



ANÁLISIS DEL PROYECTO DE REFORMA LABORAL EN COLOMBIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA

Alfonso Miranda L. y David Cotrina R.

Análisis del Proyecto de Reforma Laboral en Colombia desde la Perspectiva de las Normas de Libre Competencia

Julio 2023



Alfonso Miranda Londoño

Abogado y Especialista en Ciencias Socioeconómicas (Universidad Javeriana), Magister en Derecho (LLM) (Universidad de Cornell) y Ph.D. en Derecho (Universidad de Salamanca). Fundador y Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC).



David Enrique Cotrina Rodríguez

Abogado (Universidad Javeriana), Especialista en Derecho Procesal (Universidad del Rosario) y candidato a Maestro en Derecho Procesal (Universidad Externado de Colombia). Abogado del área de Derecho de la Competencia en Esguerra Asesores Jurídicos.

Abstract: El Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC) quiere participar en la discusión del Proyecto de Ley No. 367-2023C *"Por medio de la cual se adopta una reforma laboral para el Trabajo digno y decente en Colombia y se modifican parcialmente el Código Sustantivo del Trabajo, ley 50 de 1990, la ley 789 de 2022 y otras normas laborales"* (en adelante el *"Proyecto de Ley"*).

El presente análisis busca establecer los efectos que pueden causar las normas que incluye este proyecto de ley sobre la libre competencia en los mercados colombianos.

I. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA

1. EL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Desde el punto de vista objetivo, el Derecho de la Competencia es el conjunto de normas que protegen la libre competencia en el mercado. Se trata de normas por medio de las cuales el Estado interviene en la economía y limita las libertades de las personas y las empresas para proteger la eficiencia económica, la libre participación estas en el mercado y el bienestar de los consumidores.

Con base en su facultad de intervención, el Estado expidió la Ley 155 de 1959 *"por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas"*, que, aunque tiene antecedentes tales como la Ley 27 de 1888, la Ley 16 de 1936, la Ley 5 de 1947 y el Decreto 2061 de 1955, debe ser considerada como la norma fundadora del derecho a la libre competencia en Colombia.

El espíritu y la naturaleza del Derecho de la Competencia se encuentran adecuadamente explicados en las palabras del doctor Hernando Agudelo Villa, entonces ponente de la actual Ley 155 de 1959, quien en su exposición de motivos señaló:

"El proyecto no se inspira en el ánimo de desalentar, ni mucho menos, el crecimiento de las empresas o su integración, por cuanto precisamente la disminución de costos, los precios favorables y la mejor calidad de los productos, dependen de manera especial de industrias que puedan producir en grande escala. Y porque los males sociales no provienen en sí del hecho de que las empresas sean unidades económicas robustas, sino de las prácticas nocivas, que con base en su poder económico, pueden ejecutar en perjuicio de los intereses generales de la comunidad."

Bien entiende el Gobierno que el estatuto sobre prácticas restrictivas es imperfecto y que la discusión de él en el Congreso puede mejorarse con la incorporación de sanciones a otros hechos que se consideren lesivos de la libre competencia. El ánimo del Ejecutivo es únicamente el de iniciar en el país el proceso legislativo tendiente a impedir prácticas restrictivas, y a garantizar la real operancia de la fuerza competitiva, que considera de utilidad social, porque protege los intereses de los consumidores y evita los abusos de poder, emanados de las combinaciones impersonales y de las concentraciones monopolísticas, fuera de que la competencia es el más eficaz instrumento para promover el desarrollo tecnológico" (Se destaca)¹.

Las palabras del doctor Agudelo Villa mantienen su vigencia en el día de hoy, ya que capturan lo que en esencia busca el derecho de la competencia moderno, cuyo objetivo no es prohibir ni satanizar el monopolio en sí mismo, sino más bien, proteger y promover la competencia. Para esto, se prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, así como el ejercicio abusivo de una posición dominante en el mercado en perjuicio de los consumidores, de los competidores actuales y potenciales, y de la economía en general.

En efecto, este fue el espíritu que imperó en la Constitución Política de 1991 cuando se estableció la libre competencia como un principio de rango constitucional (artículo 333) y también como un derecho colectivo (artículo 88):

"La libre competencia es principio básico de este sistema económico. La nueva Constitución lo recoge de manera expresa al señalar que ella es un derecho de todos, que como cualquier derecho presupone responsabilidades. Es un postulado que quiere tutelar de tal manera, que le impone al Estado la obligación de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica, así como la de evitar o controlar cualquier abuso de posición dominante en el mercado nacional.

La verdad es que poniéndose a la altura de nuestro tiempo, caracterizado por la internacionalización de la economía, que implica facilitar a las empresas nacionales ser todo lo grande que sea posible para que puedan alcanzar la capacidad competitiva que las saque avantes en el mercado internacional, no prohíbe las posiciones dominantes en el mercado nacional sino apenas su abuso"² (Se destaca).

Por esta razón, el artículo 333 de la Constitución Política establece lo siguiente:

"Artículo 333. *La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación".

¹ Exposición de motivos del Proyecto de Ley "Por el cual se dictan normas sobre prácticas comerciales restrictivas" de 1958, que dio paso a la Ley 155 de 1959.

² Pérez González-Rubio, Jesús, "Régimen económico, libre empresa, Competencia Económica, Monopolios e intervención del Estado". Informe de Ponencia para el primer debate en plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 80 de jueves 23 de mayo de 1991. Págs. 18 y ss.

La libre competencia económica es protegida en nuestro ordenamiento porque genera múltiples beneficios para los consumidores, por ejemplo, al permitirles recibir precios más bajos, así como productos y servicios de mejor calidad.

En esta medida, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de la posibilidad que tiene el Estado para intervenir en la economía, y con el fin de proteger el derecho colectivo a la libre competencia, debe ejercer sus facultades de inspección, vigilancia y control para evitar que los agentes en el mercado incurran en prácticas restrictivas de la competencia, con el fin de garantizar *"la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica"*³.

2. LA POTESTAD DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

La intervención del Estado en la Economía fue introducida en Colombia, como parámetro constitucional de funcionamiento del Estado, por medio del Acto Legislativo número 1 de 1936, en el cual se establecía que el Estado intervendrá *"por medio de leyes"*. Lo anterior, constituyó un primer paso, al dotar al Estado de facultades para establecer el marco jurídico de la actividad económica. Aunque antes de dicha reforma constitucional ya se habían expedido muchas leyes que implicaban la intervención del Estado en la economía⁴, no existía un principio Constitucional de intervención en esta.

El antiguo artículo 32 de la Constitución Política de 1886 fue nuevamente reformado por el Acto Legislativo número 1 de 1945, en el cual se determinó que el Estado intervendría *"por mandato de la ley"*, con lo cual se introdujo oficialmente la posibilidad de que el Estado interviniera en la economía en forma directa, en competencia con los particulares.

El mencionado artículo fue modificado una vez más mediante el artículo 6 del Acto Legislativo número 1 de 1968, que marcó la llamada *"descentralización administrativa por servicios"*, que fue una política de intervención directa en la economía a través de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

Actualmente, el artículo 334 de la Constitución Política, que fue modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 3 de 2011, establece lo siguiente:

"Artículo 334. *La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.*

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. (...)".

En tal medida, el Estado es el director general de la economía, lo que lo faculta para intervenir, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, con la finalidad de mejorar

³ Ley 1340 de 2009, artículo 3.

⁴ Para poner un ejemplo simple, considérense las leyes 25 de 193 y 45 de 1923, por medio de las cuales se crearon el banco de la república y la Superintendencia Bancaria y se promulgó la primera ley de bancos en Colombia. Es evidente que estas normas implican una intervención del estado en la economía.

la vida de los colombianos. En particular, el Estado debe intervenir para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todos los habitantes tengan acceso a los bienes y servicios básicos, así como para promover la productividad, competitividad y el desarrollo del país.

2.1. El Marco Jurídico de la Intervención del Estado en la Economía

La intervención del Estado en la economía se encuentra enmarcada de manera precisa en el ordenamiento jurídico de nuestro país, como se puede observar en los siguientes puntos:

- Como se mencionó anteriormente, el artículo 333 de la Constitución Política establece la libre iniciativa privada y la libre competencia económica como principios fundamentales dentro de lo que se ha denominado la *"Constitución Económica"*.
- De manera concordante, la Constitución Política garantiza el derecho a la igualdad (Art. 13 C.P.), la propiedad privada (Art. 58 C.P.), la libertad para escoger profesión u oficio (Art. 26 C.P.) y la libertad de asociación, (Art. 38 C.P.), los cuales son, junto con la libre competencia económica, los pilares de la economía social de mercado diseñada por el Constituyente de 1991, como una expresión del Estado Social de Derecho.
- La libertad económica y la iniciativa privada son tan importantes en nuestro ordenamiento jurídico, que solamente pueden ser limitadas o restringidas válidamente con autorización del pueblo, expresada a través de sus representantes, en la forma de una ley de intervención económica.
- En efecto, a pesar de la importancia de estos principios, la misma Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han señalado que existen unos límites para el ejercicio de la libertad económica.
- Así, el primer inciso del artículo 333 de la C.P. habla del bien común como límite a la libertad económica y el inciso final de dicha norma señala que *"la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación"*.
- Asimismo, el artículo 334 de la C.P. señala que la dirección general de la economía se encuentra a cargo del Estado, el cual intervendrá *"en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, (...) para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano"*.
- De conformidad con estas normas, el Estado puede adoptar diferentes medidas de intervención con el fin de racionalizar la economía y buscar el bienestar y la protección del interés general. Estas medidas de intervención pueden incluso restringir las libertades consagradas en el inciso primero del artículo 333 de la Constitución Política.
- En relación con los límites a los que se encuentra sometida la libertad económica, la Corte Constitucional, en la sentencia C-560 de 1994, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, señaló lo siguiente:

"El artículo 333 de la Constitución establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero advierte que la libertad a ellas reconocida habrá de ejercerse dentro de los límites del bien común.

La libre competencia económica, si bien es un derecho de todos a la luz del mismo precepto, supone responsabilidades, por lo cual la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija, entre otros factores, el interés social.

Así, en materias como las que tratan las normas demandadas, la Corte estima indispensable recalcar que, a la luz de la preceptiva constitucional vigente y siguiendo el criterio

de la prevalencia del interés público en ella consagrado, no puede permitirse que aspectos tales como los límites de endeudamiento de las instituciones financieras, los topes de los créditos que ellas otorgan, las clases y requisitos de las garantías exigidas a los deudores, o los niveles de patrimonio mínimo de quienes ejercen la gestión financiera, queden librados a la más absoluta discreción de los entes participantes o dependan en forma exclusiva de las fuerzas del mercado y del incontrolado juego de la oferta y la demanda. La presencia estatal activa, técnicamente orientada y razonablemente dirigida, dentro de unas políticas globales que preserven el sano y armónico desenvolvimiento de la actividad crediticia, resulta insustituible como garantía para el público y como factor que incide en la solidez del sistema económico en su conjunto" (Se destaca).

- Con posterioridad, la Corte Constitucional, en la sentencia C-398 de 1995, con ponencia del mismo Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, reiteró las facultades de intervención del Estado en la economía en los siguientes términos:

"Pero insiste la Corte en que la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1o), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohijado. (Se ha resaltado).

*En un Estado Social de Derecho, dentro del cual el Poder Público asume responsabilidades tales como la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, no menos que la de promover la productividad y la competitividad, y que tiene a su cargo la orientación de la política económica hacia el desarrollo armónico de las regiones (artículo 334 C.P.), **la libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado. Esta se debe dar, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, todo lo cual implica indudables limitaciones, correctivos y controles para la iniciativa particular.** Se trata, al fin y al cabo, de realizar fines esenciales del Estado como los de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (Preámbulo y artículo 2o C.P.), en ejercicio de un papel dinámico y activo inherente a su función básica de dirección general de la economía (artículo 334 C.P.). (Se ha resaltado).*

*A juicio de la Corte, la libre competencia económica no excluye en modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar fines que le son propios, **como los indicados en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución.**" (El destacado es del original).*

- Luego, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-043 de 1998, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, estableció que la libre iniciativa privada no es un límite para las actividades de intervención y regulación a cargo del Estado:

"[E]n un Estado Social de Derecho donde el Poder Público asume responsabilidades tales como la dirección general de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos, la libre iniciativa privada no puede erigirse como un derecho absoluto ni como un obstáculo insuperable para la actividad de intervención del Estado, particularmente en materia económica y de servicios públicos. Es así como el propio artículo 333 de la Carta permite el desarrollo de dicha iniciativa privada, pero '... dentro de los límites del bien común' y, a su vez, faculta a la ley para delimitar su alcance '... cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.'" (Se ha resaltado).

En línea con lo anterior, la Corte Constitucional ha puesto de presente que la Constitución Política adoptó un modelo de Economía Social de Mercado dentro del Estado Social de Derecho. En dicho modelo se reconoce a la empresa como motor de desarrollo social, al tiempo que le asigna al Estado la obligación de intervenir con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social⁵. La Corte ha manifestado que la eficiencia del modelo de economía social de mercado está sujeta a su funcionamiento en condiciones competitivas, y que la ausencia de sus supuestos teóricos genera resultados indeseables, incluso contrarios a los principios del Estado Social de Derecho.

De acuerdo con la Corte, fenómenos como las externalidades, las asimetrías de la información, la existencia de barreras de entrada y los monopolios, entre otros, tienen como consecuencia que el precio y la calidad de los bienes, servicios y oportunidades no sean ofrecidos en condiciones competitivas, y que, por lo mismo, no se alcance la asignación eficiente de los recursos que persigue la Constitución⁶.

Así, por ejemplo, la Corte estudió los efectos de las externalidades negativas con ocasión de la Sentencia T-080 de 2015 y manifestó que estas pueden llegar a ocasionar determinadas dinámicas sociales de empobrecimiento, pauperización del entorno social más cercano, y restringir el crecimiento abstracto de la economía y del producto⁷. En dicha línea, la Corte ha manifestado lo siguiente:

*"Pero, en realidad, son los compradores (entre quienes se incluyen, por ejemplo, los usuarios de los servicios públicos) quienes se benefician en mayor medida de un mercado siempre que éste funcione en condiciones competitivas. Un mercado competitivo conlleva a una permanente búsqueda de la eficiencia de los oferentes, lo cual supone que los compradores podrán beneficiarse de una reducción relativa de los precios o de una mejora de la calidad de lo que adquieren. Sin embargo, cuando no se presentan los supuestos teóricos de la libre competencia, el mercado genera resultados indeseables, muchos de los cuales resultan contrarios al Estado social de derecho"*⁸.

De esta forma el legislador tiene un margen amplio para intervenir en la economía y la Corte Constitucional ha explicado que sobre esta intervención no opera un control de constitucional estricto⁹.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha precisado que puede realizar un análisis frente a la intervención del Estado en la economía si *"de manera directa la norma vulnera los derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas"*¹⁰.

Con la finalidad de establecer si una restricción en la economía impuesta por el legislador es legítima, la Corte Constitucional ha indicado que se debe evaluar:

"(i) si la limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume" (Se destaca)¹¹.

En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional ha indicado que la intervención del Estado en la economía debe cumplir los siguientes requisitos formales y materiales: "i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer

5 Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

6 Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

7 Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

8 Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

9 Corte Constitucional, Sentencia C-392 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

10 Corte Constitucional, Sentencia C-265 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

11 Corte Constitucional, Sentencia C-624 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad¹².

II. ANÁLISIS DEL IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL EN LA LIBRE COMPETENCIA

1. Modificación de la estructura de costos de los trabajadores

1.1. Aumento de costos de los empleadores

Uno de los principales impactos que podría generar el Proyecto de Ley es un aumento de los costos que deben asumir los empleadores por el capital humano, lo cual puede tener efectos sobre su forma de competir en el mercado.

Este aumento de costos se daría principalmente como consecuencia de las modificaciones que se proponen sobre **(i)** la forma de vinculación contractual; **(ii)** el aumento de las sanciones por los despidos sin justa causa; **(iii)** la jornada nocturna; **(iv)** el valor del recargo por trabajar domingos y festivos; **(v)** la laboralización de los contratos de aprendizaje; **(vi)** estabildades laborales más rígidas; y **(vii)** sanciones más elevadas.

A continuación, analizamos cada uno de estos aspectos.

1.1.1. Aumento de los costos por la modificación de la forma de vinculación contractual

El artículo 4 del Proyecto de Ley pretende modificar el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo para establecer que “[l]os trabajadores y trabajadoras serán vinculados mediante contrato de trabajo a término indefinido” y que “[e]xcepcionalmente podrán celebrarse contratos de trabajo para atender tareas de naturaleza temporal, ya sea por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada o, para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio”.

Esto a su vez se refuerza con lo establecido en el artículo 5 del Proyecto de Ley, que busca modificar el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, al determinar que los contratos a término definido, o los que son por obra o labor determinada deben **(i)** tener una duración superior a un mes, e inferior a dos años; **(ii)** ser específicamente celebrados para atender necesidades temporales del empleador; **(iii)** ser realizados por escrito; y **(iv)** en dicho escrito se debe plasmar claramente la necesidad temporal que se pretende atender y su duración.

Sumado a esto, el artículo 15 del Proyecto de Ley limita el uso de los contratos de prestación de servicios al establecer que no pueden celebrarse este tipo de contratos “ni cualquier otro tipo de contrato civil o mercantil con personas naturales para realizar actividades permanentes y subordinadas en empresas privadas”.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley señala que “del total de ocupados asalariados o formales (alrededor de 9 millones de trabajadores de un total de 22 millones de ocupados), en la franja de personas entre 25 y 64 años solo el 52,5% tiene un contrato a término indefinido, cuestión que se agrava en las personas más jóvenes ya que en la franja de personas entre los 15 y 24 años solo el 30,5% tiene un contrato a término indefinido”¹³.

Como consecuencia de estos cambios, será necesario para muchos de los participantes en el mercado cambiar la forma de vinculación laboral de sus trabajadores para pasar a tener una contratación por un término indefinido.

Esta modificación puede motivar la laboralización de muchas relaciones que no son laborales ni podrían

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-361 de 2002. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³ Proyecto de Ley 367-2023C, Pág. 36.

serlo, lo cual generaría costos adicionales para los contratantes, como el pago de prestaciones sociales. Esto podría afectar la generación de actividad económica que se canaliza por mecanismos diferentes de los del contrato de trabajo. Dicho lo anterior, debe reconocerse que aún antes de la reforma, los contratos de prestación de servicios en los cuales estuvieran presentes los elementos de la relación laboral, es decir del "contrato realidad", como es el caso del horario, subordinación, la publicidad, etc., son contratos de trabajo con todas sus características. En este punto, la reforma no cambia mucho la percepción de lo que establece el Derecho Laboral; simplemente lo hace más explícito.

1.1.2. Aumento de los costos por el aumento del valor de las indemnizaciones por despidos sin justa causa

Un aspecto crucial a considerar en relación con el impacto del Proyecto en la libre competencia es el aumento de las indemnizaciones por terminación de contrato. Si bien es importante garantizar la protección de los trabajadores, un incremento significativo en las indemnizaciones puede generar fricciones en la movilidad laboral y obstaculizar la capacidad de las empresas para responder de manera oportuna y necesaria a las demandas cambiantes de productividad. En la práctica, este aumento se refleja en mayores costos asociados a la terminación de contratos por parte de la empresa, lo que puede desincentivar a las empresas para realizar ajustes eficientes en su fuerza laboral y limita su capacidad de adaptarse rápidamente a las condiciones del mercado y mantener su competitividad.

Al respecto, el artículo 8 del Proyecto de Ley, que pretende modificar el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, aumenta el valor de las indemnizaciones que debe pagar el empleador por despedir a un empleado sin justa causa.

Así, dicha disposición señala que para los contratos a término definido o los de obra o labor, la indemnización por terminación sin justa causa será la del tiempo que faltare para completar el término del contrato o para terminar la obra o labor encomendada, pero que en ningún caso será de menos de cuarenta y cinco (45) días de salario. La legislación vigente establece que este mínimo es de quince (15) días, por lo que la reforma propuesta triplica el valor mínimo de la indemnización para este tipo de contratos.

Frente a los contratos a término indefinido, el Proyecto de Ley propone aumentar la indemnización a cuarenta y cinco (45) días de salario cuando el trabajador no tuviere una vinculación superior a un año, y, si tiene un vínculo superior, de cuarenta y cinco (45) días de salario por cada año trabajado.

Actualmente, si el trabajador tiene un salario inferior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la indemnización es de treinta (30) días de salario si la vinculación es inferior a un año, y si lleva más de un año trabajando de treinta (30) días de salario por el primer año y veinte (20) días de salario adicionales por cada año trabajado. Si el empleado gana más de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la indemnización es de veinte (20) días de salario por el primer año de trabajo y quince (15) días adicionales.

En tal sentido, el valor de la indemnización por despido sin justa causa podría ser superior entre ciento cincuenta por ciento (150 %) y un trescientos por ciento (300 %).

Si bien podría pensarse que este es un costo que no afecta a los empleadores salvo que decidan despedir a uno de sus trabajadores, lo cierto es que para una planeación financiera adecuada se debe hacer una provisión de su valor, por lo que su aumento podría tener efectos independientemente de la ocurrencia del despido.

1.1.3. Aumento de los costos por la modificación del trabajo nocturno

El artículo 16 del Proyecto de Ley, que modifica el artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo, modifica la jornada laboral para establecer que el trabajo nocturno es el que se realiza entre "las seis horas (6:00 pm) y las seis horas del día siguiente (6:00 am)".

Debe recordarse que actualmente el trabajo nocturno tiene un recargo del treinta y cinco por ciento (35 %),

como lo establece el numeral 1 del artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo.

Según la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley:

"[p]ara un empresario que pague mensualmente todos los componentes de la seguridad social en salud y pensiones y demás prestaciones sociales, un trabajador de un salario mínimo mensual vigente (SMMLV) le cuesta \$1.927.007, es decir que los costos mensuales de seguridad y prestaciones sociales son del 66,1%. Si a este costo se le adiciona el correspondiente al incremento de los recargos nocturnos entre 6 pm. y 9 pm., el costo total mensual sería de \$2.081.372. Es decir que el sobre costo se elevaría en 13,3%"¹⁴.

Este sobrecosto del trece punto tres por ciento (13,3 %) podría ser especialmente importante para aquellos establecimientos de comercio que funcionan principalmente en horarios nocturnos, como los bares y restaurantes.

1.1.4. Aumento de los costos por la modificación del valor del recargo por trabajar los domingos y festivos

El artículo 20 del Proyecto de Ley, que modifica el artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que *"[e]l trabajo en domingo o días de fiesta se remunera con un recargo del ciento (100%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas"*.

Actualmente, este recargo es del setenta y cinco por ciento (75 %), por lo que la modificación implica un aumento del veinticinco por ciento (25 %).

Este veinticinco por ciento (25 %) que deberá ser pagado a los trabajadores que laboren los domingos y festivos podría tener un impacto importante en la generalidad del comercio del país, pues muchas de las ventas se realizan precisamente en estos días.

1.1.5. Aumento de los costos por la modificación del valor del apoyo de sostenimiento de los contratos de aprendizaje

El artículo 21 del Proyecto de Ley modifica el artículo 81 del Código Sustantivo del Trabajo para establecer, entre otras cosas, que para los contratos de aprendizaje y *"[d]urante toda la vigencia de la relación, la persona recibirá de la empresa una remuneración que, en ningún caso, será inferior al salario mínimo legal vigente, o del estipulado en convenciones colectivas o fallos arbitrales"*.

Debe recordarse que, según el artículo 30 de la Ley 789 de 2022, la contribución que actualmente se paga por estos contratos es un cincuenta por ciento (50 %) del salario mínimo legal mensual vigente para quienes están en la fase lectiva y del setenta y cinco por ciento (75 %) para quienes están en la parte práctica.

En consecuencia, con esta modificación la contribución aumentará entre un veinticinco por ciento (25 %) y un cincuenta por ciento (50 %) del salario mínimo legal mensual vigente por cada trabajador.

De igual manera, también se debe tener en cuenta las empresas que tengan quince (15) o más empleados, están obligados a tener un aprendiz por cada veinte (20) trabajadores y uno adicional por fracción de diez (10) o superior que no exceda de veinte (20) trabajadores, según lo establece el artículo 33 de la Ley 789 de 2002. En tal sentido, este aumento impactará también a la pequeña y a la mediana empresa.

Además, existe un impacto de mayor envergadura que se da desde el momento en que el proyecto define el contrato de aprendizaje como un contrato de trabajo especial a término fijo, regido por las normas del Código Sustantivo del Trabajo. Lo que esta definición implica es que por el contrato de aprendizaje se causarían prestaciones sociales y vacaciones, lo cual incrementa los costos en más de un 33%.

¹⁴ Proyecto de Ley 367-2023C, Pág. 56.

Además de las fricciones en la movilidad laboral, el impacto del Proyecto sobre la libre competencia podría manifestarse en dos situaciones adicionales que plantean desafíos significativos: En primer lugar, la extensión de beneficios y cargas laborales a toda la cadena productiva implicaría un aumento sustancial de costos que podría impactar negativamente la generación de empleo. Este incremento en los costos laborales puede dificultar la capacidad de las empresas para contratar nuevo personal o incluso mantener su fuerza laboral existente, lo cual podría limitar su crecimiento y desarrollo en un entorno altamente competitivo.

En segundo lugar, la negociación por industria (a la cual nos referiremos más adelante), donde los empleadores y los sindicatos de cada sector económico establecen los costos laborales, podría generar una práctica anticompetitiva. En esta dinámica, los actores con mayor poder de negociación establecerían los costos laborales para todo el sector, independientemente del tamaño de la empresa o su capacidad productiva. Esta situación perjudicaría a la mayor parte del empresariado colombiano, compuesto en su mayoría por pequeñas y medianas empresas. Al estar sujetas a los mismos costos laborales que las grandes empresas, estas pymes podrían enfrentar dificultades para competir en igualdad de condiciones, lo que afectaría su viabilidad y su contribución al desarrollo económico del país, aspectos estos que serán tratados más adelante.

1.1.6. Estabilidades laborales más rígidas

El artículo 7 del Proyecto de Ley recoge una serie de estabilidades laborales reforzadas, las cuales no permiten la terminación del contrato de trabajo sino por hechos constitutivos de justa causa, previa decisión judicial o administrativa. Lo anterior, implica que en caso de que la terminación del contrato de trabajo no se dé por una justa causa o no esté precedida de la autorización previa, procederá el reintegro del trabajador.

Estas estabilidades laborales reforzadas, a las cuales se les denomina también fueros sindicales, son: el fuero de salud, el fuero de personas discapacitadas, el fuero de maternidad, el fuero de paternidad y el fuero de pre pensionados.

Si bien tales fueros ya tenían creación legal o jurisprudencial, en el Proyecto de Ley se exacerban en tanto que la jurisprudencia había sido clara en precisar que en los casos de fueros de salud, de personas discapacitadas y de pre pensionados, la terminación del contrato de trabajo sería válida si se probaba la terminación del contrato de trabajo por una justa causa (o causal objetiva), aunque no se hubiera seguido procedimiento previo para obtener la autorización para ello. Ahora el proyecto establece que, aun existiendo clara justa causa o causal objetiva ("*causa legal*" a las voces del proyecto, como por ejemplo terminación de la labor u obra) el empleador deba sufragar los honorarios de un abogado para obtener la autorización y adicionalmente incurrir en los costos que implica un contrato de trabajo hasta el momento en que se dé la respectiva autorización.

Del mismo modo es importante señalar que la jurisprudencia tenía por sentado que quien ya había cumplido los requisitos de semanas de cotización no era sujeto de la estabilidad laboral de pre pensionados. El Proyecto intenta modificar esto al establecer que todas aquellas personas a las cuales les falten tres (3) años o menos para cumplir con la edad para pensionarse, aún teniendo las semanas necesarias cotizadas, serán sujetos de esa protección.

Además, el Proyecto pone a una entidad del poder ejecutivo (Ministerio de Trabajo) a definir la existencia de una justa causa (lo cual hoy solo corresponde al Juez) para que consecuentemente dé, o no, la respectiva autorización.

Finalmente se crea el fuero por arbitrariedad o discriminación. En efecto el artículo 10 del Proyecto dispone que cualquier terminación de un contrato de trabajo por motivos arbitrarios o discriminatorios será ineficaz.

Al respecto lo primero que se debe aclarar es que por definición la terminación de un contrato de trabajo sin justa causa es discrecional o si se quiere "arbitraria", en el sentido en que no hay una causa que la ampare, más allá de la voluntad del empleador, razón por la cual se debe pagar una indemnización. El artículo del Proyecto que aquí se comenta, pone en entre dicho la posibilidad del empleador de realizar terminaciones de contratos de trabajo sin justa causa. Si se pensaba que las estabilidades laborales reforzadas a las que ya se hizo alusión pretendían proteger a unos grupos especiales que debían contar con una protección excep-

cional, ahora se entiende que ello no es así y que la protección del reintegro se da a cualquier persona que se considere discriminada por la razón que fuere. Basta para lo anterior que el trabajador alegue cualquier motivo discriminatorio, para que se invierta la carga de la prueba y sea el empleador el que deba demostrar que la terminación no obedeció a las causales discriminatorias alegadas por el extrabajador demandante.

1.1.7. Sanciones más elevadas

La indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, hoy en día se aplica por el no pago completo de salarios y/o prestaciones legales a la terminación del contrato de trabajo. Tal sanción se extiende en el artículo 9 del Proyecto a quien no pague de manera completa prestaciones convencionales e indemnizaciones. Así las cosas, y dependiendo de la interpretación de los jueces, se pone en riesgo al empleador que termina el contrato de trabajo pero que después es vencido en juicio en el cual el juez declare que la terminación del contrato de trabajo no obedeció a hechos constitutivos de justa causa, a que se le imponga, no sólo la indemnización por despido sino la moratoria a que se viene comentando. Asimismo, en caso de duda respecto de la aplicación -o no- de un beneficio convencional -y de su no pago-, el empleador podrá ser condenado al pago del beneficio no legal y además a la indemnización moratoria.

1.2. Posibles consecuencias del aumento de los costos

Las modificaciones propuestas en el Proyecto de Ley generan aumento de los costos del capital humano para los empleadores y de la incertidumbre de las consecuencias a la terminación de un contrato de trabajo.

Adicionalmente, también podría haber un aumento indirecto en los costos de producción distintos del capital humano, pues los precios de los insumos productivos también podrían aumentar como consecuencia del crecimiento en los costos del capital humano de los proveedores.

Este aumento de los costos de los empleadores, podría generar las siguientes consecuencias:

- a. **Aumento de los precios de los productos o servicios:** El precio de todo producto es la sumatoria del valor de los costos más la utilidad que el fabricante o proveedor de los productos o servicios aspira obtener con la venta de los mismos.

Por ello, al aumentar los costos asociados al capital humano, una de las opciones que tiene el empleador para sostener su pago es el de aumentar el precio de los productos o servicios.

Esto no es deseable para el país, pues ante el aumento de los precios de los productos o servicios, los consumidores verán reducida su capacidad adquisitiva y no podrán adquirir la misma cantidad de ellos, lo que indudablemente afectaría su bienestar.

Lo anterior puede ser especialmente grave si se tiene en cuenta el aumento de los precios que los productos y servicios han tenido como consecuencia de la inflación que sufrió el país en el período 2022 - 2023.

- b. **Disminución de la calidad de los productos o servicios:** Para asumir el aumento de los costos del capital humano y de las materias primas que podrían derivar del Proyecto de Ley, los empleadores también podrían optar por reducir la calidad de sus productos o servicios, con la finalidad de reducir sus costos.

Para tal fin podrían cambiar sus materias primas o sus insumos productivos por unos más baratos.

Esto también afecta a los consumidores, pues podrían recibir productos y servicios con calidades más bajas, pero por el mismo precio.

- c. **Disminución de la rentabilidad del empleador:** Los empleadores también podrían reducir

su rentabilidad para asumir el aumento de los costos, sin tener que afectar sus precios o la calidad de sus productos o servicios.

Esto no es necesariamente deseable, pues esto puede reducir su capacidad de competir en el mercado, al contar con medios más reducidos para hacerlo. Competir requiere inversiones y si los productores o proveedores no cuentan con suficientes ingresos, difícilmente podrán llevarlas a cabo.

Así, por ejemplo, la reducción en la rentabilidad podría traducirse en la imposibilidad de ofrecer mejores precios o descuentos.

- d. Disminución de la competencia en el mercado:** Si alguno de los competidores de un mercado llega a no tener problemas para solventar el aumento de los costos, por ejemplo porque tiene un capital lo suficientemente robusto para solventar por un tiempo los costos sin afectar sus precios u otras variables competitivas, y puede así continuar compitiendo agresivamente, es posible que pueda sacar a sus demás competidores del mercado por la imposibilidad que ellos tienen de competirle en las mismas condiciones.

Posteriormente, cuando no tenga competidores, podrá aumentar los precios de sus productos y recuperar las inversiones que realizó o las pérdidas en que incurrió para obtener esa posición en el mercado, lo cual podría afectar a su vez a los consumidores.

- e. Despidos:** Ante el aumento de los costos y la necesidad de incrementar los precios de los productos o los servicios, o reducir la rentabilidad de los empleadores, podría suceder que, en cambio, estos decidan buscar una reducción de los costos.

Teniendo en cuenta que esta situación se presenta como consecuencia del aumento en los costos del capital humano, podría existir el incentivo para los empleadores de despedir a algunos de sus trabajadores para reducir los costos de producción y poder así mantener los precios, los ingresos y la capacidad de competir de la empresa.

Esto a su vez podría generar un aumento en la oferta de trabajadores, lo que podría incidir en una reducción de los beneficios que recibirían al ser contratados.

A su vez, el desempleo también podría redundar en una menor oferta de bienes y servicios y por ende en el incremento de los precios en la economía.

- f. Pérdida de competitividad de las PYMES:** Para analizar el impacto que podría tener el Proyecto de Ley en las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES), es importante tener en cuenta el estudio que presentó el Observatorio Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana, donde se resalta su importancia para la economía mundial:

"Por otro lado, el mercado laboral colombiano, como se verá más adelante, está conformado preponderantemente por pequeñas y medianas empresas (pymes). Las pymes son unidades económicas que tienen, por lo general, menos de 250 empleados. En muchos países, más del 90% de la totalidad de las empresas pueden considerarse pymes, y gran parte de éstas se sitúan en la categoría de microempresas, al operar con menos de diez empleados. A pesar del reducido tamaño de cada unidad por separado, las pymes tienen un impacto significativo en la economía global. Según los datos recopilados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la actividad de las microempresas y las pequeñas empresas (pymes), sumada a la de los trabajadores por cuenta propia, alcanza la asombrosa tasa de 70% del empleo mundial. Además, las empresas con menos de 100 empleados generan más del 50% de los nuevos puestos de trabajo en todo el mundo.

En este contexto, es importante destacar que las pymes no sólo crean empleo, sino que

actúan también como motores del crecimiento económico y el desarrollo social. En la mayoría de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), las pymes representan más del 50% del producto interior bruto (PIB), índice que alcanza hasta un 70% según algunas estimaciones mundiales. Tal contribución al PIB varía en función de los sectores, y es particularmente elevada en los servicios, sector en el que las pymes aportan como mínimo el 60% del PIB en prácticamente todos los países de la OCDE¹⁵.

En el mismo estudio, se presentaron las siguientes consideraciones en relación con las PYMES en Colombia:

"Hechas estas precisiones, Colombia un país de microempresarios y pequeños empleadores con trabajos informales. El tejido empresarial que soporta el empleo del país según cifras de febrero de 2023 en el Informe del Ministerio de Comercio Industria y Turismo refleja que en el país se tienen 1.809.330 empresas activas, de las cuáles apenas se reportan 4.821 grandes empresas, 13.203 medianas empresas, 56.890 pequeñas empresas y 1.734.416 micro empresas. Los contratos de trabajo, por supuesto, se concentran mayoritariamente en las medianas y grandes empresas. Ha existido además un llamado de la Organización Internacional del Trabajo desde Octubre de 2019 con su Informe el Poder de lo Pequeño, para proteger la cadena de valor. Es decir, crear tejidos empresariales, que estando coordinados y operando entre sí, puedan contribuir al crecimiento de las micro y pequeñas empresas y a su vez, garantizar empleos de calidad en los términos regulados por la legislación.

Con independencia de la edad, la mayoría de los trabajadores colombianos, dependientes e independientes, trabajan en microempresas con hasta 5 trabajadores. Las grandes empresas, no alcanzan siquiera a representar el 25% de los empleos del país, tal y como se evidencia a continuación:

(...)

En el trabajo rural, la microempresa no sólo es mayoría, sino que es el empleador o contratante de más del 80% de los trabajadores¹⁶.

A partir de lo anterior, el Observatorio Laboral concluye que *"la reforma laboral que requiere Colombia no puede ser pensada desde las condiciones de las grandes empresas. Se requiere tomar regulaciones y medidas diferenciales proporcionales a las capacidades de las micro y pequeñas empresas, quienes son la mayoría de los empleadores y contratantes del país¹⁷.*

Concordamos con las consideraciones y las conclusiones de este estudio. Colombia es un país donde predominan las PYMES y esto es algo que debe ser tenido en cuenta al momento de reformar la legislación laboral, pues los impactos de las modificaciones pueden afectar principalmente a este sector de la economía.

Los costos que generaría el Proyecto de Ley se generan para todos los empleadores, sin distinción, por lo que su valor solamente variará dependiendo de la cantidad de trabajadores que tenga.

Esto puede generar una pérdida de competitividad de las micro, pequeñas y medianas empresas del país, quienes posiblemente no tienen un capital lo suficientemente amplio como para poder solventar el aumento de sus costos sin afectar su operación.

15 Pontificia Universidad Javeriana, Observatorio Laboral. "Reforma Laboral. Una aproximación desde la academia". Presentado al Congreso de la República el 17 de abril de 2023. Disponible en <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2023-04/EJERCICIO%20ACADEMICO%20REFORMA%20LABORAL.pdf>

16 Ibidem.

17 Ibidem.

- g. Pérdida de competitividad de los productores locales:** Si el aumento de los costos por el capital humano es lo suficientemente significativo para los productores nacionales, se puede generar un desplazamiento de la producción hacia países que ofrezcan condiciones más ventajosas.

De igual forma, también puede suceder que los proveedores o distribuidores prefieran no adquirir de parte de productores nacionales -por tener precios más altos, por ejemplo- y sea más rentable para ellos importarlos de otros países.

En últimas, estos aumentos en los costos podrían significar una afectación para el núcleo esencial del derecho a la libertad de empresa y el derecho de la competencia, pues podrían ser tan altos que impidan que muchas de las personas naturales y jurídicas puedan seguir participando en el mercado.

Se entiende que las propuestas del Proyecto de Ley buscan mejorar las condiciones laborales de los trabajadores. Sin embargo, estas podrían generar la desaparición de empleadores y, con ello, la reducción del número de empleados. Por ello, no parece que las modificaciones obedezcan a motivos adecuados o suficientes, y no parecen razonables, ni proporcionales.

En tal sentido, estas modificaciones parecen no cumplir con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para la intervención del estado en la economía.

2. Otros aspectos que pueden incidir en los estados financieros y en la competitividad

Aunque no inciden directamente en los costos, si llaman la atención dos temas contenidos en el proyecto de reforma, que claramente afectan los estados financieros de las empresas y su competitividad.

El primero de ellos está contenido en el artículo 12 del Proyecto, que de manera llamativa establece que para que una persona pueda ser considerada como contratista o subcontratista debe *“tener su propia organización empresarial y especialización productiva”*. Lo anterior, implica que la ley laboral prohibiría que las empresas puedan realizar contratos civiles o mercantiles con personas naturales que no tengan una organización empresarial y especialización productiva, las cuales son claramente más débiles en el mercado.

Asimismo, se impone la solidaridad del contratante respecto de todas las obligaciones laborales del contratista, aún cuando las labores realizadas por el contratista no sean del giro ordinario del contratante, lo cual es un requisito que hoy en día existe en nuestra legislación, pero que desaparecería con la reforma. Lo anterior evidentemente impulsará a los contratantes a contratar servicios solamente con contratistas que tengan una sólida posición financiera, para minimizar el riesgo de tener que responder solidariamente por las obligaciones laborales del contratista.

Por otro lado, la modificación del término de prescripción que hoy en día es de tres (3) años y que quedaría en cinco (5) (artículos 72 y 73 del Proyecto), sumado a la posibilidad de interrumpir este plazo con la reclamación realizada por el trabajador, afectará los estados financieros de las empresas al tener que reflejar en ellos contingencias por tiempos superiores.

3. Disminución de los desarrollos técnicos

El artículo 32 del Proyecto de Ley señala lo siguiente:

“Artículo 32. Protección del trabajador en procesos de automatización. En procesos de automatización que puedan implicar la terminación de puestos de trabajo, los trabajadores que ocupan los cargos que podrían ser afectados o reemplazados en un proceso de modernización o automatización, previa consulta con las organizaciones sindicales existentes en la empresa, tienen derecho a:

- 1) Ser reconvertidos laboralmente, al menos durante los 6 meses anteriores a la aplicación de la

automatización o modernización que implique la terminación de su puesto de trabajo, mediante la incorporación a rutas y programas de formación para el trabajo conforme a la reglamentación que expida el Ministerio del Trabajo sobre el particular.

2) Ser reubicado laboralmente en otro cargo o área de la empresa en similares o mejores condiciones de trabajo.

3) Agotadas las posibilidades contempladas en los numerales anteriores, y si fue imposible la reubicación laboral, el empleador deberá solicitar autorización al Ministerio del Trabajo cuando se trate de despidos colectivos.

4) Si el Ministerio del Trabajo autoriza el despido, el trabajador o trabajadora tiene derecho a recibir una indemnización equivalente a la contemplada en el artículo 64 de este Código.

5) La persona ingresará a la ruta de empleabilidad del Servicio Público de Empleo.

Parágrafo. El Ministerio del Trabajo reglamentará un seguro de desempleo por automatización o modernización y una forma de continuidad en la cotización de la seguridad social del trabajador afectado por este proceso".

De esta forma se busca proteger al trabajador que puede llegar a ser afectado por un proceso de automatización a través de la reconversión laboral y su reubicación en otro puesto de trabajo dentro de la misma empresa. En caso de que esto no sea posible, será necesario obtener la autorización del Ministerio del Trabajo para despedir al trabajador y pagarle la indemnización por despido sin justa causa, que el mismo Proyecto de Ley también busca aumentar.

La automatización, como todo desarrollo tecnológico, es importante para el desarrollo de las empresas y de las industrias, pues les permite ahorrar costos y producir mejores productos o servicios.

La modificación que propone el Proyecto de Ley podría generar un desincentivo para los desarrollos tecnológicos, pues aumentaría el costo de realizarlos e, incluso, si no se obtiene el permiso pertinente, podría resultar innecesario.

Esto puede generar un retraso en el desarrollo industrial del país y una afectación a los consumidores, quienes tendrían que adquirir productos y servicios a precios más altos o con menos calidad que si se presentara el desarrollo técnico.

Es fundamental reconocer que la automatización no solo tiene el potencial de aumentar la productividad de las empresas, sino que además se ha convertido en una necesidad para no perder competitividad frente a otros países que la están impulsando activamente. La adopción de tecnologías automatizadas puede actuar como un motor para generar nuevos empleos, especialmente en el contexto de la transición energética que estamos experimentando. Es por lo tanto crucial que cualquier propuesta en materia laboral no retrase este proceso, sino que, por el contrario, promueva la formación necesaria para aprovechar las oportunidades que la automatización ofrece.

Es bien sabido que aquellos que tienen menos capacitación para enfrentar los nuevos desafíos tecnológicos son los primeros en perder sus empleos. Por lo tanto, es esencial brindar una educación orientada al trabajo, que prepare a los trabajadores para las nuevas tecnologías y habilidades requeridas en un entorno automatizado. Aquellos que estén debidamente preparados para adaptarse y utilizar estas nuevas tecnologías serán quienes puedan abordar satisfactoriamente los retos que plantea el entorno económico moderno y quienes podrán asegurar su empleabilidad y contribuir al desarrollo económico y social en esta era de rápidos avances tecnológicos.

4. Intercambio de información

El artículo 47 del Proyecto de Ley, modifica el artículo 354 del Código Sustantivo del Trabajo y establece que una de las garantías del derecho de asociación sindical es el de "acceso a la información".

Según esta garantía:

"[L]as organizaciones de trabajadores y trabajadoras tienen el derecho a conocer la situación social y económica de la empresa, grupos de empresas o del sector que representen. Como mínimo las empresas entregarán periódicamente la siguiente información a las organizaciones sindicales que tengan afiliados en la empresa: copia de los estados financieros de la empresa e información sobre el número total de trabajadores, cargos y formas de vinculación".

La misma disposición establece que una conducta antisindical es la de "[n]egarse injustificadamente a entregar a las organizaciones sindicales información que no esté sujeta a reserva o que no tenga el carácter de confidencial".

Esto puede generar un riesgo sobre la información que reciban las organizaciones sindicales, en especial si estas son de grupos de empresas, gremio, industria, rama o sector de actividad, pues podrían facilitar la realización de conductas contrarias a la libre competencia.

En relación con el riesgo que existe con los intercambios de información al interior de asociaciones, la Superintendencia de Industria y Comercio, Autoridad Única de Protección de la Competencia en Colombia, ha explicado lo siguiente:

"[E]l intercambio de información sensible entre competidores a través de una asociación puede facilitar la colusión tácita y explícita entre los competidores que son miembros de ella, al permitir el conocimiento de variables como los costos de los competidores, los precios de los insumos, las estrategias de mercadeo, los precios futuros, entre otros. Además de transparencia en el mercado, el intercambio de información sensible les puede permitir a los participantes de un cartel monitorear si sus pares están cumpliendo con las restricciones acordadas.

(...) En este sentido, se debe advertir que hasta la comunicación más informal sobre precios, cantidades o calidades de los bienes producidos, estrategias de negocios u otras variables competitivas pueden ser susceptibles de facilitar o traducirse en acuerdos u otros ilícitos anticompetitivos"¹⁸.

De esta forma, se ha considerado que el intercambio de información sensible podría facilitar la realización de acuerdos que restringen la competencia. Esta información sensible, como lo explica la misma Autoridad, está relacionada con las variables competitivas de la empresa, tales como, "[e]ntre otros, datos desagregados y actuales de facturación, precios, inversiones, gastos en publicidad, costos, clientes, proveedores".

Es pertinente resaltar que alguna de esta información podría no caber dentro de la definición de información confidencial o reservada. Según el numeral 6 del artículo 24 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la información y los documentos son reservados cuando están "protegido[s] por el secreto comercial o industrial" (corchetes agregados). En tal sentido, podría suceder que una asociación sindical llegue a recibir cierta información que sea sensible para la empresa en desarrollo de la garantía de acceso a la información, pero que no sea considerada como protegida por el secreto comercial o industrial.

En caso de que la asociación sindical sea de varias empresas que puedan ser competidoras entre sí, el riesgo se acentúa, y podría configurarse al interior de la asociación algún tipo de práctica restrictiva de la competencia.

Adicionalmente, también podría suceder que alguno de los miembros del sindicato pueda utilizarla para beneficiar a la empresa en la que trabaja.

18 Superintendencia de Industria y Comercio, "Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia frente a las asociaciones de empresas y asociaciones o colegios profesionales". Disponible en: https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/CARTILLA_GREMIOS.pdf

5. Riesgos de libre competencia en las negociaciones colectivas sobre los beneficios laborales

La Superintendencia de Industria y Comercio ha explicado que *“el mercado laboral está conformado por los trabajadores quienes ofrecen su mano de obra a los empleadores (demandantes) a cambio de una contraprestación (salario y beneficios laborales) en un área geográfica y temporalidad determinadas”*¹⁹.

En relación con el mercado laboral, la División Antimonopolio del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América han explicado lo siguiente:

“Los mercados libres y abiertos son la base de una economía vibrante. Así como la competencia entre vendedores en un mercado abierto brinda a los consumidores los beneficios de precios más bajos, productos y servicios de mayor calidad, más opciones y una mayor innovación, la competencia entre empleadores ayuda a los empleados actuales y potenciales mediante salarios más altos, mejores beneficios u otras condiciones laborales. Los consumidores también pueden beneficiarse de la competencia entre empleadores porque una fuerza laboral más competitiva puede generar bienes y servicios más abundantes o de mejor calidad.

Desde una perspectiva de la ley antimonopolio, las empresas que compiten para contratar o retener empleados son competidores en el mercado laboral, independientemente de si las empresas fabrican los mismos productos o compiten para brindar los mismos servicios. Es ilegal que los competidores acuerden expresamente o implícitamente no competir entre sí, incluso si están motivados por el deseo de reducir costos.

*(...) [L]a empresa y sus empleados deben tener cuidado de no comunicar las políticas de la empresa a otras empresas que compiten por contratar el mismo tipo de empleados, ni pedir a otra empresa que se sume a tales políticas”*²⁰.

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú (Indecopi) ha señalado también que una de las prácticas restrictivas que puede realizarse en el mercado laboral es la de acordar la fijación de los sueldos o condiciones laborales. Al respecto, dicha Autoridad explicó lo siguiente:

“b) Acuerdos de fijación de sueldos o condiciones laborales (“Wage-Fixing Agreements”)

Mediante estos pactos dos o más empresas acuerdan de forma conjunta la fijación o eliminación de remuneraciones u otras condiciones laborales de sus trabajadores, sea imponiendo un monto específico de remuneraciones o aceptando no superar determinados rangos. De forma similar al caso anterior, esta restricción de la competencia perjudica a los trabajadores sobre una variable tan relevante como lo es el valor de sus remuneraciones u otros elementos de la relación de trabajo, impidiendo que accedan a beneficios laborales a los que sí podrían acceder de existir condiciones de competencia.

*Un ejemplo de dichas infracciones podemos hallarlo en el caso holandés antes comentado, en el cual los operadores de hospitales también acordaron fijar el pago de las horas extras correspondientes a ciertos empleados. A su vez, en Estados Unidos se iniciaron acciones judiciales contra la Asociación de Hospitales de Arizona, cuyos integrantes establecieron un programa unificado de tarifas que se les pagaría a aquellas enfermeras que trabajen jornadas diarias y temporales”*²¹.

19 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 50188 de 29 de julio de 2022 *“Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías”*. Exp. 21-171129. Caso Dimayor.

20 Department of Justice – Antitrust Division and Federal Trade Commission, *“Antitrust Guidelines for Human Resource Professionals”*. 2016. Citado en Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 50188 de 2022, *Ibidem*. La traducción es propia. Disponible en <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>

21 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual, *“Guía informativa sobre acuerdos anticompetitivos entre empresas en el ámbito laboral”*. Disponible en <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4753518/Gu%C3%ADa+Informativa+-+Competencia+en+Ámbito+Laboral/>

Teniendo en cuenta lo expuesto, es importante resaltar que con la legislación actual existe el riesgo de que se realicen prácticas restrictivas de la competencia a través de la negociación colectiva con un sindicato.

Sin embargo, este riesgo se acentúa con algunas de las modificaciones que propone el Proyecto de Ley, en cuya exposición de motivos se explica lo siguiente:

"Uno de los propósitos claros de esta reforma es precisamente desestimular la 'atomización' sindical, aspiración en la que coinciden tanto el sector empresarial como el sindical, por ello se posibilita que las organizaciones sindicales consagran en los estatutos la restricción para que sus afiliados se afilien a otros sindicatos del mismo nivel o unidad de negociación entre otras consignadas en la negociación colectiva como se explica adelante.

Una de las formas en las que se logra la fortaleza sindical es el fortalecimiento de los sindicatos de industria por lo que se adoptan medidas tales como la posibilidad de crear subdirectiva por empresa y la negociación de un nivel superior al de la empresa, para lo cual se establece que se promoverán procesos de fusión de sindicatos de empresa, estableciendo restricciones relacionadas con el fuero sindical para sindicatos que no son de industria.

(...)

En cumplimiento de esta observación y de otras que tratan sobre el tema, en el artículo 57 del proyecto de ley se han establecido niveles de negociación, los cuáles además pueden ser a nivel de rama o sector de actividad, grupos empresariales, empresa o en cualquier otro nivel que las partes estimen conveniente, pudiendo pactar capítulos especiales aplicables exclusivamente en una o varias empresas o departamentos del sector, especialmente para micro, pequeñas y medianas empresas.

(...)

Además, como eje central de este capítulo, en el artículo 60 se ha consagrado la unidad negocial para evitar la multiplicidad de negociaciones colectivas, lo que obligará a las distintas organizaciones sindicales a coordinar la presentación de un pliego único para finalmente lograr una sola convención colectiva por empresa, de esta manera se logrará desestimular la creación de sindicatos con el sólo propósito de adelantar procesos de negociación colectiva a fin de lograr un fuero circunstancial permanente".

En tal sentido, el artículo 47 del Proyecto de Ley, que busca modificar el artículo 354 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que una de las conductas antisindicales es la de "[n]egarse injustificadamente a negociar un pliego de peticiones o solicitudes".

El artículo 54 del Proyecto de Ley, que modifica el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que "[e]l estado promoverá y garantizará el libre ejercicio de la negociación colectiva en todos los niveles".

En desarrollo de este mandato, el artículo 55 del Proyecto de Ley, pretende agregar el siguiente artículo al Código Sustantivo del Trabajo:

"Artículo 467A. Niveles de negociación. *Las negociaciones colectivas pueden tener lugar a nivel de rama o sector de actividad, grupos empresariales, empresa o en cualquier otro nivel que las partes estimen conveniente. La negociación en los niveles inferiores no podrá disminuir los mínimos adoptados en los convenios colectivos de nivel superior. Con todo, se podrán suscribir capítulos especiales aplicables exclusivamente en una o varias empresas o departamentos del sector, especialmente para micro, pequeñas y medianas empresas.*

Los trabajadores vinculados a empresas de servicios temporales, empresas contratistas y subcontratistas tienen derecho de negociación colectiva respecto de sus directos empleadores y las empresas beneficiarias.

Parágrafo. *En las negociaciones colectivas de rama o sector de actividad, se garantizará que las micro o pequeñas empresas estén representadas por sus asociaciones. Asimismo, las partes en la negociación podrán pactar capítulos especiales, celebrar convenios colectivos propios o acordar las fórmulas que a bien tengan para regular las condiciones de trabajo y de empleo en las micro y pequeñas empresas".*

Por su parte, el artículo 56 del Proyecto de Ley, que modifica el artículo 470 del Código Sustantivo del Trabajo, señala lo siguiente:

"Artículo 470. Extensión de la convención. *Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato o sindicatos que afilien cuando menos a la quinta parte del total de los trabajadores o trabajar de la empresa o grupos de empresas, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores del respectivo nivel, sean o no sindicalizados.*

En el caso de convenciones colectivas celebradas en otros niveles, se requerirá para su extensión, que el sindicato o sindicatos afilien cuando menos a la décima parte de los trabajadores.

Parágrafo 1. *Las convenciones colectivas no podrán ser modificados por acuerdos individuales, plurales o grupales en perjuicio de los trabajadores.*

Parágrafo 2. *Lo dispuesto en este artículo se aplica también cuando el número de afiliados al sindicato o sindicatos llegare a exceder de la proporción indicada con posterioridad a la firma de la convención".*

Sumado a esto, el artículo 58 del Proyecto de Ley establece que "[l]a negociación colectiva en cualquier nivel deberá adelantarse con unidad de pliego, unidad de comisión negociadora, unidad de mesa de negociación y concluir en la suscripción de una única convención colectiva de trabajo por nivel".

De esta manera, con el Proyecto de Ley se pretende reforzar las negociaciones colectivas entre los sindicatos y las empresas, ampliar los niveles de negociación hacia una rama o sector, e impedir que la negociación en un nivel inferior disminuya los mínimos adoptados en un convenio de nivel superior. Además, se busca que la convención pueda extenderse a todos los trabajadores del respectivo nivel, sin importar si forman parte o no del sindicato, y que la negociación colectiva deba realizarse con unidad de pliego, comisión negociadora y mesa de negociación.

Estas modificaciones podrían generar el mismo efecto que un acuerdo restrictivo de la competencia en la forma de un cártel, pues los convenios colectivos de un determinado nivel de la actividad empresarial podrían implicar que ninguna empresa de dicho nivel o de uno inferior pueda competir con variables distintas a las concertadas.

Lo anterior eliminaría la competencia en el mercado laboral, pues los empleadores no podrían competir entre ellos para contratar a nuevos y mejores empleados.

Esto a su vez afectaría a largo plazo a los trabajadores, pues la ausencia de competencia en este mercado generaría que no pudieran obtener mejores beneficios que los pactados en las convenciones colectivas para todos.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que con estas modificaciones también se abre la puerta para que empresas que tengan un poder importante en el mercado, logren impedir que otras compitan en el mismo. Por ejemplo, una empresa podría promover que en una negociación colectiva se incluyan múltiples beneficios para los trabajadores que a su vez impliquen costos importantes para los empleadores y puedan constituir barreras artificiales a la entrada de competidores.

Teniendo en cuenta que estos beneficios serán la regla para todos los empleadores de dicho nivel y de los niveles inferiores, quienes no cuenten con el capital suficiente para cumplirlos no podrán contratar trabaja-

dores, pues incumplirían la convención colectiva, por lo que necesariamente tendrían que salir del mercado, restringiendo la competencia en el mismo.

Adicionalmente, siguiendo el mismo ejemplo, quienes puedan solventar estos costos durante un tiempo determinado, pero no de forma permanente, también eventualmente tendrán que salir del mercado por no poder soportar estos costos.

Posteriormente, la empresa que fomentó este aumento en las condiciones y que con ello eliminó la competencia en el mercado, podrá utilizar el poder de mercado ganado para aumentar los precios de sus productos o servicios y así recuperar la inversión que ha realizado durante este tipo.

Como se puede ver, esta es una medida que resulta desde todo punto de vista contraria a la libre competencia. De convertirse en ley generará una barrera para el ingreso de nuevos competidores, mayor concentración en los mercados y encarecerá la economía de manera sustancial.

III. CONCLUSIONES

Desde el punto de vista de la competencia en el mercado, el Proyecto de Ley representa una serie de retos para los empleadores, quienes son los que compiten y, con ello, benefician a toda la economía y en particular a los consumidores.

El Proyecto de Ley plantea varias modificaciones que implicarán un aumento en los costos de los empleadores, como: (i) la modificación de la forma de vinculación laboral por contratos laborales a término indefinido; (ii) el aumento en el valor de las indemnizaciones por despidos sin justa causa; (iii) el cambio en la hora en la que inicia la jornada nocturna; (iv) el incremento del valor del recargo por trabajar domingos y festivos; (v) el aumento de los costos derivados de los contratos de aprendizaje; (vi) las estabildades laborales reforzadas que se fortalecen; y, (vii) las mayores sanciones que se imponen.

Este aumento de costos puede producir efectos en la competencia en el mercado que afectarán el bienestar de los consumidores, pues puede generar (i) aumentos en los precios de los productos o servicios; (ii) disminución en la calidad de los productos o servicios; (iii) reducción en la rentabilidad del empleador, lo que a su vez disminuirá su capacidad de competir; (iv) la salida de competidores que no puedan sostener estos costos; (v) despidos de personal para cubrir el aumento de los costos; (vi) pérdida de competitividad de las micro, pequeñas y medianas empresas; y (vii) pérdida de competitividad de los productores locales.

Las modificaciones relacionadas con la protección del trabajador frente a los procesos de automatización pueden desincentivar los desarrollos técnicos de la industria, lo que impediría la reducción de los costos y el mejoramiento de los productos y servicios.

Adicionalmente, terminan afectando la competencia, las normas que prohíben la contratación con personas no organizadas como empresarios y no especializadas y el aumento del término de prescripción de la acción laboral.

El cambio propuesto para permitir a los sindicatos el obtener información sobre las actividades de las empresas puede generar escenarios propensos a la realización de prácticas restrictivas de la competencia.

Y las propuestas relacionadas con las asociaciones sindicales pueden reducir la competencia en el mercado laboral y permitir espacios para la realización de prácticas anticompetitivas.

Las modificaciones planteadas en el Proyecto de Ley parecen afectar de manera directa el derecho a la libertad de empresa y el derecho de la competencia, pues pueden generar que personas naturales y jurídicas tengan que dejar de participar en el mercado. Esto a su vez puede generar la reducción en la cantidad de puestos de trabajo, por lo que las medidas propuestas tampoco parecen ser razonables para el fin que persiguen. En últimas, parece que con este Proyecto de Ley no se cumplen con los requisitos para que el Estado pueda intervenir la economía.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Alfonso Miranda L., David Cotrina R, "Análisis del Proyecto de Reforma Laboral en Colombia desde la
Perspectiva de las Normas de Libre Competencia", *Investigaciones CeCo* (julio, 2023),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile