer semestre de 2021, el Ministerio de Justicia, el Departamento Nacional de Estadística (DANE) y el Departamento Nacional de Planeación (DNP) presentaron los principales resultados del estudio y análisis de las necesidades jurídicas en Colombia, el cual fue fruto de la Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana realizada en el año 2020. Esta encuesta incorporó un capítulo con el objetivo de identificar y caracterizar los problemas justiciables y las necesidades jurídicas de las personas mayores de 18 años durante los años 2018 y 2019.¹³⁴

¹³³ El cambio en el porcentaje tiene que ver con un cambio en la metodología de análisis. Para estos cálculos, los autores utilizaron datos de todos los módulos de la Encuesta de Calidad de Vida (ECV), no solo del módulo de necesidades jurídicas. De esta manera, contrastaron situaciones que podrían ser consideradas como problemas justiciables, pero que no fueron declaradas por los encuestados en el módulo dispuesto para ello. Por ejemplo, se contrastó población que, en el módulo de salud de la ECV dijo haber interpuesto una tutela para acceder al sistema de salud, pero que, en el módulo de necesidades jurídicas no declaró haber tenido problema alguno relacionado con salud.

¹³⁴ Este capítulo permite identificar las Necesidades y Problemas Jurídicos por medio de información autorreportada por el ciudadano, categorizando los problemas en 15 categorías.

Frente a los problemas relacionados con el empleo en esta encuesta se repite la tendencia encontrada en los espacios judiciales que se presentará en las siguientes secciones: la mayor conflictividad surge a raíz del incumplimiento de las obligaciones del empleador y el pago de las erogaciones económicas que implica una relación laboral. De hecho, ese ítem agrupa el 41 % del total. A este problema lo siguen en orden de relevancia el maltrato y el acoso laboral (24 %), problemas relacionados con la terminación de vínculo laboral (21 %) y el reconocimiento y formalización de la relación laboral (6 %) (gráfica 33).¹³⁵



GRÁFICA 33. Estimaciones puntuales para la distribución nacional de tipologías de problemas justiciables en la categoría de empleo.

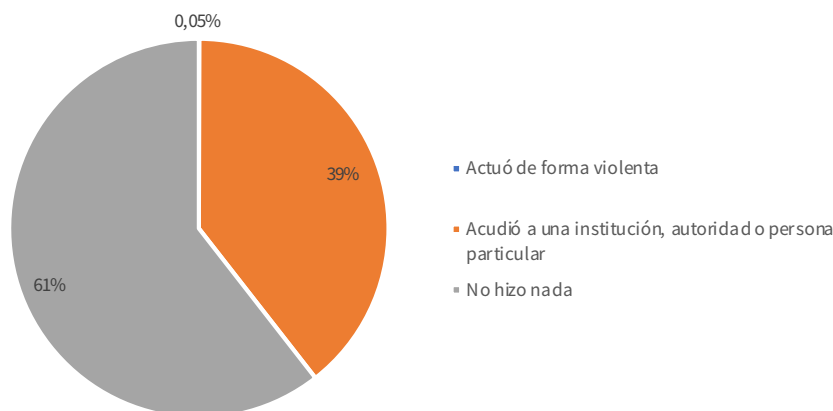
Fuente: Elaboración propia. Datos procesados por el DNP, 2021.

Un rasgo llamativo de los resultados de esta encuesta es el alto porcentaje personas que pese a tener un problema justiciable en la categoría de empleo no hizo nada para solucionarlo (61 %). En contraste, solo el 39 % acudieron a las instituciones o a un tercero para solucionar dicho problema lo que sugiere una baja confianza ciudadana en las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de las normas laborales en el país.¹³⁶ (Gráfica 34)

Dentro del concepto de problema caracterizado la participación de los conflictos relacionados con el empleo en el total de conflictividad es del 3 %.

¹³⁵ DNP (2021). Necesidades jurídicas en Colombia 2020. Identificación y caracterización. Bogotá: DNP (no publicado).

¹³⁶ DNP (2021). Necesidades jurídicas en Colombia 2020. Identificación y caracterización. Bogotá: DNP (no publicado).



GRÁFICA 34. Rutas de acción para solucionar los conflictos laborales.

Fuente: Elaboración propia. Datos procesados por el DNP. 2021.

7.3 Una mirada desde abajo. La conflictividad laboral en los consultorios jurídicos universitarios

Por conflictos laborales nos referiremos, en esta sección, al conjunto de disputas que surgen durante el transcurso de una relación de trabajo o al momento de su culminación. De acuerdo con las normas laborales colombianas, se entiende que existe una relación laboral entre un trabajador y un empleador siempre que concurren los siguientes tres elementos: i) prestación personal de un servicio, ii) que el servicio se preste de manera subordinada y iii) que haya un pago, o una remuneración por el servicio prestado. La ley es clara en señalar que independientemente de la forma del contrato (sea verbal o escrito) y del nombre que se le dé al contrato (p. ej prestación de servicios, mandato, corretaje) cuando esos tres elementos estén presentes en la relación entre dos partes contratantes, habrá lugar a la declaratoria judicial del contrato realidad. A esta figura, propia del derecho laboral, se la denomina el principio de primacía de la realidad sobre las formas jurídicas.¹³⁷

¹³⁷ Al respecto ha dicho la Corte Constitucional, en uno de muchos pronunciamientos que “Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento de la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta un servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral (...) C-665/98.

La atención jurídica gratuita que por obligación legal¹³⁸ brindan los consultorios jurídicos del país no solo hace parte de la educación jurídica y humana que reciben los estudiantes de derecho,¹³⁹ sino que además presta un servicio social a las personas que no tienen los recursos económicos para costear un abogado, pues les garantiza acceso a servicios legales para acudir a la administración de justicia. Lo anterior tiene aún más relevancia en el contexto colombiano en el cual para el año 2019 el 35,7 % de la población estaba en condición de pobreza monetaria y al 9,6 % en pobreza monetaria extrema¹⁴⁰ haciendo que, en muchas ocasiones, los consultorios jurídicos sean la única alternativa de esta población para canalizar sus necesidades jurídicas.

El país cuenta en la actualidad con 191 facultades de derecho reportadas en el Sistema Nacional de Información para la Educación Superior.¹⁴¹ Sin embargo es imposible conocer cuántas de estas facultades tienen consultorios jurídicos activos, ya que esta información no se encuentra consolidada en ninguna base de datos.¹⁴² De hecho, la entidad encargada de autorizar el funcionamiento de los consultorios jurídicos, el Consejo Superior de la Judicatura, únicamente cuenta con los datos consolidados desde el 2013, año en el cual adquirió dicha competencia. A partir de entonces ha reportado la autorización de funcionamiento de 44 consultorios jurídicos.¹⁴³ Esta situación es preocupante ya que denota que ninguna entidad conoce el consolidado total de consultorios jurídicos en el país, haciendo difícil en análisis de la gestión del conflicto en este nivel.

Pese a no conocer con certeza cuantos consultorios jurídicos existen en la actualidad en el país, como parte de esta investigación solicitamos información relevante a un grupo de veintidós consultorios de los cuales ocho

138 Decreto 196 de 1971 y la Ley 583 de 2000. Por ejemplo, el artículo 1 de la Ley 583 de 2000 señala que: “Los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho, son abogados de pobres y como tales deberán verificar la capacidad económica de los usuarios”.

139 Recalde, G., Blanco, T. L., & Bonilla Maldonado, D. (2017). Justicia de pobres: Una genealogía de los consultorios jurídicos en Colombia. *Revista de Derecho*, (47), 4-72.

140 Informe técnico del DANE sobre pobreza monetaria. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/pobreza-y-desigualdad/pobreza-monetaria-y-multidimensional-en-colombia-2019>

141 Sistema Nacional de Información para la Educación superior en Colombia (2021) Programa de Educación superior Derecho. Recuperado de: <https://hecaa.mineducacion.gov.co/consultaspublicas/programas>

142 Dentro de los consultorios registrados en la base de datos del Ministerio de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura se reportan 89 consultorios jurídicos, sin embargo, únicamente se reportan aquellos que hacen parte de la Red Tejiendo Justicia Datos Abiertos Gov. co (3-03-2021) Ministerio de Justicia y del Derecho. Recuperado de: <https://www.datos.gov.co/Justicia-y-Derecho/Directorio-consultorios-jur-dicos-de-la-Red-Tejien/4cym-4b76>

143 Consejo Superior de la Judicatura (5 de noviembre de 2020) Radicado MJD-OFI20-0033046-DJF-2200).

respondieron nuestra solicitud.¹⁴⁴ Hicimos un esfuerzo por abarcar consultorios ubicados dentro de los distritos judiciales de mayor conflictividad laboral en el país como son Bogotá, Valle del Cauca, Antioquia y Atlántico. El rango temporal de nuestra solicitud fue 2019-2020, dado que era la información que tenían disponible varios consultorios jurídicos. Nuestra solicitud de información puso de presente que ninguna entidad del Estado tiene asignada la tarea de recopilar esta información como lo reconocieron el Ministerio de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura.¹⁴⁵ Es decir, el Estado colombiano no cuenta con información proveniente de la conflictividad laboral de las 191 facultades de derecho que existen a nivel nacional. Dado que las universidades no tienen el deber de reportar, cada una ha diseñado un sistema propio de organización y reporte de conflictos con distintas clasificaciones que varían según la universidad, lo que dificulta la comparación de resultados entre ellas.

La falta de recolección de esta información por parte de alguna entidad del Estado es una oportunidad perdida para entender los conflictos que aquejan a los trabajadores de base y ofrecer mecanismos de solución de conflictos o políticas laborales particularmente diseñadas para esa población vulnerable. Contar con información de estos conflictos permitiría, por ejemplo, entender cuánto de la conflictividad laboral del país pasa por los consultorios jurídicos y centros de atención laboral de bajo costo, es decir, cuánta de la conflictividad total del país aqueja a los ciudadanos de menores recursos y cuáles son los motivos de esos conflictos. A su vez, esta información permitiría al Ministerio del Trabajo promover campañas pedagógicas para que empleadores y trabajadores conozcan el contenido de la ley, los deberes y obligaciones de cada una de las partes y los efectos de su incumplimiento. Por su afinidad con los temas del trabajo, es importante que esta información se recoja, por ejemplo,

144 Las siguientes universidades nos ayudaron en el levantamiento de la información relevante para esta misión, lo que en muchos casos significó esfuerzos y trabajo adicional al que ya asumen esas instituciones: Universidades de los Andes, EAFIT, Externado de Colombia, ICESI, Industrial de Santander, del Norte, Nacional de Colombia y del Rosario. Agradecemos al personal de los consultorios jurídicos de estas universidades que no sólo nos enviaron la información que les pedimos, sino que se reunieron con nosotros para explicarnos sus formas de sistematizar la información. Los miembros de sus consultorios jurídicos atendieron nuestras dudas y en ocasiones respondieron a solicitudes adicionales de información.

145 Como lo señala el Ministerio de Justicia “El artículo 627 numeral 5° del Código General del Proceso, en el artículo 2.2.7.2.2 del Decreto 1069 de 2015, y el Acuerdo PSAA13-9902 de 2013, se establece que, el Consejo Superior de la Judicatura es la entidad encargada de aprobar el funcionamiento de los Consultorios Jurídicos, además de realizar, en concordancia con la autonomía de la Rama Judicial, el correspondiente seguimiento al rendimiento en el funcionamiento de la jurisdicción laboral”. Sin embargo, “En lo que atañe a los números de casos, número de procesos y consultas frecuentes que atienden los consultorios jurídicos en materia laboral, es necesario precisar que esta información es administrada de manera exclusiva por los consultorios jurídicos, ya el funcionamiento interno de los mismos se encuentra cobijado por el principio de la autonomía” Ministerio de Justicia y Derecho (5 de octubre de 2020) Respuesta comunicación MJDEXT20-0053170.

por el Ministerio de Justicia o del Trabajo, la Defensoría del Pueblo, o el Consejo Superior de la Judicatura.

Como tendencias generales dentro de los consultorios jurídicos que respondieron a nuestra solicitud, encontramos que la conflictividad laboral es un asunto que ocupa un porcentaje alto dentro de los casos que conocen estas instituciones. En efecto, el área laboral de varios consultorios¹⁴⁶ está entre las tres áreas con mayor número de casos y procesos activos lo que muestra el peso que tiene la conflictividad entre empleadores y trabajadores en este primer nivel de análisis.

También logramos identificar que en todos los consultorios consultados las causas más recurrentes de consulta incluyen a las siguientes: el pago de acreencias laborales, pago de salarios, indemnizaciones y el pago de prestaciones sociales. Los temas mencionados suelen englobarse en el incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones económicas que acarrea la relación laboral.

7.4 La conflictividad laboral en los Centros de atención jurídica gratuita o de bajo costo: la Fundación Probono y el Consultorio Jurídico Popular

En adición a la información recogida de los consultorios jurídicos, solicitamos información de estos dos centros de atención jurídica para población vulnerable con el fin de contrastar los hallazgos de los consultorios jurídicos.

La Fundación Pro bono es una entidad sin ánimo de lucro que busca facilitar el acceso a la justicia y garantizar la prestación de una asesoría jurídica de alta calidad a personas y comunidades vulnerables. En esta organización, los casos en materia laboral representaron aproximadamente el 18 % de los casos que recibió la fundación, ubicándola, en el 2019, como la segunda área en número de casos.

Los ejes temáticos más frecuentes fueron los conflictos que versan sobre acreencias laborales e indemnizaciones por terminación del contrato de trabajo; los conflictos suscitados por fueros, los casos relacionados con acoso laboral y casos que buscaban la declaratoria de la existencia de una relación laboral.

¹⁴⁶ Los consultorios de la Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Universidad ICESI, Universidad del Norte y Universidad de EAFIT. Lastimosamente en los otros 3 consultorios (Universidad del Rosario, Universidad Externado de Colombia y Universidad Industrial de Santander) fue imposible obtener esos datos.

Por su parte, el Consultorio Jurídico Popular es una fundación sin ánimo de lucro que desde 1971 presta asesoría y servicios jurídicos a personas que no cuentan con los recursos económicos para acceder a un abogado. Esta labor es auspiciada por el Banco Popular, se lleva a cabo en Bogotá y se enfoca en las áreas de familia, civil, penal y laboral. A diferencia de la Fundación Pro bono el Consultorio Jurídico Popular ofrece servicios jurídicos a bajo costo.

En lo que concierne a el área de laboral, sus casos representaron aproximadamente el 17 % del total de casos que llevaba esta institución entre 2019 y 2020 . Las causas que se presentaron con mayor frecuencia fueron la falta de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores, seguidos por casos de aplicación del principio de la primacía de la realidad, el pago de aportes a seguridad social en pensiones, y el reconocimiento de derechos pensionales.

7.5 La conflictividad laboral vista desde la Defensoría del Pueblo

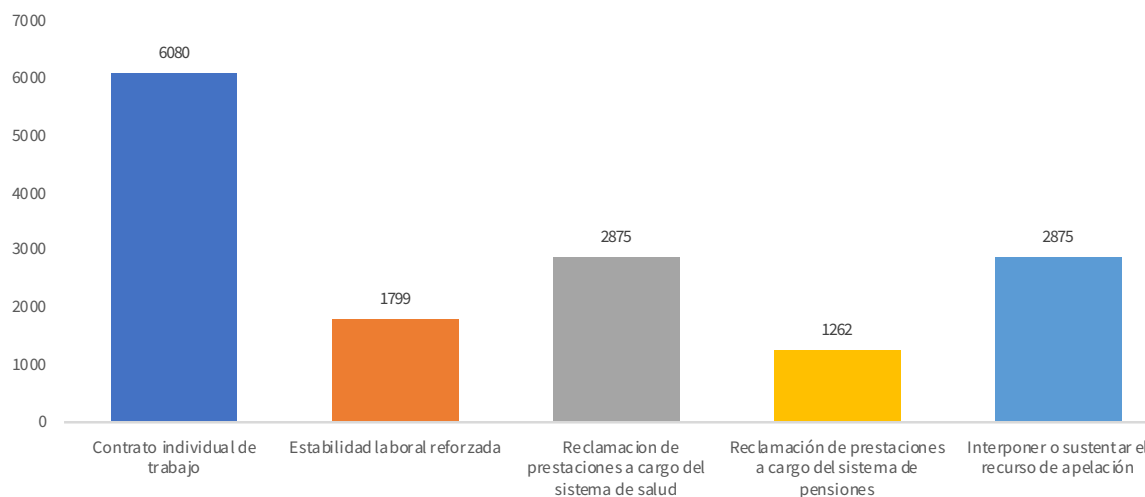
La Defensoría del Pueblo es un órgano constitucional y autónomo que, entre otras funciones, presta el servicio gratuito de defensa y representación judicial y extra-judicial a la población que tiene una imposibilidad económica o social para acceder a la defensa de sus derechos. Su especialidad son las necesidades jurídicas en materia de acceso a la justicia.¹⁴⁷ En consecuencia, la Defensoría es un espacio propicio adicional para ofrecer una lectura de la conflictividad en materia laboral, especialmente dado que esta institución tiene 38 sedes a nivel nacional y presencia en todos los departamentos del país.

Dentro de los datos disponibles¹⁴⁸ se puede resaltar la alta prevalencia de consultas sobre el contrato individual del trabajo, los temas relacionados con la estabilidad laboral reforzada y los concernientes a reclamaciones de prestaciones en materia de seguridad social, siendo estos conflictos los más frecuentes en el año 2019 (gráfica 35).¹⁴⁹

147 Se entiende que una persona carece de medios para asumir su defensa técnica, cuando no cuenta con los suficientes recursos para proveer a su subsistencia, ni a la de las personas que de él dependen o, cuando teniéndolos, sólo alcanza a cubrir con ellos la satisfacción de su mínimo vital y se halla en incapacidad de destinarlos a la asistencia y representación judicial o extrajudicial de sus derechos. La ley 941 de 2005, reglamentó todo lo concerniente al Sistema Nacional de Defensoría Pública, particularmente, en su Título V.

148 Estos datos fueron obtenidos mediante un derecho de petición y una acción de tutela posterior ante la falta de respuesta de la entidad. Lamentablemente, alguna de la información proporcionada, por su generalidad y/o falta de precisión, no pudo ser utilizada en este informe.

149 Defensoría del Pueblo (2021). Respuesta de derecho de petición 01/02/2021.



GRÁFICA 35. Conflictos laborales 2019.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos disponibles la Defensoría del Pueblo (2019).

En esta entidad la conflictividad laboral ocupó el quinto puesto con un 5,16 % de casos, llevando en total 1,228 casos de los 23,809 casos reportados en su base de datos. De acuerdo con los datos desagregados de los derechos involucrados dentro de algunas asesorías y el número y tipo de procesos por año, las garantías que más conflictividad generan son las de seguridad social (derecho a salud, pensión y riesgos laborales), seguidas de los conflictos relacionados al contrato de trabajo (declaración de la relación laboral), en tercer lugar están los procedimientos laborales, en cuarto lugar los relacionados con el salario y en quinto lugar se encuentran los conflictos relacionados con las prestaciones sociales.¹⁵⁰

7.6 La conflictividad laboral a partir de las funciones de inspección vigilancia y control del Ministerio del Trabajo

El Ministerio del Trabajo tiene, entre otras, las funciones institucionales de fomentar políticas y estrategias para la generación de empleo, promover el respeto por los derechos fundamentales y las garantías de los trabajadores a través de sistemas efectivos de vigilancia, información, registro, inspección y control.¹⁵¹

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ Decreto 4108 de 2011.

Esta sub-sección está dividida en cinco partes que presentan información sobre las características y funciones de esta institución. En la primera se presentan datos sobre la inspección del trabajo, en la segunda los datos disponibles sobre quejas e investigaciones, en la tercera datos sobre conciliaciones que se llevan a cabo en sede administrativa y en la cuarta parte se presentan datos sobre acuerdos de formalización recientes. La quinta parte cierra con una sección en la que se presenta información sobre el presupuesto del Ministerio del trabajo y su destinación.

Caracterización de la inspección del trabajo

La inspección del trabajo es la principal herramienta de apoyo a los empleadores y trabajadores en materia del cumplimiento de las normas laborales, en la que el Ministerio despliega sus funciones preventivas, de policía administrativa, su función conciliatoria, de mejoramiento de la normatividad laboral, y de acompañamiento del cumplimiento de las normas laborales.¹⁵² Los inspectores deben promover el cumplimiento de la regulación laboral por empleadores y trabajadores en el país mediante (i) la persuasión y asesoramiento para crear una cultura de cumplimiento de la ley laboral; (ii) la adopción de medidas para la vigilancia y control de las normas laborales; (iii) la imposición de sanciones por el incumplimiento de la legislación laboral y (iv) su participación como un tercero imparcial para lograr una solución pacífica entre las partes involucradas en un conflicto laboral.

La importancia de la función de inspección surge, a su vez, de los compromisos internacionales que ha asumido Colombia ratificando los Convenios 81 y 129 de la OIT sobre la inspección del trabajo.

De acuerdo con las cifras oficiales del Ministerio del Trabajo, el país reporta que para el año 2020 había 904 cargos para ser ocupados por los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, igual cifra a los años anteriores desde 2018. Según información proporcionada por la misma entidad, de los 904 puestos disponibles para Inspectores en el 2021, tan sólo 595 de estos estaban nombrados en propiedad, 23 estaban en periodo de prueba, 8 se habían suplido mediante un encargo y 228 estaban nombrados mediante provisionalidad administrativa. Según estos datos, para marzo de 2021, de las 904 vacantes reportadas tan sólo 854 estaban ocupadas.¹⁵³

Con base en los datos expuestos, Colombia tiene un déficit de 54 % inspectores de trabajo. En efecto, los estándares internacionales de la OIT referidos

¹⁵² Ley 1610 de 2013.

¹⁵³ Ministerio del Trabajo (marzo de 2021). Respuesta al radicado 08SI2021420100000034303.

al número de inspectores de trabajo¹⁵⁴ disponen que debe existir al menos un inspector de trabajo por cada 10,000 trabajadores (o población ocupada en el país¹⁵⁵); cifra que no se compadece con los 904 inspectores existentes. Por el contrario, dado el número de personas ocupadas en el país, deberían existir 1969 inspectores de trabajo. Sumado a lo anterior, es preocupante que dentro de los perfiles profesionales de los cargos de inspectores de trabajo reportados en el 2019 solo el 66 % sean abogados, más aún cuando dentro de sus labores fundamentales está la vigilancia del cumplimiento de la normatividad laboral.¹⁵⁶

Otro factor que se debe tener en cuenta es que, para el 2019, el nivel de escolaridad de los inspectores se concentró en mayor medida en educación universitaria y tan solo el 30 % contaba para ese momento con estudios de especialización y un 2.1 % con estudios de maestría. Como lo sugieren abogados litigantes y jueces (sección 7), la formación en derecho laboral que se obtiene con un título de pregrado es insuficiente para asumir con solvencia las tareas del inspector del trabajo. Por ello, sería deseable que los inspectores de trabajo tuvieran un conocimiento especializado en temas de derecho laboral y de la seguridad social.

Por otro lado, frente a la labor de inspección y vigilancia, se indagó con los inspectores del trabajo sobre sus condiciones laborales y los problemas que, bajo su perspectiva, consideran que afectan el desenvolvimiento y la eficacia de las normas laborales y la labor de inspección y vigilancia. Los inspectores entrevistados coincidieron en que los inspectores del trabajo enfrentan una sobrecarga laboral pues son pocos con respecto a la carga laboral del Ministerio y cada uno de ellos tiene una gran cantidad de procesos asignados. Como resultado los inspectores entrevistados manifestaron que en muchas ocasiones deben trabajar más allá de la jornada laboral y deben realizar labores administrativas aparte de sus funciones de inspección.¹⁵⁷ Además, los inspectores manifestaron quejas

154 La OIT ha tomado como puntos de referencia razonables que el número de inspectores del trabajo, en comparación con el de trabajadores, debería ser de aproximadamente un inspector por cada 10.000 trabajadores en los países industriales con economías de mercado; un inspector por cada 15.000 trabajadores en los países con economías en fase de industrialización; un inspector por cada 20.000 trabajadores en los países con economías en transición, y un inspector por cada 40.000 trabajadores en los países menos desarrollados. (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La economía informal y el trabajo decente: una guía de recursos sobre políticas, apoyando la transición hacia la formalidad. Ginebra: OIT, 2013. Véase también ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Fundamentals of labour administration. Ginebra: OIT, 2010.)

155 Para agosto de 2020 la población ocupada era de 19,697,000 personas.

156 Por ejemplo entre los inspectores de trabajo en funciones en el año 2019, 122 eran administradores de empresas (12.4 %); 46 Ingenieros Industrial y Afines (5.1 %); 32 Economistas (3.5 %), 2 Ingenieros de Sistemas, Telemática y afines (0.2 %) y un médico. Información reportada en: Universidad Distrital Francisco José de Caldas & Ministerio del Trabajo (2019) Estudio Técnico para la modernización y Fortalecimiento del Ministerio del Trabajo. Convenio Interadministrativo No. 338 de 2019.

157 Por ejemplo, en uno de los relatos de una inspectora entrevistada, señala que “Mientras estuve en la Red de Bogotá, llegué a tener 700 procesos. El inspector de trabajo que menos

sobre las herramientas tecnológicas que tienen a su disposición para el registro y procesamiento de casos, las cuales consideran que no son idóneas pues en muchos casos por mal funcionamiento entorpecen la labor y demoran las tareas. Algunos de estos hallazgos coinciden con los resultados del Estudio Técnico para la Modernización del Ministerio del Trabajo, realizado por la Universidad Distrital en el 2019. En dicho estudio se encontró que las funciones ejercidas por los inspectores del trabajo tienen un alto grado de complejidad y que la destinación de tiempo por tareas oscila entre una y 28 horas.¹⁵⁸ También a causa de esta sobrecarga laboral, varios inspectores sienten que su trabajo no es adecuadamente remunerado.

Investigaciones¹⁵⁹ y quejas administrativas¹⁶⁰ adelantadas por el Ministerio

Dentro de las funciones de las inspecciones del trabajo se encuentran las investigaciones administrativas a través de las cuales se evalúa el cumplimiento de la regulación laboral. En lo que respecta a esta función, en la gráfica 36 se recogen las investigaciones administrativas, incluyendo las activas y finalizadas entre 2017 y 2019. En estos tres años se nota una tendencia al aumento de casos activos y a la reducción de los finalizados lo que sugiere que la entidad enfrenta congestión en sus procesos.

Adicionalmente, el Ministerio del Trabajo cuenta con información del número quejas presentadas ante los inspectores de trabajo con cohorte al 2019 en donde se incluyen las razones más frecuentes para presentar una queja por parte de los trabajadores desagregadas por año. A nivel nacional las quejas presentadas ante el Ministerio del Trabajo muestran que los trabajadores manifiestan su inconformidad frente al incumplimiento de las obligaciones especiales del empleador¹⁶¹ y el incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, siendo los dos registros con mayor número de quejas en todos los años (gráfica 37).

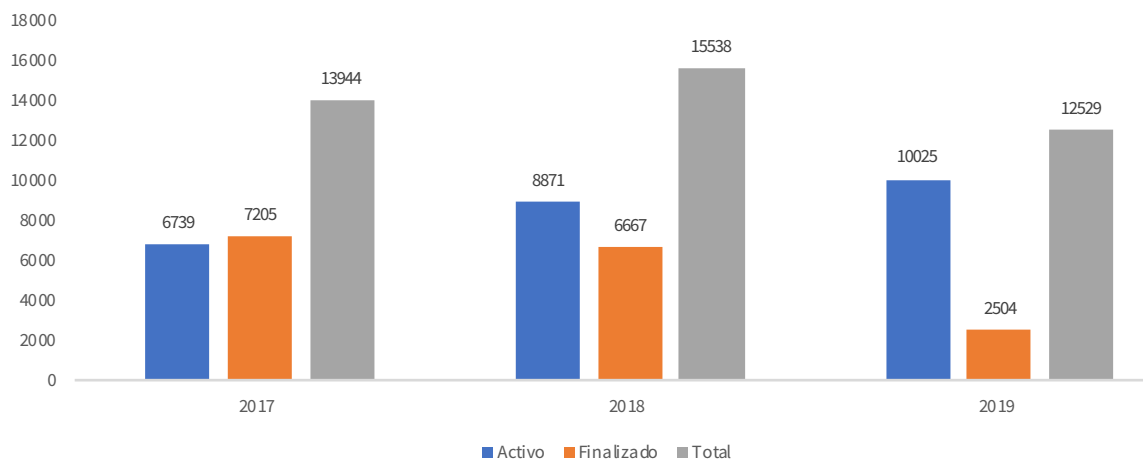
procesos tenía en febrero de 2020, tenía 123 procesos y el que más tenía, tenía aproximadamente 400 procesos. Adicional a eso los inspectores ejercen funciones administrativas, de inspección y vigilancia y de resolución de conflictos. Necesitamos de auxiliares técnicos que se dediquen a funciones administrativas”.

158 Por ejemplo, en un Acta de asistencia preventiva o reactiva en un caso de riesgos laborales los inspectores se demoran en promedio 3,8 horas; en un Acta de modificación de los estatutos de un sindicato se demoran en promedio 5 horas; en los acuerdos de formalización laboral alrededor de 28 horas; y así en otras labores que se detallan en el informe.

159 Los inspectores del trabajo pueden iniciar una actuación administrativa y asignar el conocimiento de la misma a la Unidad de Investigaciones Especiales o a una Inspección del Trabajo de manera oficiosa.

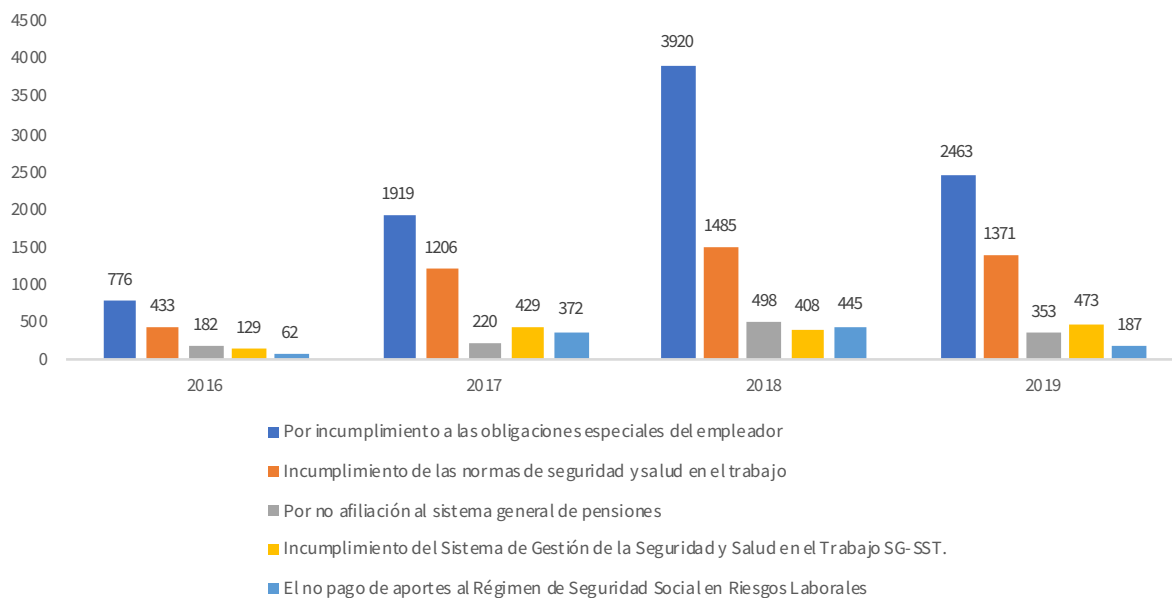
160 El inciso sexto del artículo 32 de la Ley 1562 de 2012, prevé que los Inspectores del Trabajo podrán recibir las quejas de los trabajadores de manera independiente, junto con cualquier recomendación de intervención de las inspecciones de trabajo en las empresas”.

161 El artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo trae 11 obligaciones especiales a cargo del empleador.



GRÁFICA 36. Investigaciones administrativas.

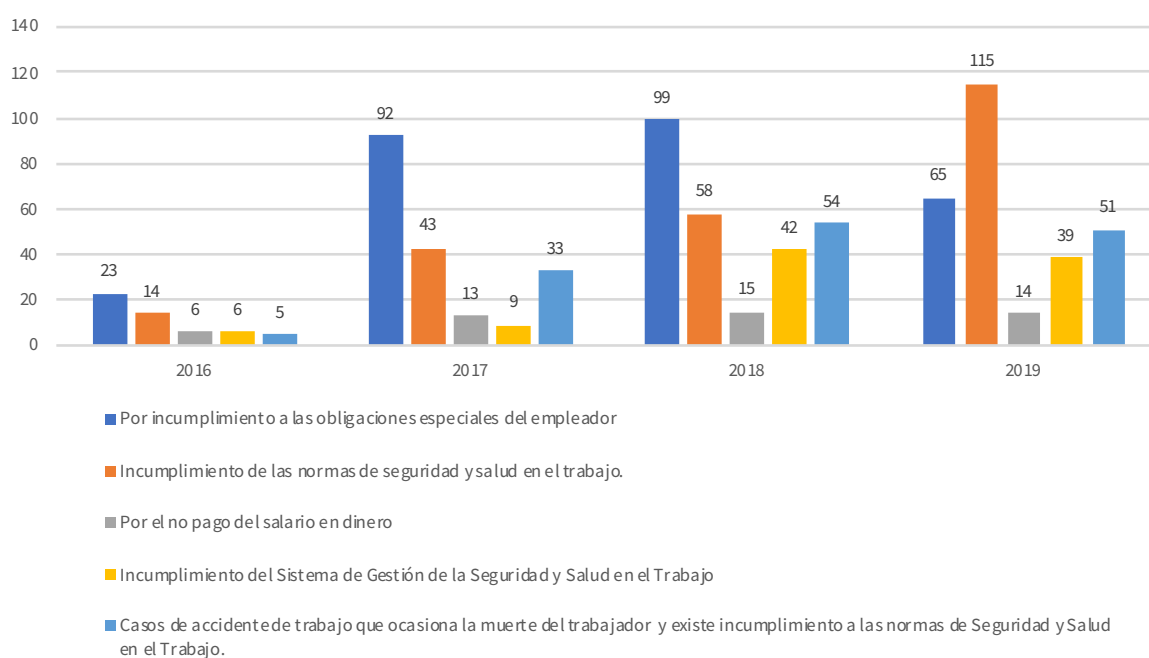
Fuente: Subdirección de Gestión Territorial Ministerio del Trabajo (2017-2020).



GRÁFICA 37. Quejas presentadas ante el Ministerio del Trabajo. Nivel nacional (2016-2019).

Fuente: Subdirección de Gestión Territorial. Ministerio del Trabajo (2016-2019).

Por otro lado, en el sector rural la presencia del Ministerio del Trabajo es ostensiblemente menor que en el urbano siendo muestra de ello el número de quejas presentadas en la zona rural. Frente a las causas que llevan a los trabajadores rurales ante los inspectores del trabajo sobresalen el incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo y el incumplimiento genérico de las obligaciones especiales del empleador siguiendo la tendencia registrada a nivel nacional (gráfica 38).



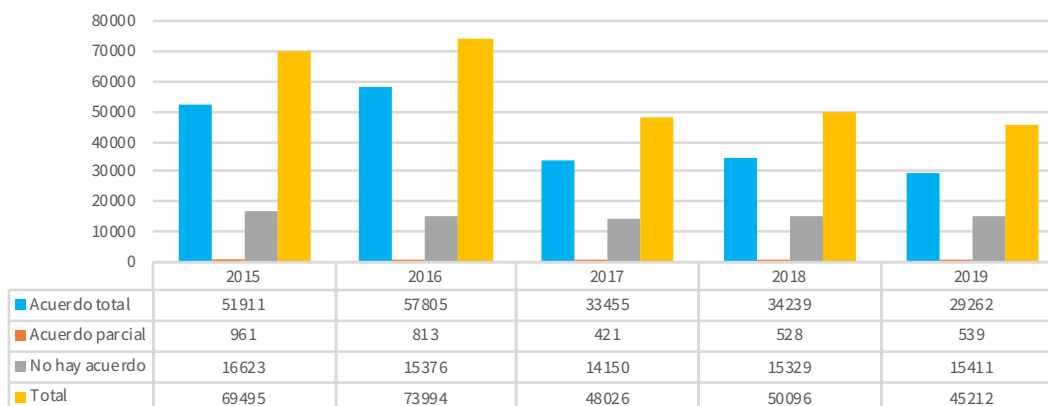
GRÁFICA 38. Quejas presentadas ante el Ministerio del Trabajo en el sector rural.

Fuente: Subdirección de Gestión Territorial, Ministerio del Trabajo (2016-2019).

Conciliación ante el Ministerio del Trabajo

Como se desprende del artículo 28 de la Ley 640 de 2001 y la sentencia C-893 del mismo año, en materia laboral la conciliación extrajudicial no constituye un requisito de procedibilidad judicial lo cual les otorga a las partes la capacidad de acudir de manera voluntaria a los Inspectores de Trabajo, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo y los agentes del Ministerio Público en materia laboral.

El Ministerio del Trabajo cuenta con un registro pormenorizado de los trámites conciliatorios en donde se encuentran el número de conciliaciones con acuerdo total, parcial y fallida. No contamos con suficiente información para explicar esta tendencia, pero la gráfica 39 muestra una reducción en las conciliaciones adelantadas en el Ministerio a partir de 2016:



GRÁFICA 39. Número de conciliaciones adelantadas (2015-2019).

Fuente: Subdirección de Gestión Territorial Ministerio del Trabajo (2015-2019).

Los datos muestran que, una vez las partes deciden acudir a una audiencia de conciliación ante un inspector del trabajo, la tendencia es a que la conciliación sea exitosa pues los acuerdos totales¹⁶² en 2019 alcanzan un 68 % y los acuerdos parciales un 10 %. De lo anterior, se deduce que gran parte de los conflictos laborales que son conocidos por los inspectores de trabajo en sus funciones conciliatorias no llegan a jurisdicción y se resuelven en el procedimiento conciliatorio adelantado por el Ministerio del Trabajo. En ese sentido, los inspectores de trabajo cumplen una función de gran importancia ya que, desde el punto de vista del trámite de conflictos laborales, actúan como una instancia facilitadora entre las partes para alcanzar de esta manera una solución amistosa a un conflicto laboral, reduciendo el número de casos que llegan a la jurisdicción.

Por otro lado, frente a la distribución de conflictos por causa y año tramitados mediante el mecanismo de la conciliación, contamos con información de los años 2016 a 2019. En ese periodo se pueden dilucidar unas conclusiones generales comunes a todos los años. En primer lugar, entre un 75 y un 85 % de conflictividad se centra en el pago de prestaciones sociales (cesantías, prima, intereses a las cesantías, auxilio de transporte) e indemnizaciones (por la terminación del contrato sin justa causa, indemnización moratoria, entre otras). Estos motivos de conflictividad reiteran el mismo patrón encontrado en los Consultorios Jurídicos y la Corte Constitucional como se verá adelante. En segundo lugar, entre el 18 y 6 % de los casos persiguen la declaratoria del contrato realidad. Estas dos categorías representaron el 94 % del total de las conciliaciones durante el periodo de tiempo analizado, mostrando una alta concentración en

¹⁶² Es decir, aquellos en los que existió un arreglo definitivo en todos los conflictos existentes.

estos temas que se podrían rotular conjuntamente en la categoría de incumplimiento de la legislación laboral.

Recursos del Ministerio del Trabajo y destinación

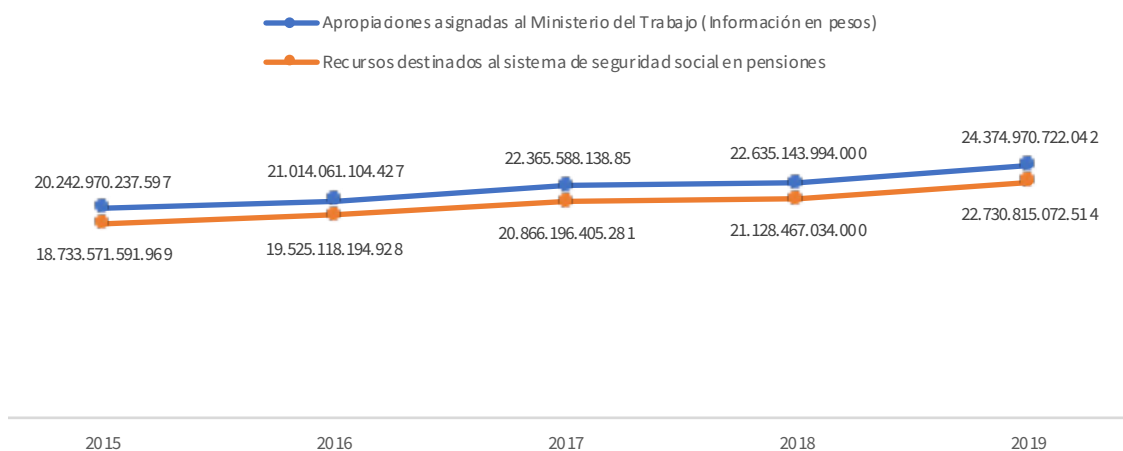
Por último, con base en información suministrada por parte del Ministerio de Hacienda¹⁶³ se puede concluir que el Ministerio del Trabajo es una de las carteras que más recursos recibe, pues es el segundo ministerio con mayores apropiaciones entre el 2015 y 2017. Sin embargo, esta mayor disponibilidad de recursos no se traduce en una mayor gestión en torno a temas del trabajo y la seguridad social. Por el contrario, un sorprendente 93 % de los recursos para la vigencia del 2019 estuvieron destinados al sistema de seguridad social en pensiones¹⁶⁴ (Colpensiones, Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional – FOPEP, Fondo de Solidaridad Pensional y Otros Recursos de Seguridad Social para garantizar el pago de pensiones del ámbito Nacional). Esto ocurre porque el Ministerio del Trabajo es la entidad encargada de pagar muchas de las pensiones del sector público del orden nacional.¹⁶⁵ Como consecuencia, en 2019 apenas el 6,7 % del presupuesto correspondió a los gastos de personal, gastos generales y gastos de inversión de esa cartera. Esta tendencia se repite en las demás vigencias de años anteriores.¹⁶⁶ En conclusión, aunque el Ministerio del Trabajo está entre las carteras que más recursos recibe, su disponibilidad presupuestal para los gastos de funcionamiento y de inversión son realmente bajos, haciendo que materialmente cuente con muy escasos recursos destinados para sus objetivos misionales:

163 Se radicó un derecho de petición solicitando la información relacionada con la distribución del gasto en la entidad.

164 Ministerio del Trabajo. (26 de mayo de 2021) Respuesta derecho de petición presentado por correo electrónico del 20 de mayo de 2021.
Ministerio de Hacienda. (21 de abril de 2021) Respuesta radicado No. 1-2021-028559.

165 El Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, está a cargo del Ministerio del Trabajo. Este fondo es el encargado de hacer el pago de pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez o sobrevivientes que se encontraban a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social o de los fondos insolventes del sector público del orden nacional, así como los ministerios, departamentos administrativos, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del estado, entre otras entidades.

166 Ibidem.



GRÁFICA 40. Recursos Ministerio del Trabajo (2015-2019).

Fuente: Información proveída por el Ministerio de Hacienda (2015-2019).

7.7 La conflictividad laboral en la jurisdicción ordinaria

Cuando los motivos que originaron el conflicto laboral no pueden ser resueltos a través de mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la conciliación, los ciudadanos tienen dos vías para ejercer sus derechos laborales. Por un lado, pueden acceder a la jurisdicción ordinaria laboral. Por otro, con el cumplimiento de un grupo de requisitos, pueden acceder a la jurisdicción constitucional a través de una acción de tutela.¹⁶⁷

La jurisdicción laboral se encarga de resolver los conflictos suscitados en la relación laboral, dentro de los que se encuentran las exigencias o reclamaciones económicas, problemas surgidos en la interpretación o aplicación de las normas contenidas en los estatutos sustantivos del trabajo y, en general, cualquier problema que se suscite dentro de la relación laboral en la que intervengan trabajadores particulares o trabajadores oficiales.¹⁶⁸ Además, la justicia

¹⁶⁷ Por ejemplo, la sentencia T-043 de 2020 de la Corte Constitucional reconoce que “en materia laboral la acción de tutela puede ser el mecanismo para amparar de manera transitoria o definitiva los derechos de los trabajadores cuando: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no resultan lo suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere la protección constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el afectado se enfrentaría a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional”.

¹⁶⁸ La competencia en materia laboral engloba el ámbito de aplicación respecto a los conflictos laborales, es por esto que es importante tener en cuenta el artículo 4 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social (Decreto Ley 2158 de 1948, Ley 712 de 2001 y Ley 1149 de 2007).

laboral tiene competencia para resolver los conflictos relacionados con el sistema general de seguridad social y derecho colectivo del trabajo.

La materialización de los derechos, o dicho de otro modo, la efectividad práctica de los derechos, dependen de contar con mecanismos eficaces y expeditos para la solución de los conflictos ocasionados en la vida social. Esto significa que de la forma en que opera la justicia laboral depende el grado de satisfacción y el respeto de las garantías otorgadas por el ordenamiento a través del reconocimiento del derecho al trabajo.

La jurisdicción laboral está organizada jerárquicamente de la siguiente forma. Los juzgados laborales municipales o de pequeñas causas; los juzgados laborales del circuito, las salas laborales de los tribunales laborales, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Sala de Descongestión Judicial de la Corte Suprema de Justicia. En esta jurisdicción se pueden tramitar procesos ordinarios y especiales,¹⁶⁹ pero los ordinarios son los más utilizados (en más del 70 % de los casos).

En esta sección se presentan los datos disponibles en el Consejo Superior de la Judicatura.¹⁷⁰ Como se verá, aunque esta entidad recopila información judicial de todos los juzgados del país, la forma en que esta información se recolecta impide que se desagreguen pretensiones o siquiera temas de conflicto. Por el contrario, el Consejo Superior recoge información de tipos de procesos y actuaciones procesales (como recursos de revisión, apelación y anulación), clasificación que no ofrece potencial analítico para entender los problemas del empleo en el país. Consideramos que esta forma de recopilar los datos de la jurisdicción ordinaria es otra oportunidad perdida (junto con la ausencia de recolección de información de los consultorios jurídicos ya mencionada) para entender la conflictividad laboral en detalle, entender en “tiempo real” el origen de las disputas para ofrecer estrategias de prevención y diseñar políticas de empleo que ofrezcan respuestas acordes a los retos que enfrenta el país. Adicionalmente, la actividad de reporte que debe ser enviada al Consejo Superior de la Judicatura es percibida como una sobrecarga de trabajo por algunos operadores judiciales.¹⁷¹

169 Dentro de los procesos especiales se encuentra el proceso de fuero sindical, proceso ejecutivo laboral, proceso sumario de disolución y liquidación de sindicato, procedimiento arbitral y el trámite de calificación de ilegalidad de la huelga. Por lo que el proceso ordinario laboral se instituye como la cuerda procesal mediante la cual se ventilan la mayoría de los conflictos relativos al contrato de trabajo.

170 La Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico (UDAE) del Consejo Superior de la Judicatura es el órgano encargado de sistematizar los datos de la justicia en Colombia. Esta sistematización la hacen a través de plantillas estandarizadas que los miembros de cada despacho judicial deben llenar y reportar para que la misma sea evaluada y consolidada en el Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial – SIERJU.

171 Dentro de las entrevistas realizados a los operadores judiciales todos concordaron en que es una carga adicional llenar los registros para la información, esto puede explicar también la generalidad y falta de especificidad de los formatos para recolectar la información. Es

Con base en la información de la totalidad de procesos judiciales en el país para el año 2019 la siguiente fue la distribución de porcentajes de procesos por áreas: penal 36 %, civil 30 %, promiscuos 15 %, laboral 13 %, y familia 6 %.¹⁷²

La tabla 5 muestra la fluctuación de procesos en la rama: tanto los procesos que entran al año (ingresos), como los que terminan (egresos) y el total de la participación laboral en el inventario de la jurisdicción. La información disponible no ofrece datos sobre los temas que llevan a los ciudadanos a acudir a un juez ni sobre cómo se resuelven estos procesos (p. ej. en qué porcentaje ganan los demandantes o en cuál los demandados). De acuerdo con la información recogida en la tabla 5, la conflictividad laboral es relativamente estable en relación con las demás especialidades representando alrededor del 10 % en el periodo revisado. Nótese sin embargo, en la gráfica 41 que en los años revisados hay un aumento importante en el número de procesos que llega a la jurisdicción laboral.

TABLA 5. Relación de ingresos/egresos de procesos laborales en la jurisdicción ordinaria laboral.

Año	% de ingresos de procesos en la especialidad laborales respecto del total de la jurisdicción	% de egresos en la especialidad laboral respecto del total de jurisdicción	% de participación en los inventarios de la especialidad laboral respecto del total de la jurisdicción
2015	12 %	10 %	13 %
2016	11 %	10 %	14 %
2017	10 %	10 %	14 %
2018	10 %	10 %	14 %
2019	10 %	10 %	13 %

Fuente: CSJ - UDAE - SIERJU. Cortes históricos oficiales (2015-2019).

Los procesos laborales tienen tres formas de terminación: i) con una sentencia, que es el pronunciamiento del juez que le pone fin a la controversia; ii) con una conciliación judicial, cuando las partes, antes de que el juez profiera una sentencia llegan a un acuerdo que termina la controversia; o iii) con un desistimiento del accionante/demandante. La principal forma de terminación de

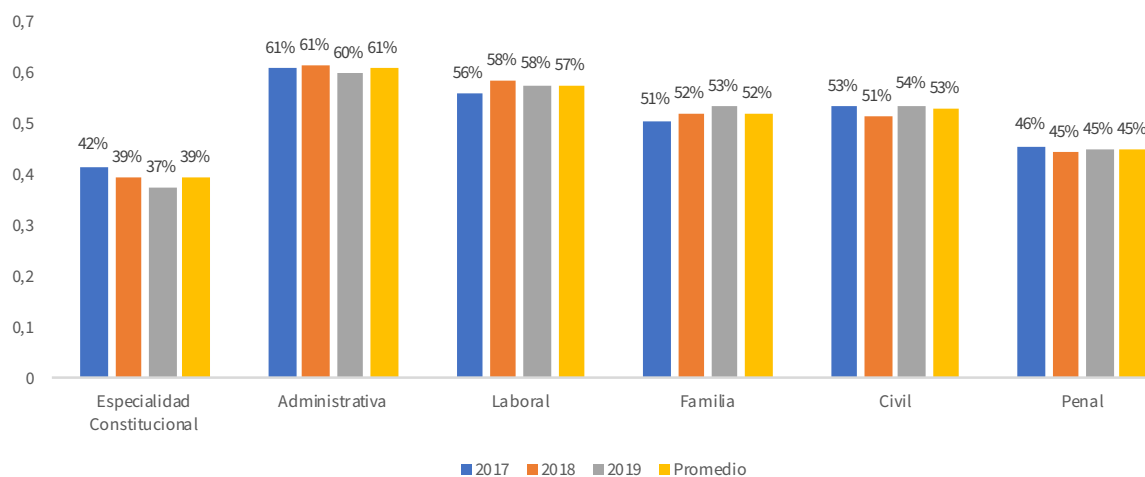
recomendable que el estado colombiano adopte medidas que logren mejorar la estadística de la rama, ya sea devolviendo esta labor al DANE o creando un órgano especializado que haga esta labor de manera directa y no a través de los jueces de la república.

¹⁷² Consejo Superior de la Judicatura – UDAE – SIERJU. Cortes históricos oficiales (2019).

los procesos laborales es a través de una sentencia (87 %), mientras que la conciliación es una forma de terminación anticipada poco utilizada (8 %) y mucho menos frecuente es el desistimiento (5 %). Pese a que se utiliza poco, la conciliación ha tenido una conservadora tendencia al aumento en los últimos años.

Pese a que los procesos aumentan año a año, no ocurre lo mismo con los jueces que deben resolverlos. Así por ejemplo, aunque la cantidad de procesos aumentó en un 117 % entre 1993 y 2019, el número de jueces ha permanecido estático en el mismo período. Hoy, el país cuenta con 11 jueces por cada 10.000 habitante, cifra que está 83 % por debajo de la media internacional de la OECD que indica que deberían existir 65 jueces por cada 100.000 habitantes.¹⁷³

El aumento de procesos sin que aumenten los jueces para resolverlos, contribuye a la ya grave situación de la congestión judicial. Como se muestra en la gráfica 41, la congestión judicial en la rama laboral es la segunda más alta entre todas las especialidades.



GRÁFICA 41. Congestión judicial por especialidad 2017-2019.

Fuente: Cálculos de la Contraloría (21 de diciembre de 2020) Respuesta radicado 2020IE0076153.

7.8 La conflictividad laboral en la jurisdicción constitucional

Como se señaló en la introducción a esta sección, la jurisdicción constitucional conoce conflictos que tienen origen en el trabajo en circunstancias especiales.

¹⁷³ Cifra presentada por el Consejo Superior de la Judicatura en su informe anual del 2019 al Congreso de la República de Colombia. Consejo Superior de la Judicatura (2020) Informe de la Rama Judicial al Congreso de la República. Recuperado de: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/5597675/1.+Informe+al+Congreso+2019+Rama+Judicial_BAJA.pdf/c5d41f1b-8001-48dc-9d86-690804e3d5de

En esta sub-sección se presentarán los conflictos conocidos por la jurisdicción constitucional a través de la acción de tutela. Para entender la magnitud e importancia de las acciones de tutela como herramienta para la solución de conflictos se debe tener en cuenta que ellas constituyeron el 27 % del total de procesos judiciales en el país en el año 2019.¹⁷⁴

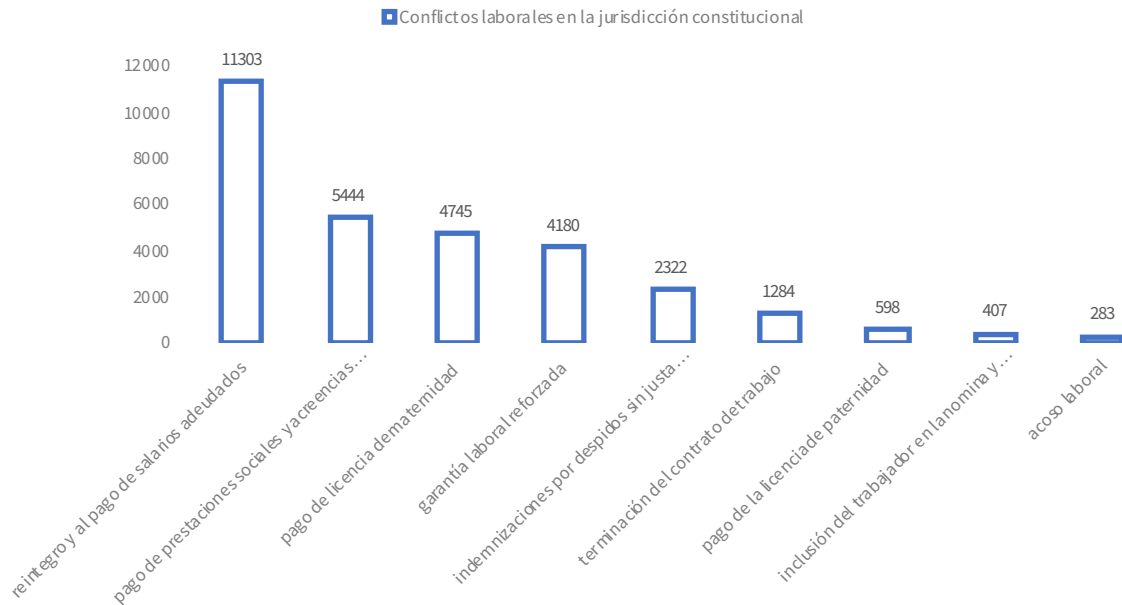
Además de la información recolectada por el Consejo Superior de la Judicatura, a partir de enero de 2019 la Corte Constitucional inició ejercicio propio de clasificación y sistematización de los procesos que llegan a su conocimiento. El sistema, disponible al público a través de la página web de la Corte,¹⁷⁵ permite filtrar las tutelas por pretensiones, derechos invocados, características de los accionantes y decisión de los jueces entre otros elementos.

Del total de tutelas entre enero de 2019 y marzo de 2020, el 3,8 % tuvieron una pretensión de carácter laboral. Ese 3,8 % representa 31.081 pretensiones con carácter laboral en ese período. En ese universo de casos, los conflictos más recurrentes fueron los relativos al reintegro y al pago de salarios adeudados (11.303 tutelas); pago de prestaciones sociales y acreencias laborales (5.444 tutelas); pago de la licencia de maternidad (4.745 tutelas); conflictos relativos a la garantía laboral reforzada (4.180 tutelas); pago de indemnizaciones por despidos sin justa causa (2.322 tutelas); conflictos relativos a la terminación del contrato de trabajo (1.284 tutelas); pago de la licencia de paternidad (598 tutelas); seguidos por otros que incluyen conflictos relativos con la inclusión del trabajador en la nómina y pago de prestaciones sociales (407 tutelas); acoso laboral (283 tutelas); derecho colectivo del trabajo (419 tutelas).

Las causas de conflictos más recurrentes en materia laboral se encuentran dentro de la categoría de acreencias laborales, en donde el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones representaron un 61 % del total de pretensiones presentadas en las tutelas en materia laboral en el periodo analizado. Esto sugiere un alto incumplimiento por parte de los empleadores de las normas relativas a remuneración (salario), prestaciones sociales (primas, cesantías, auxilio de transporte) e indemnizaciones debidas por la terminación del contrato de trabajo injustamente. Además, de los casos que tienen relación con la garantía de estabilidad laboral reforzada (licencia de maternidad, licencia de paternidad y fueros) como causa recurrente en las tutelas, tienen también una alta litigiosidad ya que representan el 30 % del número de pretensiones (gráfica 42).

¹⁷⁴ Consejo Superior de la Judicatura (2020) Informe de la Rama Judicial al Congreso de la República. Recuperado de: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/5597675/1.+Informe+al+Congreso+2019+Rama+Judicial_BAJA.pdf/c5d41f1b-8001-48dc-9d86-690804e3d5de

¹⁷⁵ Ver: <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>



GRÁFICA 42. Conflictos laborales en la jurisdicción constitucional enero de 2019 - marzo de 2020.

Fuente: Estadísticas de la Corte Constitucional de Colombia (2019-2020).

Por último, lamentablemente la tendencia a acudir al incidente desacato por la no atención oportuna de la orden de tutela dictada por el juez es creciente. En 2019, el 66 % de los casos en los que el juez concedió el derecho, se inició un incidente de desacato, frente al 45 % en 2018 y el 55 % en 2016.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Consejo Superior de la Judicatura (2020) Informe de la Rama Judicial al Congreso de la República. Recuperado de: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/5597675/1.+Informe+al+Congreso+2019+Rama+Judicial_BAJA.pdf/c5d41f1b-8001-48dc-9d86-690804e3d5de

8.

¿Por qué se incumple la ley laboral en Colombia?

Esta sección está dividida en dos partes. En la primera, presentamos un recuento de los hallazgos realizados a partir de entrevistas con jueces y abogados litigantes. Se trata de una descripción cualitativa de lo que profesionales en el área, que acumulan varios años de experiencia, entienden como los principales motivos de conflictividad y los principales retos del derecho laboral. Una de las principales conclusiones de esta sección es que varios abogados y jueces coinciden en afirmar que violar la ley es un mejor negocio que cumplirla. Por esa razón, en la segunda parte presentamos un ejercicio de cuantificación del costo del incumplimiento de la ley laboral en Colombia utilizando uno de los conflictos más frecuentes: el contrato realidad.

8.1 La conflictividad laboral descrita por jueces y abogados laboristas

Para compensar la generalidad de los datos sobre conflictividad judicial, así como para explorar cuestiones aledañas a la administración de justicia laboral que los datos reportados no podían captar, se realizaron 25 entrevistas: once con abogados litigantes y catorce con jueces. Intentamos incluir abogados laboristas con una amplia variación en términos de tiempo de experiencia en el área, y que defendieran tanto los intereses de las empresas como de los trabajadores. Las entrevistas con jueces incluyeron todas las categorías que en orden jerárquico son las siguientes: jueces de pequeñas causas, jueces de circuito, magistrados de tribunal y magistrados de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Además, buscamos que los entrevistados ejercieran su profesión en distintas partes del país, captando la conflictividad en distintos distritos judiciales.¹⁷⁷

Las entrevistas tenían el objetivo de explorar las percepciones y experiencias dentro del ejercicio profesional de los sujetos incluidos. Aunque algunas preguntas se realizaron a todos los entrevistados, para cada grupo de entrevistados se diseñó un cuestionario apropiado a las distintas experiencias. La metodología de reclutamiento fue la bola de nieve con varios puntos de inicio. Todos los entrevistados estuvieron de acuerdo con que la investigadora principal grabara el audio de las conversaciones para posteriormente transcribir los apartes de esas entrevistas que se presentan a continuación. A los participantes se les ofreció que su identidad se mantendría confidencial para promover

¹⁷⁷ Con la autorización previa de cada participante, las entrevistas fueron grabadas para utilizar los fragmentos textuales que a continuación se presentan.

relatos honestos y despreocupados de posibles represalias. Por este motivo omitimos los nombres de los participantes.

Las entrevistas con jueces y abogados litigantes reiteraron los hallazgos identificados en los datos y entrevistas entregados por los consultorios jurídicos. Todos los jueces estuvieron de acuerdo con que la principal causa de conflicto que lleva a la clase de trabajadores a demandar a los empleadores son conflictos relacionados con la seguridad social que para muchos entrevistados representan más del 60 % de los procesos que conocen los jueces laborales. Por ejemplo, un magistrado de la Corte Suprema de Justicia, nos indicó que “del 70 % al 80 % de los casos que llegan a la Sala son temas relacionados a seguridad social”.¹⁷⁸ Por su parte, una Magistrada de un Tribunal encuentra la misma tendencia, señalando que “justo ayer yo pasaba el dato de 725 procesos que manejamos. Alrededor de 425 son de seguridad social, el resto son contratos de trabajo entonces esa es la medida aquí en Cali”.¹⁷⁹ Algo similar concluyó un juez laboral del circuito de Bogotá: *“Del 100 % (...) hablémoslo así para que de pronto quede un poquito más claro, que llegan al juzgado, entonces 60 se relacionan con el sistema general de seguridad social y el 40 restante son temas del contrato de trabajo”*.¹⁸⁰

De acuerdo con la información proveniente de los consultorios jurídicos, así como de las entrevistas con jueces, estos son conflictos relacionados, por ejemplo, con el reconocimiento de pensiones, traslado entre regímenes pensionales, conflictos sobre tiempo de servicio, aportes no realizados al sistema por parte del empleador pese a haberlos laborado el trabajador, para nombrar solo algunos.

En lo que concierne a los conflictos en materia individual del trabajo, que ocupan el segundo escalafón de conflictividad en los estrados judiciales, los problemas más frecuentes son los relacionados con el pago de prestaciones sociales y contrato realidad. Todos los jueces estuvieron de acuerdo con la frecuencia de estos dos temas. De acuerdo con la experiencia de una magistrada de una alta Corte con más de 10 años de experiencia en la rama:

(...) la mayor [causa de conflictividad] es en la contratación irregular. ¿Y a que me refiero con la contratación irregular? Por ejemplo, los falsos contratistas, la intermediación laboral ilegal o fraudulenta, esta situación generalmente se resuelve es con fundamento en el principio de la realidad sobre las formas. Despidos sin justificar, también despidos discriminatorios de personas en condición de discapacidad, y te los estoy dando más o menos en el orden digamos de mayor número de demandas en esos casos. Tengo otro

¹⁷⁸ Magistrado de una alta Corte con veinte años de experiencia.

¹⁷⁹ Magistrada de un Tribunal con siete años de experiencia.

¹⁸⁰ Juez de la república con ocho años de experiencia.

que es también recurrente, y son pagos que se les hacen a los trabajadores bajo un esquema que no es salario cuando realmente sí es el salario porque está recibiendo el servicio. Digamos que en esos cuatro campos en relaciones individuales del trabajo esas son las demandas más recurrentes, esos son los temas más recurrentes (...) ¹⁸¹

De acuerdo con una Magistrada (Tribunal) con 7 años de experiencia en la rama:

Magistrada: [El tema de contrato realidad] es lo más frecuente, es bastante álgido el tema y se desata cuando a la persona la desvinculan. Antes la gente se queda quieta, se queda callada. (...) un obrero de construcción perfectamente ingresa por una cooperativa o por una empresa de servicios temporales y permanece ahí 8 años, pero cuando ya le ocurre un accidente de trabajo o lo despiden, ahí viene la demanda. Entonces por eso nosotros dignificamos temas de contrato y tema de seguridad social.

Entrevistadora: ¿qué tan frecuente es en estos casos de contrato realidad que se discuta además la causa del despido? ¿suelen coincidir esos dos temas? Magistrada: Sí está coligado el tema. Yo te diría que los principales temas, y dentro de lo que es la conflictividad por contrato de trabajo, juega mucho el tema del despido o la estabilidad hoy en el empleo, entonces yo pienso que es esto lo que resalta la insatisfacción del trabajador y causa la demanda. ¹⁸²

En esa misma línea de acuerdo con un juez (del circuito) de Bogotá con 8 años de experiencia:

Las principales causas que llegan a mi juzgado en lo relacionado a relaciones laborales, son lo que tiene que ver con lo del contrato laboral en general. Dentro de estos conflictos, particularmente los que tienen que ver con el contrato realidad, (...) un 70 % tiene que ver con contrato realidad. Y de esos, diríamos que lo que tiene que ver con despido sin justa causa, se alega un 80 %, porque regularmente eso es lo que genera el conflicto. ¹⁸³

Una opinión similar fue la expresada por un juez laboral de pequeñas causas de Cali, para quien la principal causa de conflicto es: “la informalidad en las contrataciones, es decir la elusión y la evasión de obligaciones laborales a cargo de los empleadores. Esa me parece que es la línea general de demandas, el canal principal de demandas en lo que tiene que ver con procesos de tipo

¹⁸¹ Magistrada de la Corte con diez años de experiencia.

¹⁸² Magistrada de un Tribunal con siete años de experiencia.

¹⁸³ Juez de la república con ocho años de experiencia

laboral”.¹⁸⁴ Más adelante añadió: “...si nos enfocamos solo en laboral puro, yo creería que es el 70-80 % lo que tiene que ver con contrato realidad”.

Otra jueza laboral de pequeñas causas de Bogotá, reafirma esta posición señalando:

[el contrato realidad] estaría en los primeros puestos porque realmente la mayoría de vinculaciones son muy informales, es decir, verbales, entonces casi siempre se tiene que entrar a determinar si se está o no dentro de un marco del contrato laboral. Es decir, si están configurados todos los elementos constitutivos de la relación laboral. Además de que el contrato laboral se celebra de manera verbal también sucede que se celebra bajo otras formas que pretenden disfrazar la verdadera relación laboral, entonces se presentan muchos contratos de prestación de servicios o cooperativas de trabajo asociados que pretenden como darle como un matiz de independiente al trabajador cuando éste en realidad estaba sujeto a la subordinación, al cumplimiento de horario de trabajo y los demás elementos del contrato laboral. Entonces, si dentro de los contratos de trabajo digamos que un entre un 60 y 70 % hay que entrar a establecer si sí era un contrato de trabajo¹⁸⁵.

Finalmente, un juez de tribunal, con más de 29 años de experiencia laboral señaló:

En derecho laboral individual [el] contrato realidad, es el tema que más se presenta. Y desde el ámbito de la práctica son los procesos a veces más complejos por el número de pruebas y testimonios que hay que escuchar o que hay que practicar.¹⁸⁶

A diferencia del relativo acuerdo entre los jueces sobre las principales causas de conflicto en los procesos laborales, en el recuento de los abogados litigantes hay una amplia variación sobre las causas por las cuales más consultas reciben. Mientras que algunos hacen énfasis en temas relacionados con la terminación del contrato de trabajo, el incumplimiento de las normas laborales, el contrato realidad, o temas relacionados con tercerización laboral, otros se enfocan en temas de fuero sindical y casos de estabilidad laboral reforzada o traslados. La variación que se observa entre las apreciaciones de los abogados litigantes puede ser el reflejo de los temas en los que cada uno de ellos se especializa, el perfil de los clientes que atienden, los temas por los que cada uno se hace conocido en la profesión, o simplemente con los temas más recientes en los que cada uno ha trabajado y que están más vívidos en su memoria. Sin

¹⁸⁴ Juez de pequeñas causas con más de nueve años de experiencia laboral en la rama judicial.

¹⁸⁵ Jueza de la república con diez años de experiencia en la Rama Judicial.

¹⁸⁶ Magistrado de Tribunal con más de 29 años de experiencia.

embargo, cuando se les preguntó qué tan frecuentes en su práctica profesional eran los casos de contrato realidad, un abogado con más de treinta años de experiencia laboral contestó: “se presentan todos los días”. Otro abogado, también con amplia experiencia en el área, indicó lo siguiente:

Uff, sector público y sector privado es bastante, pero bastante común [los casos de contrato realidad]. Es que mire, en el sector público, nuestros héroes (...) son los trabajadores de la salud. Y por cada 7 deslaborizados, sin salario, sin prestaciones, sin estabilidad, sin seguridad social, por cada 7 hay uno laboralizado. (...) Y eso son nuestros héroes. Ayer no más, me llamó una persona que labora como instrumentadora quirúrgica, en una sala de cirugía de un hospital público de Bogotá. Y yo le pregunté: ¿Y cuántas instrumentadoras más trabajan en ese hospital? Me dijo: Somos cinco. Todas hacemos lo mismo. Yo estoy por contrato de prestación de servicios. Las otras cuatro están deslaborizadas. Eso es así en el sector público y en el sector privado igual¹⁸⁷.

A este respecto, un juez del circuito con trece años de experiencia en la rama afirmó:

Si esto [la tercerización] es un problema de empleo privado, en el empleo público esto es una pandemia. En el empleo público la tercerización es una cosa que tiene permeado desde hace mucho tiempo a los sistemas de empleo público, nóminas paralelas, y eso genera muchos problemas, mucha conflictividad laboral. O sea, si nosotros nos vamos a hacer un promedio de lo que tenemos de acciones jurisdiccionales en cada juzgado, de acciones dirigidas contra una entidad pública, comparados con una entidad privada, yo le puedo apostar, sin temor a equivocarme, que el 80 % de nuestras acciones van dirigidas o está vinculada una entidad pública.¹⁸⁸

Dado que la información recolectada por el Consejo Superior de la Judicatura tampoco ofrecía detalles sobre el resultado de los procesos laborales, es decir, datos para determinar quiénes entre demandantes y demandados eran los ganadores habituales de los procesos, incluimos esta pregunta en las entrevistas con jueces y abogados. La variación en esta pregunta también fue muy amplia. Algunos abogados señalaron que su tasa de éxito en los procesos era superior al 80 % de los casos, bien defendiendo los intereses de los trabajadores o los de los empleadores. Algunos otros abogados consideraban que su tasa de éxito era de alrededor del 50 % cuando defendían empleadores y 50 % cuando defendían trabajadores.

¹⁸⁷ Abogado litigante con 47 años de experiencia.

¹⁸⁸ Juez del circuito con trece años de experiencia en la rama judicial.

Los jueces, por su parte, señalaron que, aunque la regulación laboral establece unas ventajas probatorias para los trabajadores, esta ventaja no necesariamente se traduce en mayores tasas de éxito. De acuerdo con un juez del circuito de Bogotá: “Mira, yo diría que en laboral las cosas son muy parejas, o así ocurre en mi despacho. 50 % ganan los empleadores y otro 50 % ganan los trabajadores”.¹⁸⁹ Otro juez, en este caso de pequeñas causas indicó: “70 % ganan los trabajadores, 30 % ganan los empleadores”.

Con respecto a las dificultades probatorias en los procesos laborales, algunos jueces y abogados mencionaron la falla en la defensa técnica como un obstáculo que muchas veces dificultaba el éxito de los trabajadores. Por ejemplo, un juez del circuito de Bogotá con ocho años de experiencia en la rama indicó:

En cuanto a la pregunta ¿quiénes son los ganadores más habituales?, diría yo que es casi que por mitad. Muy pocas veces se pierde el proceso que verse sobre un contrato de trabajo. Esto se da por la inasistencia a las audiencias por parte de los empleadores y los trabajadores pierden sus procesos en razón al desconocimiento en materia probatoria.¹⁹⁰

En opinión de otra jueza del circuito de Cali, con 16 años de experiencia en la rama:

No llevo una estadística de sentencias condenatorias o absolutorias, eso implicaría un desgaste significativo de tiempo. Respecto de por qué se gana un proceso, la respuesta obvia es cumplir con cargas probatorias: gana quien prueba lo que alega. Si ganan más los trabajadores o los empleadores, es relativo, todo depende de quien pruebe mejor, y allí hay que tener en cuenta que a favor del trabajador operan presunciones que lo favorecen y lo exoneran de prueba, lo que permite alivianar sus cargas y le da mayor probabilidad de victoria.¹⁹¹

Particularmente en el caso de trabajadores de escasos recursos, la falta de una defensa técnica puede reducir las posibilidades de éxito de los trabajadores. Como indicó un juez de pequeñas causas:

Donde yo identifico la mayoría del problema es que muchas veces esa persona, por lo menos las de escasos recursos, no logran acceder a la mejor calidad de asesoría jurídica y ese es un problema que se repite mucho. Desafortunadamente, como dice a veces el dicho, el proceso no lo ganan las pruebas sino el abogado. Digamos que en laboral no es tan típico que se aplique

¹⁸⁹ Juez de la república con 7 años de experiencia en la Rama.

¹⁹⁰ Juez de la república con 8 años de experiencia en la Rama Judicial.

¹⁹¹ Jueza de la república con 16 años de experiencia en la Rama.

taxativamente esa frase por las facultades que tenemos, pero sí ocurre bastante.¹⁹²

Interesaba también en el marco de esta investigación conocer la utilización del mecanismo de la conciliación dentro del proceso judicial laboral. Sin embargo, en la opinión de los abogados laboristas y de los jueces esta instancia es muy poco utilizada. Los siguientes fragmentos recogidos a partir de entrevistas con abogados manifiestan el poco uso de esa herramienta:

Mire, con una mirada amplia yo le diría lo siguiente: en general en nuestra sociedad históricamente la cultura nuestra es la cultura de la confrontación, del combate. El resolver a plomo o a puño limpio, o digámoslo en nuestro caso a pleito limpio las diferencias contractuales. Nosotros no tenemos ni social ni laboralmente, la cultura del diálogo ni de la concertación.¹⁹³

Si me pregunta cuántas veces he conciliado la respuesta es 0 %, y eso tiene una razón de ser, nosotros somos una sociedad en la que nuestra cultura es la de la confrontación.¹⁹⁴

Realmente la conciliación es baja en materia laboral, nosotros por ejemplo de los casos que ya tenemos decididos llevar a litigio, más del 95 % terminan en sentencia. Ahora, cuando asesoro a los empleadores trato de mostrarles los efectos de los costos procesales, pero los efectos siguen siendo los mismos.¹⁹⁵

De los casos que ya tenemos decidido acudir a la jurisdicción, tan solo 10 % se concilian antes, el resto terminan con una sentencia. Es que en Colombia no existe cultura de conciliación y este tampoco es un requisito de procedibilidad.¹⁹⁶

En mi caso, el 90 % van a la jurisdicción y 10 % conciliados. Creo yo en mi caso particular, que la contraparte inicialmente duda de que el trabajador vaya a presentar una demanda y no se decide a conciliar hasta que no esté seguro de que el problema es serio y que el trabajador está decidido a ir hasta el final. (...) Son dos cosas [relacionadas]: la expectativa del empleador de ganar el pleito, y segundo, la posibilidad de que los jueces los absuelvan, lo que está relacionado con la mala defensa que tienen muchos trabajadores.¹⁹⁷

¹⁹² Juez de la república.

¹⁹³ Abogado litigante con 46 años de experiencia.

¹⁹⁴ Abogado litigante con 31 años de experiencia.

¹⁹⁵ Abogada litigante con 12 años de experiencia en el ejercicio profesional.

¹⁹⁶ Abogado litigante con 47 años de experiencia en el ejercicio profesional.

¹⁹⁷ Abogado litigante con más de treinta años de experiencia en el ejercicio profesional.

En opinión de algunos abogados y jueces, uno de los motivos que explican la muy escasa utilización de la conciliación en el proceso laboral tiene que ver con la poca disposición y preparación por parte de los operadores judiciales para conciliar. A esto se suma que los tiempos necesarios para lograr una conciliación muchas veces riñen con las responsabilidades diarias y rutinarias que asumen los jueces. De acuerdo con un juez laboral del circuito:

Hay una cosa importante y es qué tanto el juez laboral de Colombia le está dedicando tiempo a la conciliación. Porque entonces no puedo llegar a una audiencia donde el juez únicamente va a decir:

- Parte demandada ¿tiene ánimo conciliatorio?
- [la parte demandada responde] No señor juez.
- Bueno continuemos.

O sea, no. Desde antes de la audiencia sin necesidad de prejuzgar ni nada, usted como juez le puede decir: —Bueno señores vamos a terminar esto hoy por conciliación. Una cifra aterrizada, razonable. Mejor dicho, a la capacidad de conciliación y de conciliador del juez de la república debe ponersele más atención porque vemos la figura del juez solamente como el que conoce la norma, la jurisprudencia y es el que va a fallar el proceso y nos va a dictar la sentencia, pero olvidamos que la faceta del juez también es la de conciliador y las competencias en la conciliación de un juez son bajas.¹⁹⁸

A lo anterior se suma la poca capacitación de los abogados en la utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos y su la escasa disposición de muchos para reducir el conflicto. Dos abogados laboristas con amplia experiencia hicieron una mención especial sobre el efecto nocivo de algunos abogados sobre la conflictividad laboral en el país, aspecto en el que coincidieron con algunos jueces laborales. Para los abogados, no existen suficientes controles en la profesión de la abogacía para controlar estas acciones, o, de otro lado, la estructura de retribución por la defensa de las empresas puede generar incentivos para aumentar la conflictividad. Para uno de estos abogados:

Los abogados de empresa nutrieron la conflictividad, porque la intensidad y la duración de la conflictividad determinan directamente el volumen de sus honorarios profesionales. Entonces imagínese lo que eso significa. Metieron a una empresa grandota en unos pleitos así de grandes [hace un gesto con las manos para indicar una gran magnitud] prolongados en el tiempo, porque eso significa más honorarios. Y ahora se están viendo los resultados concretos. Eso es gravísimo, porque es que mire, no existen mecanismos, no

¹⁹⁸ Juez de la república con ocho años de experiencia en la Rama.

existe una cultura, ni empresarial, ni sindical ni gubernamental del diálogo, la concertación y la conciliación en la empresa.

Otro abogado, que inició su carrera como inspector del trabajo, y ha tenido experiencia defendiendo los intereses de empleadores y trabajadores indicó:

Es evidente que los empleadores no le tienen miedo a violar la ley laboral. Porque las consecuencias no son lo suficientemente resarcitorias de todas las violaciones a la ley laboral. Y no son tanto los empleadores los culpables de eso. Son los mismos abogados. Un empleador es un ignorante de los temas laborales. Pero es indudable que detrás de la conducta del empleador está el asesor. De hecho, hay empresas que nunca o que pocas veces son demandadas. (...) Esa es una cosa bien importante. Cuando una empresa es muy demandada, o es objeto de quejas administrativas ante el ministerio, casi uno podría adivinar qué abogados la asesoran. (...) Las empresas deberían asumir un costo reputacional. Así como se critica socialmente a las empresas que violan la ley perjudicando a los consumidores, también debería hacerse crítica social a estos abogados que asesoran empresas que constantemente están violando los derechos de los trabajadores. Eso ayudaría mucho a reducir la conflictividad. Porque ellos no han tenido ninguna consecuencia. Y es la tendencia de algunos abogados a creer que son mejores abogados cuando la fuerza de trabajo le sale más barata a su empleador con el desconocimiento de los derechos de los trabajadores.

Otro aspecto a evaluar en las entrevistas fue el relacionado con el rol del Ministerio del Trabajo como autoridad de inspección, control y vigilancia del cumplimiento de la normatividad laboral. En lo concerniente a la labor del Ministerio del Trabajo, tanto jueces como abogados concuerdan en que es insuficiente, laxa, en ocasiones inoperante y que por lo mismo, nutre la cultura del incumplimiento de la ley laboral en el país. La mayoría de los entrevistados coincidieron en afirmar que la capacidad humana del Ministerio, por su limitado número de inspectores del trabajo, es muy inferior a las necesidades que enfrenta el país. Las siguientes son algunas de las opiniones de los abogados litigantes entrevistados:

La inspección en el trabajo, osea, la policía administrativa laboral del ministerio del trabajo, eso funciona bastante, pero bastante mal. Primero, el número de inspectores es muy pequeño. Segundo, el grado de profesionalización por carrera tiene una cobertura limitada.¹⁹⁹

Para otro abogado:

¹⁹⁹ Abogado litigante con 46 años de experiencia en el ejercicio de la profesión.

Las funciones de inspección, vigilancia y control del Ministerio [del trabajo] son muy útiles siempre y cuando una vez se establezca la violación de la ley, se impongan las sanciones. Esas funciones no sólo útiles sino necesarias. (...) Sin embargo, en general el Ministerio del trabajo es laxo y además no cuenta con el número de funcionarios que se requieren para hacer inspecciones en distintos lugares donde se viola la ley.

Para otro abogado litigante, con conocimiento interno del funcionamiento del Ministerio, la labor de inspección se complica debido a que los inspectores del trabajo enfrentan presiones en el ejercicio de su labor:

(...) el sistema de corrección administrativo laboral la verdad sí tiene mucho que mejorar., no solo por el número de inspectores sino por calidad, por capacitación y por facultades. Porque eso también un inspector llega allá [a las empresas] y encuentra violaciones absurdas y evidentes. [los empleadores] Laman al ministro, y pues tú no te vas a poner a arriesgar tu puesto ... además [los empleadores] impugnan tu resolución, luego acción de repetición. Entonces tiene todo ese problema, [los inspectores del trabajo] siempre tienen todas las de perder entonces es muy difícil.²⁰⁰

A continuación se recogen las opiniones de algunos de los jueces entrevistados sobre las funciones del ministerio:

Sí, hay muchas razones [para que se incumpla la ley laboral] y yo creo que hay razones incluso de orden estructural. A ver, pensando en tu pregunta yo identifiqué algunas, por ejemplo, la labor que cumple el ministerio del trabajo en inspección y control es absolutamente pobre por no decir que nula (...) nula es absolutamente nula.²⁰¹

Aquí el Ministerio del Trabajo no opera todo lo que tendría que operar. Con todo ese montón de poder y todas las facultades sancionatorias y administrativas que tiene el Ministerio es para que las empresas estuvieran andando, pues. Pero el Ministerio, no pues no actúa como tiene que actuar.²⁰²

Lo que pasa es que desde la perspectiva del juez es muy poco lo que uno puede decir. Yo tuve la oportunidad de trabajar en el sector privado tres años, entonces allí tuve obviamente mayor contacto con el Ministerio del Trabajo. Allí en ese espacio de tres años en el sector privado el tema es sancionatorio, el Ministerio del Trabajo pareciera que supiera a qué empresa debe acudir porque sabe que ahí puede obtener un dinero para una multa generosa, y no le va a poner atención a una microempresa para hacerle esa vigilancia y ese

²⁰⁰ Abogado litigante con trece años de experiencia en el ejercicio de la profesión.

²⁰¹ Magistrada de la Corte con diez años de experiencia.

²⁰² Jueza de la república con diez años de experiencia en la Rama.

control. Solamente cuando sabe que se mató un obrero en una empresa, ahí sí: ¿qué paso acá? O cuando le llega la denuncia de que murió un trabajador o hubo un accidente grave es que ya empiezan a temerles [los empleadores]. Imagino yo que también es por la poca oferta de inspectores del trabajo, la estadística la desconozco “el número de inspectores de trabajo por cada tantos habitantes por cada 100 mil habitantes”, no sé cuál debería ser y cuál está en Colombia, pero si es la misma relación que de jueces estamos fregados.²⁰³

Falta primero, el factor humano. La capacidad del Ministerio de abordar las denuncias o las quejas o los casos de vigilancia que se les presentan los desborda. Por ejemplo ahorita con la pandemia (...) con las suspensiones de contratos, o las quejas de trabajadores, eran tantas que era materialmente imposible que ese canal fuera útil para un empleador. Y de otro lado la falta de dientes. Claramente en las capacidades que tienen para sancionar y el trámite que se tiene que agotar para poder llegar a una sanción, muchas veces hace que sea pues ilusorio el tema. Creería yo que el Ministerio carece de importancia en esa clase de temas hoy en día para la gente porque descubren que acudir a ellos no les representa una solución inmediata a sus problemas. Siendo curiosamente a veces hasta más rápido (aunque de por sí dura mucho) el trámite judicial que la acción administrativa.²⁰⁴

Un aspecto que fue tomando relevancia a lo largo de la investigación fue la cultura del incumplimiento de la ley laboral. Por eso, indagamos con los abogados y jueces sobre cuáles creían ellos que eran las razones principales para lo que parece ser un desconocimiento muy frecuente de la regulación laboral. Varios de los entrevistados reiteraron la inacción o laxitud del Ministerio del Trabajo como la primera condición que habilita el incumplimiento de la regulación laboral. Además, algunos abogados y jueces hicieron énfasis en el bajo costo que implica violar la ley laboral en Colombia. Para usar términos más coloquiales, violar la ley laboral en Colombia, dadas las condiciones actuales, es un buen negocio. En la práctica, los trabajadores, a diferencia de los empleadores, tienen muchos desincentivos para ejercer sus derechos frente a la empresa o acudir al Ministerio del Trabajo durante la vigencia de la relación laboral. Varios de los entrevistados explicaron que muchas violaciones de derechos laborales se mantienen en la impunidad porque no hay vigilancia del Ministerio del Trabajo y porque los trabajadores que ejercen sus derechos en la empresa pueden ser víctimas de retaliación, por ejemplo, no renovando sus contratos, que con alta frecuencia son a término fijo, cuando el trabajador ha realizado una reclamación. Un magistrado de la Corte Suprema de Justicia y un abogado mencionaron con especial énfasis la prevalencia del acoso en las relaciones laborales y

²⁰³ Juez de la república con ocho años de experiencia en la Rama.

²⁰⁴ Juez de pequeñas causas, más de nueve años de ejercicio profesional.

las dificultades que enfrentaban los trabajadores para resistirse a él. El abogado lo describió de la siguiente forma:

Un problema gravísimo en el ambiente laboral tanto en el sector privado como en el sector público es el acoso laboral. Pero ese acoso no trasciende, porque la trabajadora o el trabajador no se atreve, teniendo la condición de trabajador, a plantear la queja. Entonces si no se atreve a plantear la queja, mucho menos se va a atrever a demandar. Entonces ese es un fenómeno reprimido por la retaliación que eso conlleva. Entonces viene todo el tema del manejo del proceso. Trabajador o trabajadora que demande por el tema X o Y está muerto laboralmente. Y testigo que declare algo distinto a lo que le ordene el director de talento humano, está muerto también. (...) ¿Que las listas negras no existen? ¡Pero por supuesto que existen! (...) Ese es un problema reprimido pero de una gran trascendencia.²⁰⁵

Elaborando sobre las dificultades que enfrentan los trabajadores para plantear reclamos o quejas durante la vigencia de la relación laboral, el siguiente abogado articula la ausencia de garantías para el trabajador durante la relación laboral con el incumplimiento de la ley laboral:

Hay un primer tema que es importaste que lo tengas presente, y es lo que a mí me ha pasado y siempre lo digo en clase, es que las dificultades en la reclamación en vigencia de la relación de trabajo hacen casi imposible cualquier reclamación judicial. Porque mira, hace un momento me escribía una compañera de mi terapeuta y me hablaba de un tema del auxilio de transporte, que se lo quieren quitar. Bueno, es una bobada, pero yo le decía al final: mira, plantea lo que yo te estoy diciendo con inteligencia porque tus sales allá con ese chorrero de normas que te estoy dando y vas a quedar como la problemática y te van a sacar. Entonces, en vigencia [de la relación laboral], normalmente, es muy difícil reclamar en Colombia (...). Es muy complicado porque te vas a quedar con el problema de que te van a poner en la mira, en la lista para sacarte de primero, entonces es difícil que un trabajador se anime.

Luego ¿por qué razón sigue habiendo tanta litigiosidad? Porque sigue habiendo una cultura del incumplimiento y sigue habiendo muy baja inspección vigilancia y control del Ministerio, que no es una autoridad judicial, pero sí es una autoridad que debería intervenir para ir reduciendo la conflictividad en lo judicial. Y porque como te digo, el problema es que al final en cualquier reclamación el empleador tiene el sartén por el mango. Porque vuelvo y te digo, tú [el trabajador] aguantarte un proceso completo, para ti es muy difícil, para un empleador no tanto porque igual el sí tiene el flujo de caja, él está pagando su abogado. Igual a ti te toca ir a buscar el abogado, soportar la

205 Abogado con 46 años de experiencia en el ejercicio de la profesión.

carga todo el tiempo, que la plata te salga, si es que te sale porque no sabemos qué va a pasar luego”.²⁰⁶

Varios de los entrevistados coincidieron en que el sistema jurídico colombiano no cuenta con las herramientas necesarias para desincentivar el cumplimiento de la ley laboral. Uno de los factores principales a este respecto es el bajo costo de las condenas judiciales contra los empleadores que varios abogados relacionaron con la no imposición de la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.²⁰⁷ Los siguientes extractos de entrevistas con abogados recogen esas opiniones:

La indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo fue derogada por la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia. (..) Además, los empleadores confían en que sus trabajadores no los van a demandar.²⁰⁸

Las condenas irrisorias promueven el incumplimiento de la ley. Irrisorias en el sentido de que el empleador termina pagando tardíamente lo que ha debido pagar durante la existencia del contrato de trabajo. La jurisprudencia colombiana se ideó la buena fe. Que cuando hay buena fe, no se paga la indemnización moratoria. (...) Eso es una excusa para favorecer al empleador, por un lado, y por el otro el facilismo de no entrar en un mayor análisis de la prueba. Los jueces laborales hacen un análisis de las pruebas muy precario. No le dedican suficiente tiempo. Por la carga de trabajo que tienen.²⁰⁹

Por su parte, algunos jueces reconocen que la aplicación restringida de la indemnización moratoria adoptada por la Corte Suprema de Justicia puede haber generado incentivos perversos para los empleadores. Según una jueza de pequeñas casas, es razonable no aplicar la sanción moratoria cuando hay errores humanos con valores irrisorios que harían excesivamente onerosa la imposición de la sanción. Sin embargo, en palabras de la jueza:

(...) eso finalmente se terminó volviendo para todo [la inaplicación de la sanción moratoria] y por eso a los empleadores tampoco les da miedo incumplir normas. Porque van y pelean ese tema y actúan de buena fe, y la gente sí se sabe el discurso. Eso sí lo saben “—No es que yo siempre actúe de buena

206 Abogado litigante con trece años de experiencia en el ejercicio de la profesión.

207 El artículo 65 CST indica que “Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor (...).”

208 Abogado litigante con 46 años de experiencia en el ejercicio profesional.

209 Abogado litigante con más de treinta años en el ejercicio profesional.

fe, es que yo siempre he sido transparente, yo nunca he venido a un juzgado. Esta es la primera vez que me demandan” y uno “Ajá” Yo todos los días escuchó lo mismo cuando tengo ese tipo de procesos. Claro que hay mala fe, pero la gente no le tiene miedo por eso porque los castigos aquí no operan.²¹⁰

La exploración con jueces y abogados de la pregunta ¿por qué se incumple la ley laboral en nuestro contexto? reveló un cálculo sobre el costo de oportunidad del incumplimiento de la ley. Para muchos jueces y abogados, la muy escasa gestión del Ministerio del Trabajo en términos de prevención y sanción administrativa se conjuga con el bajo costo del incumplimiento de la ley —lo que incluye la sanción moratoria pero no se limita a ella—, es decir, las pocas sanciones económicas que enfrentan los empleadores que violan la ley. De nuevo, la conclusión es: no es tan mal negocio violar la ley laboral. En la respuesta del siguiente abogado se articulan estas causas y se llama la atención, como lo hicieron otros entrevistados, sobre el papel del Estado colombiano como uno de los principales infractores de la ley laboral:

Creo que hay al menos tres causas relacionadas que explican esta situación. En primer lugar, la falta de control de las autoridades administrativas, es decir, falta de actividad del Ministerio del trabajo. Para la cantidad de violaciones a la ley que hay aquí en materia laboral, son pocos los inspectores. En segundo lugar, la laxitud de los fallos judiciales con los empleadores, principalmente con los del sector público en cuanto a los contratos realidad vs contrato de prestación de servicios. Esto se ve más que todo en los procesos en que se discute la existencia del contrato de trabajo en que los demandados son entidades del sector público. Una vez determinada la existencia del contrato de trabajo, la jurisdicción laboral se ha limitado a hacerle pagar al empleador las prestaciones sociales que no le pagó durante la existencia del contrato. No condenan a la indemnización moratoria. Entonces es un gran negocio pagar tardíamente lo que se debió pagar durante la existencia del contrato. El empleador sabe que no le pasa nada, entonces dice: “pues yo prefiero pagar en diez años o en quince años que pagar ahora. ¡Hago un negocio!” Me parece que esa es una laxitud que es la causa principal para que las entidades del sector público sigan firmando contratos de prestación de servicios. No hay algo que disuada a los empleadores de seguir firmando contratos de prestación de servicios. En tercer lugar, aquí hay una cultura de la ilegalidad que no se puede desconocer. De hacer todo lo que sea posible para no quedar cubierto por disposiciones de la ley que me afecten negativamente en todos los campos.²¹¹

²¹⁰ Jueza de la república con diez años de experiencia en la Rama.

²¹¹ Abogado litigante con más de treinta años de experiencia profesional.

Algunos entrevistados mencionaron el alto costo de la regulación laboral para las empresas o personas naturales, pero pocos lo hicieron de una forma tan articulada como el siguiente juez de pequeñas causas. En su opinión, la articulación entre alto costo de cumplir con las obligaciones legales y el bajo costo del incumplimiento, son el caldo de cultivo de la cultura del incumplimiento:

Para mí, el tema en el derecho laboral para determinar por qué se incumplen tanto las obligaciones de tipo sustancial, es desde un punto de vista económico. (...) Uno concluye que por lo menos para la persona natural, para la pequeña empresa es muy difícil cumplir las normas sustanciales, es muy costoso. Entonces sale más barato incumplirlas. Y eso hace que se tienda a la contratación informal frente a la formal muchas veces. ¿En qué sentido? Una empresa pequeña para tener un grupo de... no sé, cinco trabajadores en su nómina, pues le puede salir más costoso en temas parafiscales, en temas de seguridad social, y en temas de liquidación de acreencias laborales de tipo prestacional cada año (es decir primas, cesantías, vacaciones, etc) que simplemente arriesgarse a contratarlos así y esperar a ver si en una acción judicial demuestran la existencia del contrato, que es la primera carta que se puede jugar. Es que ante la informalidad es más difícil para el demandante demostrar la existencia del contrato (...) Y segundo, pues que las empresas pequeñas o las personas naturales también les queda más fácil incumplir una sentencia muy costosa. Porque les sale más barato o bien liquidar la sociedad, si es una sociedad pequeña, que cumplir la sentencia judicial, o si es una persona natural simplemente no tener bienes a su nombre. Entonces pensaría yo que esos actos de evadir la ley son más baratos que cumplir la ley. Y curiosamente ocurre porque de alguna manera, aunque son reprochables esas conductas, la gente termina cayendo en esas conductas porque económicamente es muy difícil cumplir la ley sustancial aquí en Colombia. Por lo menos para esos sectores de la producción que son pequeños. Esas empresas informales. Y, obviamente para las familias, que donde creo que existe mayor informalidad es en el servicio doméstico.²¹²

Para este juez, el incumplimiento de la ley es tan buen negocio que una sentencia condenatoria no es causal para que las empresas cambien sus prácticas de contratación:

(...) hay empresas que son reincidentes en acciones. Es decir, han tenido varias demandas, por ejemplo por contrato realidad, porque tienen a todo el mundo con contrato de prestación de servicios, y una y otra vez se nos presentan. O porque los tienen verbalmente y han triunfado mucho en

²¹² Juez de pequeñas causas con más de nueve años de ejercicio profesional.

esos procesos porque logran que el demandante por ejemplo no presente testigos, o no tenga una prueba documental que pruebe extremos temporales para cuantificar alguna obligación en contra de él. Y finalmente, incluso uno en ocasiones lo observa (...) en la demanda que se indica que el demandado se llamaba así, y esa empresa desapareció y ahora se llama así, o con establecimientos de comercio. Es el mismo comerciante, pero simplemente ha creado diferentes establecimientos de comercio. No es una regla general, pero creería yo que ocurre bastante.

Para un juez laboral del circuito, la falta de severidad de las sanciones pecuniarias en las sentencias condenatorias mina su efecto disuasorio, mientras que incrementarlas eficazmente reduce el incumplimiento. De todas formas, dada la estructura normativa actual, —que será analizada en la siguiente sección—, los trabajadores enfrentan barreras que impiden, en muchos casos, el pago completo de sus acreencias laborales. Para ilustrar su posición, el juez relató la siguiente experiencia:

Le voy a contar una experiencia que yo tuve hace muchos años, cuando empecé en la rama judicial como empleado. Yo empiezo en el municipio Buenaventura como empleado hace 16 años, y empiezo a notar que una empresa proveedora de servicios de salud de la cual yo me servía, tenía muchas demandas. Me sorprendió... Si esta empresa a mi me ha prestado un buen servicio ¿porque tiene tantas demandas? Y me puse a ver y era un pésimo empleador. Todas las contrataciones que tenía eran irregulares. Pagaba salarios que no actualizaba hacía años, vinculaba a todo el mundo a través de contratos de prestación de servicios. Era un mal empleador. Pero era una empresa a nivel nacional, que tenía una estructura muy grande, demasiado grande, que tenía un contrato a nivel nacional demasiado grande, entonces uno no entendía por qué una empresa tan grande, prestadora de servicios al nivel nacional recurría a prácticas laborales tan inadecuadas. Entonces ahí, ahí surge lo que yo comentaba con mis compañeros de trabajo y con los jueces del área y con los otros abogados. Y es que el gerente, que era el dueño de la empresa a nivel nacional, solía decir que para él era más barato pagar mal, porque cuando lo demandaban normalmente no se obtenían todos los derechos prestacionales porque algo prescribía, y además porque en esa época el tema de la sanción moratoria cuando había un contrato de prestación de servicios, no era tan definido. Entonces normalmente eso se perdía. Entonces un trabajador demandaba, perdía algunos derechos por prescripción, perdía algún derecho porque no podía probar la fecha de finalización del contrato de trabajo. No tenía acceso a esa indemnización moratoria porque estaba cobijado por una pseudo buena fe. Entonces para él era más barato contratar mal y pagar mal. Y a lo largo de los años eso es lo que uno ha observado. Las empresas se disciplinan a través de las demandas laborales que les obligan a

pagar sumas cuantiosas de dinero. No de otra manera. Este señor corrigió su mal quehacer laboral, su irregular forma de contratación cuando la jurisprudencia, la Corte, cambió, y dijo que no importaba que fuera un contrato de prestación de servicios, [que] eso no permitía presumir la buena fe. Entonces, al derruirse ese paradigma, se empezaron a imponer condenas por moratoria muy altas. Entonces ahí sí empezó a contratar a todo mundo con contratos de trabajo. Y lo mismo ha pasado en muchas, muchas empresas de todos los ámbitos: pesquero, de salud, de servicios. Se contrata mal, pero cuando vienen las demandas la gente empieza a corregir.²¹³

Por su parte, un magistrado de la Corte Suprema de Justicia analiza el cálculo de algunos empleadores sobre la violación de la ley laboral en función de la debilidad de la justicia y las barreras que enfrentan los trabajadores para acceder a la justicia:

Uno pensaría que si una empresa no cumple las obligaciones no las cumple para nadie, que (...) a todos les aplica el mismo racero. Pero fíjate que no, uno encuentra en las grandes empresas marcos o escenarios en donde el empleador cumple con todas las obligaciones laborales de un grupo, otro en las que cumple parcialmente y otro grupo de trabajadores totalmente desprotegidos. Y uno dice ¿cómo puede ser esto? Que en una misma empresa encontremos los mismos tres escenarios, como que el empresario se lo juega en los márgenes de contratación o sub-contracción. Y eso existiendo normas y jurisprudencia que señala más o menos qué se puede y qué no se puede hacer. Que el empresario se la siga jugando y dice “tercericemos aquí y sub-contratemos aquí y si nos demandan vemos como solucionamos”, eso quiere decir que es una persona calculadora. (...) Yo digo que en las grandes empresas juegan con los márgenes. El empresario sabe que la justicia es débil, que el empleado no va a demandar, juega con la necesidad del trabajador y asume riesgos de que no va a cumplir con las obligaciones laborales, porque el día de mañana puede llegar a un acuerdo con el trabajador. Creo que hay mucho de eso.²¹⁴

Pensando en la posibilidad de que abogados expertos en el área pudieran ofrecer su experiencia para ayudar a pensar en reformas que puedan mejorar la justicia laboral, al final de las entrevistas incluimos una pregunta en la que se pedía a los participantes que pensarán en dos o tres cambios que realizarían para promover este mejoramiento. La gran mayoría de jueces y abogados estuvieron de acuerdo con que una reforma elemental al sistema de justicia incluía el aumento del personal tanto administrativo como judicial para la atención de

²¹³ Juez del circuito con 16 años de experiencia profesional.

²¹⁴ Magistrado de una alta Corte con veinte años de experiencia.

las controversias laborales así como una mejora sustantiva en la profesionalización de los miembros del ministerio y de la rama judicial:

El problema de la justicia no está en la norma, está en la implementación de nuevas tecnologías, mira lo que está pasando con el Covid-19; ahora yo puedo hacer más audiencias y los procedimientos se han agilizado. Además, el número de jueces es insuficiente. Si lo comparamos con Francia o países europeos estamos realmente rezagados.

La creación de más juzgados en propiedad y no juzgados de descongestión, ya que esto es temporal y los despachos no dan abasto. La jurisdicción laboral siempre ha estado atada al concepto de descongestión y eso no ha solucionado el problema.

Sumado al aumento del personal, muchos jueces y abogados manifestaron la importancia de seguir promoviendo la virtualidad en la justicia laboral que muchos sienten que ha agilizado los procesos y facilitado el acceso a la justicia a muchos ciudadanos que pueden radicar una demanda a través del correo electrónico y/o asistir a audiencias sin largos desplazamientos en las ciudades más grandes. Finalmente, una propuesta común que compartieron jueces en los distintos escalones de la jerarquía judicial es que la competencia de los jueces de pequeñas causas debería aumentar en términos de cuantía y temas que llegan a su conocimiento, lo que permitiría aliviar la carga de los juzgados del circuito.

8.2 Los bajos costos del incumplimiento de la ley laboral

Las últimas secciones de este informe han estado dedicadas a mostrar el nivel de cumplimiento de la regulación laboral en Colombia. No se trata de un problema exclusivo de la regulación laboral sino de nuestro ordenamiento jurídico en general,²¹⁵ pero aquí nos concentraremos en las normas relativas al trabajo. Los datos judiciales que recogimos, los motivos de conflictividad que reportan los consultorios jurídicos, las necesidades jurídicas insatisfechas que reportan los ciudadanos y sobre todo las entrevistas con jueces y abogados litigantes sugieren que el principal motivo de conflictividad laboral en el país surge del desconocimiento de los derechos laborales de muchos trabajadores. La información recopilada da cuenta de un problema estructural de nuestro mercado

²¹⁵ Mauricio García Villegas, (2014) *La eficacia simbólica del derecho: Sociología política del campo jurídico en América latina*, segunda edición. Bogotá: Random House; Mauricio García Villegas (2011) *Normas de papel: la cultura del incumplimiento*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Catalina Pérez Correa, (2012) "Del instrumentalismo al cumplimiento voluntario del derecho" en Roberto Gargarella, coord., *El castigo penal en sociedades desiguales*, Buenos Aires: CIEPP-Miño y Dávila.

laboral para cuya atención nuestras instituciones no están preparadas. Dada la escasa actividad de vigilancia y control del Ministerio del Trabajo, violaciones importantes de los derechos laborales que podrían ser resueltas en sede administrativa no lo son, y, o se mantienen en la impunidad (muchos ciudadanos reportan “no hacer nada” aunque tengan conflictos laborales con su empleador) o los mismos llegan a la jurisdicción laboral. Ésta, por su parte, adolece de una alta congestión judicial, y las sentencias que se imponen son ineficaces para disuadir de posteriores incumplimientos como sugieren varios jueces.

Como señalamos en la introducción de este informe, el desconocimiento sistemático de los derechos laborales de los trabajadores mina su confianza en el Estado por una parte, y en el sistema jurídico por otra. Y esta no es una cuestión menor. Por un lado, el sentimiento de frustración e impotencia ante la vulneración de derechos sin poder acudir a una autoridad que rápida y eficazmente atienda quejas y solicitudes reduce la confianza de los ciudadanos en el Estado. Como se ha sugerido, parte de las razones por las cuales el nivel de cumplimiento con la obligación de hacer aportes a pensiones es más bajo que en salud, tiene que ver, justamente, con esta desconfianza en el Estado y sus instituciones.

En esta sección profundizamos en el análisis del costo de incumplir la ley laboral en Colombia. La primera sub-sección ofrece un ejercicio empírico para evaluar la opinión de algunos jueces y abogados laboristas que sugirieron en sus entrevistas que en Colombia es más rentable incumplir la ley laboral que cumplirla. En la segunda sección se ofrecen algunas ideas sobre la forma en que este aspecto, tan central al buen funcionamiento del mercado de trabajo, podría ser abordado en nuestro ordenamiento.

8.3 El costo del incumplimiento de las normas laborales en Colombia

Lamentablemente, dada la calidad de la información judicial con la que contamos es imposible determinar la incidencia precisa del número de casos de falsos independientes que buscan la declaratoria de la existencia de un contrato realidad en la jurisdicción laboral. Para complicar las cosas y como señaló uno de los jueces entrevistados, muchos casos que son registrados como casos en que se discute la legalidad del despido conllevan la declaratoria de la existencia de la relación laboral.²¹⁶ Finalmente, es muy probable también que algunos

²¹⁶ “Por lo general, muchas veces ocurre que las demandas donde buscan que se declare la existencia de un contrato, o que un contrato civil en realidad era laboral, casi todas tienen ligada como pretensión el despido sin justa causa. Es más inusual la demanda que es puramente persiguiendo el despido. Si ocurre, pero por lo general en los de única instancia muchas veces, incluso en los de primera instancia vienen juntas esas pretensiones. Digamos que no es la regla general

casos que se clasifican como conflictos por pagos salariales, que, como se ha visto, son muy comunes, incluyan casos de contrato realidad porque también en estos últimos se persiguen pagos no realizados al trabajador y que se derivan del reconocimiento del carácter laboral de la vinculación. En resumen, es imposible cuantificar, dada la calidad de la información con la que contamos, cuál es la incidencia del contrato realidad en la jurisdicción laboral.

De todas formas, varios jueces y abogados laboralistas coinciden en señalar que en el ordenamiento jurídico no existe una sanción con la suficiente fuerza para desincentivar a los empleadores de violar la ley laboral. Como lo indicó uno de los abogados entrevistados, las condenas son irrisorias en el sentido en que “el empleador termina pagando tardíamente lo que ha debido pagar durante la existencia del contrato de trabajo”. Nosotros añadiríamos que el empleador puede terminar pagando incluso menos de lo que debió pagar en un principio. Para explicar el caso en el que esto ocurriría, piénsese en el siguiente caso: un trabajador es vinculado a través de un contrato verbal para que preste sus servicios a un empleador. Supondremos, para los efectos del ejemplo, que, como en muchos casos, el contrato es materialmente un contrato de trabajo porque se conjugan varias de las siguientes condiciones: el trabajador cumple un horario de trabajo; acude a la sede del empleador habitualmente a prestar sus servicios y desarrolla la labor con instrumentos del empleador; el trabajador no es autónomo en el ejercicio de la labor y por el contrario recibe órdenes y es objeto de sanciones disciplinarias por parte del empleador, para mencionar sólo algunos indicios de la relación laboral. Pensemos, además, que el trabajador prestó sus servicios en esta modalidad durante un período de cinco años, lapso durante el cual sólo recibió mensualmente el pago de una suma de dinero pagada en efectivo. Es decir, ni el empleador ni el trabajador realizaban aportes al sistema de seguridad social y el trabajador no tenía el reconocimiento de otros pagos adicionales.

Como lo indicaron varios abogados y uno de los jueces entrevistados, esta es la forma de contratación de muchos trabajadores de bajos ingresos y bajo nivel educativo:

Creo que la regla general es que la persona [el trabajador] sabe y accede a esas características contractuales pese a que ya sabe que van en contra de sus derechos sustanciales. ¿Pero qué ocurre? Se someten, (...) naturalmente muchas personas prefieren estar trabajando, a no trabajar porque las condiciones que les están ofreciendo no se ajustan al derecho o a la ley. Pero, hoy

que se demande solo el despido. Casi todos acompañan su pretensión declarativa de existencia del contrato con esa pretensión de tipo indemnizatorio”. Juez de pequeñas causas.

en día ese tipo de trabajador ya sabe que cuando lo despidan, o si no le va bien, o si no le gusta, puede demandar al empleador.²¹⁷

El trabajador de nuestro ejemplo corre con suerte y durante los meses siguientes a la terminación del contrato encuentra a un buen abogado, especialista en derecho laboral, que radica una demanda contra el empleador para que se declare la existencia de un contrato de trabajo y en consecuencia, se condene al empleador al pago de todas las acreencias debidas y no pagadas.

La primera sorpresa para el trabajador de nuestro ejemplo es que algunas acreencias laborales han prescrito. En efecto, el artículo 488 del Código Sustantivo del trabajo indica que las acciones correspondientes a los derechos regulados en ese código prescriben en tres años, “que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”. Aplicando esta norma, la Corte Suprema de Justicia ha estimado que el término de prescripción varía dependiendo de la obligación de que se trate.²¹⁸ Para no detenernos en demasiados detalles técnicos, basta decir que en nuestro ejemplo, el trabajador ya no obtendrá el pago total de intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios.

Dado que la falta de pago de las acreencias laborales de un trabajador era considerado como una grave violación de sus derechos, el artículo 65 del CST establece una sanción moratoria de un día de salario por cada día de retraso en su pago.²¹⁹ Pese a que la norma no requiere la mala fe del empleador, sino que se trata de la descripción de una conducta objetiva: “si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas (...)” la Corte Suprema de Justicia, como lo sugieren algunos jueces y abogados laboralistas, ha incluido el requisito de que la conducta esté acompañada de mala fe del empleador.²²⁰ La adición del requisito de mala fe tiene el efecto

217 Juez de pequeñas causas con más de nueve años en la rama judicial.

218 Por ejemplo, de no haberse pagado el salario mínimo legal como honorarios, el trabajador tendría derecho a que se complete el pago de la diferencia entre el salario efectivamente recibido, y el monto del salario mínimo para cada período pagado. Ahora bien, dado que el salario se hace exigible al final de cada mes de trabajo vencido, por ejemplo, la prescripción del salario empezaría a contarse a partir del día siguiente al vencimiento del plazo para pagar el salario. Calculado de esta forma, para el salario de cada mes se deben contar los tres años de prescripción hacia el futuro.

219 El artículo 65 CST indica “Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor(...)”.

220 Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la que se ha sostenido que cuando se demuestra la buena fe en la actuación del deudor, puede dejarse de aplicar la indemnización moratoria legal, arguyendo además que la declaratoria del contrato realidad no conlleva inmediatamente a la condena de la indemnización moratoria, ya que es el juez de instancia quien tiene que hacer un riguroso análisis de las pruebas y los hechos del caso. Esta jurisprudencia ha sido reiterada en los últimos 10 años dentro del corporación y no han existido sentencias que se aparten de esta tesis (CSJ, Sala de Cas. Laboral: Rad

material de reducir el ámbito de aplicación de la sanción porque impone un requisito adicional para el trabajador demandante: la demostración de la mala fe del empleador.

Esta interpretación es problemática fundamentalmente porque permite que el empleador se exonere de las consecuencias de su actuación alegando su propia culpa. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el empleador alega que existía un contrato de prestación de servicios o de una naturaleza distinta a un contrato laboral. Pero mas aún, un principio clásico del derecho afirma que ‘la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento’, que aplicado a esta clase de situaciones conlleva la sanción del empleador sin que pueda excusarse en que no existió mala fe.

Desde una interpretación literal y teleológica de la norma, evadir la ley laboral a través de otras modalidades de contratación, por ejemplo, como es usual, a través de contratos de prestación de servicio, constituye, de suyo, mala fe del empleador. Es así, porque, como el mismo Código del Trabajo lo señala, las normas laborales son de orden público, de donde se sigue que los derechos y prerrogativas que ellas conceden son “irrenunciables”.²²¹ Si esta tesis se adoptara, la mayoría, si no todos, los casos de contrato realidad deberían conllevar la imposición de la sanción moratoria. Sin embargo, con base en una revisión que realizamos de los fallos proferidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia durante el año 2019 en los que se debatía el contrato realidad,²²² solamente en el 57 % de los casos se declaró la existencia de una relación laboral y dentro de las sentencias que declararon la existencia de una relación laboral en el 64 % de los casos tuvo lugar la imposición de esta sanción. Dicho de otro modo, en el 36 % de los casos en los que se estudiaron casos de contrato realidad y hubo declaratoria de la existencia de la relación laboral, la Corte no condenó al empleador a pagar la sanción moratoria. Este es un análisis de un período muy corto de tiempo y exploraciones más amplias de la jurisprudencia laboral serían necesarias para llegar a una conclusión robusta sobre la imposición de la sanción moratoria. De todas formas, el análisis que realizamos es indicativo de que, en un segmento importante de casos, pese a la declaratoria del contrato realidad, la sanción moratoria no se impone en todos los casos.

Para ver la diferencia en costos entre distintas alternativas regulatorias, la tabla 6 presenta los valores comparativos de tres escenarios de demanda

34393, 14 de agosto de 2010; Rad 356410 de 21 de febrero de 2012; Rad 59273 de 3 de octubre de 2018 y Rad 48041 de 2018).

221 Artículos 13 y 14 CST.

222 Se realizó una revisión de enero a diciembre 2019 en las bases de datos de LexBase, concentrándose únicamente en las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Como descriptores de la búsqueda se utilizaron las palabras “contrato realidad” e “indemnización moratoria”.

laboral con resultado exitoso ante la jurisdicción. Todos los escenarios se basan en los mismos hechos de nuestro trabajador con contrato verbal que sirve al empleador durante cinco años. Los cambios entre escenarios tienen que ver con las reglas aplicables, como se explica a continuación. En el escenario 1 se aplican las reglas actuales sobre prescripción para algunas prestaciones y no se aplica la sanción moratoria. En el escenario 2 se aplica la sanción moratoria y se aplican las reglas actuales de prescripción, y en el escenario 3 se aplica la de la sanción moratoria y no se aplican las reglas actuales de prescripción.

TABLA 6. Costos asociados el incumplimiento de la regulación laboral.

Rubros (Valor del contrato \$908.526)	Escenario 1	Escenario 2	Escenario 3
Prestaciones sociales	\$ 10.758.660 -\$ 6.455.196 (prescribió) = \$ 4.303.464	\$ 10.758.660 -\$ 6.455.196 (prescribió) = \$ 4.303.464	\$ 10.758.660
Auxilio de Transporte	\$ 6.387.240 -\$ 3.832.344 (prescribió) = \$ 2.554.896	% 6.387.240 -\$ 3.832.344 (prescribió) = \$ 2.554.896	\$ 6.387.240
Vacaciones:	\$ 2.271.480 -\$ 454.296 (prescribió) = \$ 1.817.184	\$ 2.271.480 -\$ 454.296 (prescribió) = \$ 1.817.184	\$ 2.271.480
Aportes al SGGS	\$ 11.458.260 ²²³	\$ 11.458.260 ²²⁴	\$ 11.458.260 ²²⁵
Indemnización moratoria ²²⁶	\$ 0 ²²⁷	\$ 10.902.312 ²²⁸	\$ 10.902.312 ²²⁹
Sanción moratoria (no pago al fondo de cesantías) ²³⁰	\$ 0 ²³¹	32.706.936	32.706.936
Total ²³²	\$ 20.133.804	\$ 63.743.052	\$ 74.484.888

²²³ Este rubro lo reciben las entidades del SGGS.

²²⁴ Este rubro lo reciben las entidades del SGGS.

²²⁵ Este rubro lo reciben las entidades del SGGS.

²²⁶ Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

²²⁷ Caso en el que no se acredita la mala fe del empleador.

²²⁸ No se han causado interés aún.

²²⁹ No se han causado interés aún.

²³⁰ Numeral 3, artículo 99 de la ley 50 de 1990.

²³¹ Caso en el que no se acredita la mala fe del empleador.

²³² Estas cifras totales deberían ser indexadas, o lo que es lo mismo, traerse a valor presente.

El ejercicio que se propone en la tabla 6 ayuda a resaltar que en el escenario 1 el empleador en realidad no tiene ninguna sanción por la contratación irregular del trabajador, y más aún, la operación de la prescripción lo favorece porque elimina pagos que habría tenido que realizar en su momento. Los escenarios 2 y 3 incrementan sucesivamente el costo del incumplimiento. Para que se materializara consistentemente el segundo escenario se requeriría un cambio en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que promoviera la imposición de la sanción moratoria en todos los casos de contrato realidad sin requerir prueba de la mala fe del empleador. Sin embargo, la operación de la prescripción sigue reduciendo el costo del incumplimiento para el empleador. El escenario 3, por su parte, requeriría tanto el cambio jurisprudencial que se acaba de señalar, como de una modificación normativa para que la prescripción laboral no sea de tres años,²³³ como es actualmente, sino que sea, por ejemplo, de diez años como ocurre en la prescripción extintiva de las acciones ordinaria en el derecho civil.²³⁴ Parece apenas razonable que, tratándose de derechos con la importancia de los derechos laborales, los mismos cuentan con unas garantías ampliadas para su ejercicio, especialmente entendiendo las barreras de acceso que en muchos casos enfrentan los trabajadores y que ya se han mencionado.

Adicionalmente, el término para contar la prescripción de la acción ordinaria laboral debería empezar a contarse al momento de terminación del contrato de trabajo para todas las acreencias laborales y no como ocurre actualmente. Como lo mostraron las entrevistas con jueces y abogados, los trabajadores están en una situación de inferioridad respecto del empleador durante la vigencia del contrato lo que inhibe a muchos de ellos de presentar reclamos legítimos oportunamente por el temor de verse despedidos.

De cualquier forma, el escenario 1 no debe ser interpretado como el que opera en la mayoría de los casos pues muchos trabajadores enfrentan barreras de acceso a la justicia. Muchos no conocen sus derechos por lo cual no los ejercen, o aún cuando los conocen, en ocasiones deciden no ejercerlos ante la policía administrativa o los jueces. Esta reticencia a recurrir a la autoridad puede estar atada a distintos factores o a un conjunto de ellos. Por ejemplo, pensar que necesitan un abogado para canalizar sus solicitudes, no confiar en que su queja o reclamo será atendida por las autoridades, o pensar que los gastos en tiempo que requiere movilizar a las autoridades serán en vano. Barreras adicionales pueden estar relacionadas con la necesidad de conseguir un nuevo trabajo rápidamente lo que reduce el tiempo disponible para la gestión

233 Esta prescripción puede ampliarse, de acuerdo con el artículo 489, cuando el trabajador presenta al empleador un reclamo por escrito. La presentación de esa reclamación escrita, hace que se inicie de nuevo el conteo de los tres años establecidos por el artículo 488 CST.

234 El artículo 2536 del Código Civil distingue entre la prescripción de la acción ejecutiva (cinco años) y la ordinaria (diez años).

de la queja o reclamo, entre otros. Una barrera muy poco explorada en nuestro contexto pero con investigaciones en otros, es el desincentivo que genera la posibilidad de que los empleadores tomen medidas de retaliación contra el trabajador demandante como lo mencionaron algunos de los abogados entrevistados.²³⁵

A las barreras de acceso a la justicia se suman las barreras de permanecer en procesos largos cuyo resultado es muchas veces incierto. Como lo indicaron algunos jueces, los procesos de declaratoria de contrato realidad son difíciles por la cantidad de pruebas que hay que ordenar, practicar y evaluar. Pese a que la ley laboral consagra la presunción de que la relación personal de trabajo está regida por un contrato de trabajo, lo que es una gran ventaja probatoria, algunos demandantes tienen dificultades para probar que existió una relación personal de trabajo. Para algunos demandantes sus únicos posibles testigos aún trabajan con el empleador, lo que disminuye las posibilidades de que declaren a su favor. Otros no logran probar los extremos temporales de la relación laboral lo que disminuye el valor de su reclamación al período que sí pueden probar. Finalmente, en algunas ocasiones los abogados que los defienden, a causa de su falta de técnica jurídica, disminuyen sus posibilidades de éxito.

Adicionalmente, debido a la congestión judicial los procesos muchas veces se extienden en el tiempo lo que para el trabajador en ocasiones genera un desgaste adicional mientras que para el empleador puede ser una estrategia jurídica para motivar la conciliación del trabajador. En la mayoría de los casos, los trabajadores son demandantes de ocasión, que se enfrentan al aparato de justicia pocas veces en la vida, y para quienes acceder a la justicia tiene un costo alto en términos de recursos económicos y de tiempo. En contraste, los empleadores demandados son muchas veces demandados frecuentes, que cuentan con abogados expertos y versados en el litigio laboral lo que les permite poner esas economías de escala a su servicio, incrementando sus posibilidades de éxito.²³⁶

Finalmente, incluso si el trabajador de nuestro ejemplo ganara el proceso laboral y consiguiera la declaratoria del contrato realidad, la materialización de su derecho depende de su capacidad para ejecutar la sentencia lo que no siempre es fácil. Como señalaron algunos jueces, las personas naturales pueden insolventarse para evitar pagar la condena o ser ejecutados y las empresas medianas y pequeñas que son las principales empleadoras, pueden liquidarse y reconstituirse dificultando el cobro por parte del trabajador.

²³⁵ Brake, D. L. (2005). Retaliation. Minn. L. Rev., 90, 18.

²³⁶ Galanter, M. (1974). Why the haves come out ahead: Speculations on the limits of legal change. Law & Soc'y Rev., 9, 95. Edelman, L. B., & Suchman, M. C. (1999). When the "haves" hold court: Speculations on the organizational internalization of law. Law and Society Review, 941-991.

Lo que se ha presentado hasta aquí no es exclusivo del empleo privado, como lo sugirieron las entrevistas con abogados y jueces. Por el contrario, varios participantes mencionaron la alta frecuencia con la cual casos similares de contrato realidad ocurren en el empleo público. Por ejemplo, las cifras disponibles del Departamento Administrativo de la Función Pública muestran que de los 30.161 cargos que se crearon entre 2010 y 2018, 23.995 corresponden a formalización laboral en el afán del Estado por cumplir las recomendaciones del la OIT.²³⁷ Sin embargo, la formalización de más de 23mil empleos entre 2010 y 2018 es mucho más que superada por las cifras de contratación posteriores del Estado Colombiano. Por ejemplo, las bases de datos de Colombia Compra Eficiente, muestran que los contratos de prestación de servicios con el Estado han aumentado de manera dramática de 18.764 contratos en 2010 a 661.001 en 2019.²³⁸

La discusión sobre por qué deberían cumplirse las normas es amplia.²³⁹ Para algunos, lo deseable es que los ciudadanos cumplan las normas porque las mismas son el producto de un proceso democrático al cual los ciudadanos le dan su aval a través del voto. También porque están de acuerdo moral y éticamente con su contenido, o porque ellas materializan sus convicciones éticas o políticas. Estas formas de cumplimiento de las normas serían ideales por un grupo de motivos que incluyen una mayor cohesión social y una mayor conciencia de la forma en que las normas facilitan la vida social. Pero, además, porque de ser así, el Estado asumiría menores costos asociados a su cumplimiento. Pero, alternativamente, cuando no existe esa coincidencia entre la conciencia democrática de los ciudadanos y el contenido de la ley, la forma en que se persigue su cumplimiento es a través de mecanismos que incentiven o desincentiven determinadas conductas.

Por ejemplo, se ha encontrado que las personas suelen contribuir al bien común en la medida en que perciben que otras personas también están contribuyendo a él, y tienden a obedecer en la medida en que otros también lo hacen. Si, en cambio, es notorio que la mayoría o un segmento amplio de la población no coopera o está tomando ventaja de quienes sí lo hacen, la tendencia es a cesar la cooperación e intentar tomar ventaja en la medida de lo

237 La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones hizo esta recomendación al Estado colombiano al encontrar una alta proporción de cargos del Estado eran suplidos a través de contratos de prestación de servicios que en realidad enmascaraban una relación laboral. Departamento Administrativo de la Función Pública (2018). Informe Ejecutivo 2010-2018 Buen Gobierno para Construir Confianza. Recuperado de: https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/616038/2018-07-26_Informe_ejecutivo_2010-2018.pdf/9e-db2c34-41f3-27b7-35aa-2dcc79302685

238 Colombia Compra Eficiente (25 de marzo de 2021) Radicado: Colombia Compra Eficiente.

239 Para ver una revisión de este debate: Catalina Pérez Correa "Por qué las personas obedecen al derecho: desincentivo, normativismo y cumplimiento del derecho" (estudio preliminar en Tom Tyler, (2014), *La obediencia del Derecho*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

posible.²⁴⁰ Ahora bien, la forma de incentivar la cooperación, para esta línea de investigación, debe consistir en incentivos más que en sanciones por el incumplimiento, pues la aplicación constante de castigos a los no cooperantes puede generar la percepción de que muchas personas no están cumpliendo y promover, a su vez, instancias de incumplimiento.²⁴¹

Para autores como Freedman, cuando se pretende lograr que se reduzca la frecuencia con la que se realiza una determinada conducta, no sólo se debe establecer una sanción que supere la ganancia estimada para quien lleva a cabo la conducta indeseable, sino que la sanción elegida debe ser eficazmente aplicada.²⁴² La eficacia en la aplicación de las sanciones puede hacer que el efecto del desincentivo se amplíe, lo cual sucede cuando se ha internalizado el temor a la sanción (*internalized deterrence*) como resultado de la imposición de sanciones consistentes en el pasado. De manera relacionada, Tyler y Fagan han concluido que los procedimientos a través de los cuales se imponen sanciones deben ser consistentes en severidad a lo largo del tiempo.²⁴³ Esto debe ser así porque en contraste, si los ciudadanos perciben que los procedimientos son arbitrarios, inconstantes o parcializados, los mismos pueden ser considerados injustos. Esto último genera cuestionamientos sobre la legitimidad del proceso y sobre la autoridad que los tramita y aplica lo que a la larga disminuye la disposición a cumplir con esos mandatos.

²⁴⁰ Dan Kahan, 2003. "The logic of reciprocity: Trust, collective action and law" *Michigan Law Review*, vol. 102 n. 1:71-103.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² Freedman.

²⁴³ Tom Tyler y Jeffrey Fagan 2008, "Legitimacy and cooperation: Why do people help the police fight crime in their communities?" *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 6:231-275.

9. Diagnóstico y alternativas

Las recomendaciones que se presentan a continuación surgen del diagnóstico presentado en este informe y se presentan emparejadas con el problema que las origina. No se trata de reformas que individualmente adoptadas logren los cambios estructurales que propone esta misión, sino que deben ser adoptadas en conjunto y dentro del marco de propuestas amplias resultado del trabajo conjunto de esta misión de empleo.

Ministerio del Trabajo - Inspección y vigilancia

Diagnóstico	Alternativas/Recomendaciones
El incumplimiento de la ley laboral en Colombia es muy alto. De acuerdo con el estándar de la OIT, en Colombia deberían existir 1969 inspectores del trabajo, pero el país cuenta con 904. Para agravar la situación, de acuerdo con información proveída por el Ministerio en el año 2020, de las 904 vacantes disponibles tan sólo 854 estaban ocupadas. De esta falta de personal se derivan problemas de gestión, sobrecarga laboral para los inspectores existentes y demoras en los procesos administrativos, entre otros problemas. Para el año 2019, sólo el 7 % del presupuesto del Ministerio del Trabajo estuvo destinado a gastos generales, de personal e inversión de la cartera. Las funciones de inspección y vigilancia deberían extenderse a las pequeñas y medianas empresas que son la principal fuente de empleo del país.	• Aumentar los recursos para la gestión del Ministerio del trabajo, en particular los destinados a la labor de inspección y vigilancia. • Aumentar el número de inspectores para alcanzar el estándar establecido por la OIT: 1969 inspectores para 2021. • Promover la capacitación y especialización de los inspectores del trabajo en las áreas de regulación laboral, seguridad social y derecho administrativo. • Fortalecer la función preventiva del Inspector del Trabajo, elaborando estrategias pedagógicas y de información para crear una cultura de cumplimiento de la legislación laboral entre empleadores y trabajadores. • Fortalecer las competencias de investigación y sanción de los inspectores del trabajo contenidas en las normas existentes. • Fomentar el ejercicio de las labores de inspección y vigilancia no sólo en las grandes empresas sino en las pequeñas y medianas que son la mayor fuente de empleo del país. • Robustecer el procedimiento sancionatorio, junto con las sanciones, para castigar eficazmente la infracción a las normas de derecho laboral. • Promover con más fuerza los acuerdos de formalización laboral que se han reducido en los últimos años. • Fomentar y ampliar el impacto del programa Equipares para promover la equidad de género en el empleo. • Garantizar que el Ministerio del Trabajo tenga cobertura en todo el territorio nacional. • Otorgarles competencias jurisdiccionales a los inspectores para que puedan resolver lo relativo a la existencia de una relación laboral y los efectos económicos y jurídicos que se derivan de esta decisión, tomando como modelos el caso de España y Estados Unidos. • De la mano de los inspectores del trabajo y atendiendo a las necesidades propias de la labor, mejorar el acceso a herramientas tecnológicas para la gestión y registro de casos que se surten ante el Ministerio.

Diagnóstico	Alternativas/Recomendaciones
La justicia laboral tiene el índice de congestión más alto de la jurisdicción ordinaria (59 %), sin embargo, el número de jueces ha permanecido estático hace años. La inaplicación de la sanción moratoria en casos de contratación ilegal reduce los incentivos de los empleadores para cumplir la ley. Sólo el 39 % de los trabajadores con que en el año 2020 tenían un problema derivado de la relación laboral acudieron a un tercero para resolverlo. El 61 % de personas, pese a tener conflictos laborales, <i>no hace nada para resolverlos</i>. Los ciudadanos enfrentan una serie de dificultades para acceder al aparato de justicia. El país no cuenta con información estadística judicial confiable para establecer las causas de la conflictividad laboral y por eso por eso no podemos prevenir estos conflictos.	• Creación de más juzgados laborales para cumplir con los estándares internacionales de la OCDE, es decir, contar 65 jueces laborales por cada 100.000 habitantes. • Para reducir la sobrecarga de trabajo, algunos de los nuevos cargos podrían ser de jueces laborales de ejecución quienes se hagan cargo del cumplimiento de las sentencias en los procesos ejecutivos. • Para redistribuir la carga de procesos entre las distintas jerarquías, y particularmente reducir la demanda de los juzgados del circuito, se debería ampliar la competencia de los jueces de pequeñas causas. • Los jueces laborales deben promover la aplicación sistemática de la sanción moratoria como resultado de la evasión de la regulación laboral. La imposición de esta sanción no debe estar supeditada a condicionamientos adicionales. • Para mejorar el acceso a la justicia de los trabajadores de más escasos recursos, promover la remuneración de los curadores ad litem, que asumen la defensa de trabajadores que no pueden acceder a un abogado pagado con sus propios recursos. • Promover y ampliar el uso de herramientas digitales en los juzgados del país lo que ha facilitado el acceso ciudadano a la justicia laboral.

Diagnóstico	Alternativas/Recomendaciones
El motivo principal de la conflictividad laboral en el país proviene del incumplimiento de la ley laboral. Este incumplimiento ocurre en todas las etapas del contrato de trabajo, desde antes de su formación hasta después de su terminación. Todas las infracciones a la ley laboral deberían ser eficazmente sancionadas. Uno de los principales problemas del trabajo de las mujeres en el país es que son víctimas de discriminación en el empleo sin que la misma se refleje en casos ante la jurisdicción.	• Modificar la regla de prescripción de la acción laboral (artículo 488 del C.S. del T.) ordinaria para que la misma tenga una extensión igual a la de la acción civil ordinaria (10 años). • Modificar el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, adicionándolo para que se señale que el conteo de la prescripción, para todos los efectos, en los casos de contrato realidad, comienza a contar al finalizar la relación laboral. • Elaborar un sistema de desincentivos (sanciones y multas) para que las entidades del sistema de seguridad social cumplan con la garantía de los derechos de los usuarios, reduciendo la litigiosidad innecesaria. • Regular el período precontractual en materia laboral que actualmente no está regulado. La regulación debería promover procesos de selección más transparentes y sanciones a los empleadores que utilicen criterios discriminatorios por motivos de raza, sexo, orientación sexual, creencia religiosa, afiliación política, entre otros, para la selección de personal. Así mismo, la regulación debería establecer cuáles son los exámenes médicos necesarios y que pueden practicarse a los candidatos a un empleo para evitar motivos discriminatorios adicionales. • Para movernos en la senda de la equidad de género en el empleo: • Promover la ampliación de la licencia de paternidad para que esta tenga una extensión similar a la licencia con que cuentan actualmente las mujeres. • Eliminar las diferencias en edades pensionales entre hombres y mujeres para ampliar el período en que ellas pueden hacer cotizaciones al sistema de seguridad social. • Formular y promover una política de articulación familia-trabajo que estimule a los empleadores a conceder flexibilidad a sus trabajadores, hombres y mujeres para asumir responsabilidades de cuidado ocasional. • Promover el reconocimiento del derecho al cuidado como un derecho social que impone la articulación de infraestructura y recursos que lo redistribuyan, liberando a las familias y a las mujeres que son quienes lo asumen actualmente.

Diagnóstico	Alternativas/Recomendaciones
La falta de información detallada sobre la conflictividad laboral en el país impide que los organismos de control y el legislativo tomen medidas oportunas para disminuirla y prevenirla.	• Asignar a los consultorios jurídicos universitarios el deber de reportar la información sobre conflictividad laboral de manera estandarizada para permitir el recaudo de la información y su sistematización. • Asignar a alguna entidad del estado, como el Ministerio del Trabajo, de Justicia, o el Consejo Superior de la Judicatura, el recaudo, sistematización y publicación de la información proveniente de los consultorios jurídicos universitarios. • Mejorar la técnica de recolección de datos de la jurisdicción por parte del Consejo Superior de la Judicatura para que sea posible entender los motivos de conflictividad que se están promoviendo ante la jurisdicción.

Referencias

- Abadía Alvarado, L. K., & De la Rica, S. (2020). The evolution of the gender wage gap in Colombia: 1994 and 2010. *Cuadernos de Economía*, 39(81), 857-895.
- Antonio, J., Gaviria, E. O., & De Ramírez, M. (1987). El problema laboral colombiano, Tomo I. Contraloría General de la Republica
- Badel, A., & Peña, X. (2010). Decomposing the gender wage gap with sample selection adjustment: Evidence from Colombia. *Documento CEDE*, (2010-37).
- Benard, S., & Correll, S. J. (2010). Normative discrimination and the motherhood penalty. *Gender & Society*, 24(5), 616-646.
- Bernal S, R. (2009). The informal labor market in Colombia: identification and characterization. *Revista Desarrollo y Sociedad*, (63), 145-208.
- Blanchard, O., & Landier, A. (2002). The perverse effects of partial labour market reform: fixed-term contracts in France. *The Economic Journal*, 112(480), F214-F244.
- Brake, D. L. (2005). Retaliation. *Minn. L. Rev.*, 90, 18.
- Bustamante, J. (2006). Factores que inciden en la cobertura del Sistema Pensional en Colombia. Archivos de Economía, Documento 312, DNP
- Bygren, M., Erlandsson, A., & Gähler, M. (2017). Do employers prefer fathers? Evidence from a field experiment testing the gender by parenthood interaction effect on callbacks to job applications. *European Sociological Review*, 33(3), 337-348.
- Cepeda Emiliani, L., & Barón, J. D. (2012). Educational segregation and the gender wage gap for recent college graduates in Colombia.
- Consejo Nacional de Competitividad (2020) Informe Nacional de Competitividad 2020-2021. Recuperado de: https://compite.com.co/informe/informe-nacional-de-competitividad-2020-2021/pensiones/#cpc_breadcrumb
- Consejo Superior de la Judicatura (2020) Informe de la Rama Judicial al Congreso de la República. Recuperado de: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/5597675/1.+Informe+al+Congreso+2019+Rama+Judicial_BAJA.pdf/c5d41f1b-8001-48dc-9d86-690804e3d5de
- DANE (2020). Brecha salarial de género en Colombia
- Dane (2021) Población fuera de la fuerza laboral (inactiva) en Colombia. Un análisis con perspectiva de género. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/genero/publicaciones/presentacion-poblacion-fuera-de-la-fuerza-laboral-en-Colombia.pdf> Revisado por última vez el 15 de julio de 2021.
- Departamento Administrativo de la Función Pública (2018). Informe Ejecutivo 2010-2018 Buen Gobierno para Construir Confianza. Recuperado de: https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/616038/2018-07-26_Informe_ejecutivo_2010-2018.pdf/9edb2c34-41f3-27b7-35aa-2dcc79302685

- DNP (2021). Necesidades jurídicas en Colombia 2020. Identificación y caracterización. Bogotá: DNP (no publicado).
- DNP. 2016. Necesidades jurídicas en Colombia 2016. Recuperado de <https://onedrive.live.com/?authkey=%21ACXaCJsVUclMU4Q&cid=29FEF95E5619B0D2&id=29FEF95E5619B0D2%213133&parId=29FEF95E5619B0D2%213124&o=OneUp>
- Epstein, R. A. (1995). *Forbidden grounds: The case against employment discrimination laws*. Harvard University Press.
- Eslava, M., Haltiwanger, J., Kugler, A., & Kugler, M. (2014). The effects of regulations and business cycles on temporary contracts, the organization of firms and productivity. Documentos de Trabajo del CEDLAS.
- Farné, S. (2003). *Estudio sobre la calidad del empleo en Colombia*. OIT.
- Farné, S. (2015). Acuerdos de formalización laboral: ¿ruta hacia la formalización en Colombia?. Friedrich-Ebert-Stiftung.
- Fernández, M., Ibáñez, A. M. & Peña, X. (2014). Adjusting the Labor Supply to Mitigate Violent Shocks: Evidence from Rural Colombia, *Journal of Development Studies*, Vol. 50, No. 8.
- García, M., & Rodríguez, C. A. (2003). Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. DERECHO Y SOCIEDAD EN AMÉRICA LATINA: UN DEBATE SOBRE LOS ESTUDIOS, 15.
- Galanter, M. (1974). Why the haves come out ahead: Speculations on the limits of legal change. *Law & Soc'y Rev.*, 9, 95.
- Edelman, L. B., & Suchman, M. C. (1999). When the "haves" hold court: Speculations on the organizational internalization of law. *Law and Society Review*, 941-991.
- García M, (2014) La eficacia simbólica del derecho: Sociología política del campo jurídico en América latina, segunda edición. Bogotá: Random House; Mauricio García Villegas (2011) Normas de papel: la cultura del incumplimiento, Bogotá: Siglo del Hombre Editores;
- García, J. (2003). "Estudio de incentivos y desincentivos a la afiliación y cobertura de planes de pensiones previsionales en América latina y el Caribe". Banco Interamericano de Desarrollo. Obtenido de http://www.cepal.org/cgibin/getProd.asp?xml=/celade/noticias/paginas/8/12168/P12168.xml&xsl=/celade/tpl/p18f.xsl&base=/celade/tpl/top-bottom_env.xslt
- García, M. (2009). Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas.
- Gaviria, A (2004). Ley 789 de 2002: ¿Funcionó o no? Documentos CEDE, 45. Recuperado de https://economia.uniandes.edu.co/components/com_booklibrary/ebooks/D2004-45.pdf.
- Gaviria, L. G. A., & Duque, J. A. P. (2012). Género, trabajo y desigualdades sociales en peluquerías y salones de belleza de Bogotá. *Revista CS*, (10), 93-129.
- Goldin, C. (1994). "The U-Shaped Female Labor Force Function in Economic Development and Economic History", NBER Working Paper No. 4707
- Gualavisi, M., & Oliveri, M. L. (2016). Antigüedad en el empleo y rotación laboral en América Latina. Nota técnica del BID, (1072).

- Guatequí, J. C., & Suaza, A. F. G. (2009). Efectos de la reforma laboral: ¿más trabajo y menos empleos? (No. 005511).
- Guha-Khasnobis, B., Kanbur, R., & Ostrom, E. (2006). Beyond formality and informality. *Linking the formal and informal economy: Concepts and policies*, 4, 75-92.
- Hodges, M. J. (2020). Making Motherhood Work: How Women Manage Careers and Caregiving.
- Iregui-Bohórquez, A. M., Melo-Becerra, L. A., Ramírez-Giraldo, M. T., & Tribin-Urbe, A. M. (2020). The path to gender equality in Colombia: Are we there yet?. *Borradores de Economía*; No. 1131.
- Kahan, D. M. (2003). The logic of reciprocity: Trust, collective action, and law. *Michigan Law Review*, 102(1), 71-103.
- Lenis, M (2007). Transformación del Trabajo y Regulación Laboral: 1990-2006. Precedente. *Revista Jurídicas*. n., 157-181. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1437>
- López Rodríguez, A. L. (2019). Evaluación de políticas pensionales para reducir la brecha de género en la etapa de retiro en Colombia
- López, H.; Rhenals, R. Impacto de la reforma laboral sobre la generación y calidad del empleo, Medellín, Corporación CIDE, 2004
- López Castaño, H. (1986). La misión Chenery: una invitación a pensar en el mediano y en el largo plazo.
- Lora, E., & Henao, M. L. (1995). Efectos económicos y sociales de la legislación laboral. Fedesarrollo.
- Martín-ez-Álvarez, J. (2014). "Impacto de las Reformas Económicas Neoliberales en Colombia des-de 1990". In *Vestigium Ire*. Vol. 8, PP. 78-9
- Merchán, C. (2015). Sector rural colombiano: dinámica laboral y opciones de afiliación a la seguridad social. *Coyuntura Económica*. Vol. XLV, No. 2, págs. 137-182.
- Ministerio de Salud y Profamilia, Encuesta Nacional de Demografía y Salud 2015, Tomo 1, p. 204 disponible en: <https://profamilia.org.co/wp-content/uploads/2018/12/ENDS-TOMO-I.pdf> Revisado por última vez el 16 de julio de 2021.
- Muñoz Segura, A. M. (2019). La pensión de vejez en Colombia: el recorrido histórico entre la exclusión y la universalidad. Ediciones Uniandes-Universidad de los Andes.
- Núñez, J. "Éxitos y fracasos de la reforma laboral en Colombia", Documento CEDE, núm. 43, 2004.
- OIT (2010). *Fundamentals of labour administration*. Ginebra: OIT, 2010.)
- OIT (1970). *Hacia el pleno empleo: un programa para Colombia, preparado por una misión internacional*. OIT.
- Otero-Cortés, A., & Otero-Cortés, A. (2019). El mercado laboral rural en Colombia, 2010-2019. Documento de Trabajo sobre Economía Regional y Urbana; No. 281.

- Pérez, C, (2012) “Del instrumentalismo al cumplimiento voluntario del derecho” en Roberto Gargerella , coord., El castigo penal en sociedades desiguales, Buenos Aires: CIEPP-Miño y Dávila.
- Política Monetaria, S., del Mercado Laboral, G. D. A., Bonilla-Mejía, L., Flórez, L. A., Hermida, D., Lasso-Valderrama, F. J., ...
- Portes, A., Castells, M., & Benton, L. A. (Eds.). (1989). *The informal economy: Studies in advanced and less developed countries*. JHU Press.
- Prieto, J. E. R. (2018). *La maternidad y el empleo formal en Colombia* (No. 016328). Banco de la República-Economía Regional.
- Pulido, K. (2020). Deterioro histórico del mercado laboral por la crisis sanitaria: ¿cuánto se debió a las restricciones sectoriales de aislamiento?. Reporte del Mercado Laboral-Julio de 2020 No. 15
- Quiroga Camacho, S (2021). Análisis de la brecha pensional de género en Colombia: reflejo de una legislación que pone en desventaja a las mujeres.
- Ramírez, N & Camelo, P. (2021) “Determinantes de la participación de las mujeres en el mercado laboral”. Proyecto Quanta-Cuidado y Género <https://cuidadoygenero.org/wp-content/uploads/2021/07/Determinantes-participacion-4.pdf>
- Ramírez, N & Garzón, T. (2021) “Sobre los hombros de las mujeres: Análisis Jurídico de la Provisión de Cuidado en Colombia y sus implicaciones”, Proyecto Quanta, disponible en: <https://cuidadoygenero.org/wp-content/uploads/2021/07/Provision-cuidado-5.pdf>
- Ramírez, N (2017) “Bargaining Women: Negotiating are and Work Across Formality and Informality in the Colombian Garment Industry” en archivo con la autora.
- Ramírez, N. (2019). “ A mí me gustaría, pero en mis condiciones no puedo”: maternidad, discriminación y exclusión en el mercado laboral colombiano. *Revista CS*, (1), 241-270.
- Recalde, G., Blanco, T. L., & Bonilla Maldonado, D. (2017). Justicia de pobres: Una genealogía de los consultorios jurídicos en Colombia. *Revista de Derecho*, (47), 4-72.
- Rodríguez, A. L. L. (2019). Evaluación de políticas pensionales para reducir la brecha de género en la etapa de retiro en Colombia (No. 017568).
- Rodríguez, Cesar. La Justicia laboral. En: SOUSA SANTOS, Boaventura de y GARCIA VILLEGAS, Mauricio. El caleidoscopio de las justicias en Colombia: Análisis socio-jurídico. Bogotá: Siglo de Hombre Editores, 2001. P.631
- Tenjo J (2020) ¿Hay segmentación por sexo en el mercado laboral? Trabajo presentado en el Simposio de Estudios del Trabajo 2021. Disponible en: <https://mpira.ub.uni-muenchen.de/108841/>
- Tenjo, J. Bernat, L. & Uribe, A. (2007). Algunos aspectos del funcionamiento del mercado laboral en el sector rural. Misión para el diseño de una estrategia para la reducción de la pobreza y la desigualdad (MERPD). Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, Colombia

- Torres, N. (2019). Determinantes del acceso al sistema de seguridad social en pensiones en Colombia durante el año 2016. Disponible en: <https://ciencia.lasalle.edu.co/economia/905>
- Tyler, T., & Fagan, J. (2006). Legitimacy and cooperation: Why do people help the police fight crime in their communities? (Paper n°. 06-99). New York: Columbia Law School. Public Law & Legal Theory Working Paper Group.
- Universidad Distrital Francisco José de Caldas & Ministerio del Trabajo (2019) Estudio Técnico para la modernización y Fortalecimiento del Ministerio del Trabajo. Convenio Interadministrativo No. 338 de 2019.
- Uribe A. et al, “¿En qué se parecen y en qué se diferencian las estadísticas obtenidas a partir de la GEIH y de la ENUT?. Un análisis comparativo y descriptivo acerca del mercado laboral y el trabajo no remunerado” Proyecto Quanta-Cuidado y Género Febrero 2021. Disponible en: <https://cuidadoygenero.org/publicaciones/>
- Uribe, A. M. T., Vargas, C. O., & Bustamante, N. R. (2019). Unintended consequences of maternity leave legislation: The case of Colombia. *World Development*, 122, 218-232.
- Vargas, C. (2017). Determinantes de la probabilidad de contar con afiliación a seguridad social de los trabajadores en Colombia durante el período 2008-2015. Disponible en: <https://ciencia.lasalle.edu.co/economia/248>

