

**CONTRATACIONES LABORALES EN EL MARCO DEL EMPRENDIMIENTO: UN
MECANISMO PARA MITIGAR EL DESEMPLEO**



CARLOS ALBORNOZ BERNAL

Trabajo de grado para optar por el título de abogado

**Director:
HERNANDO GUTIÉRREZ PRIETO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO LABORAL
BOGOTÁ, D.C.
2020**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
1. DISPOSICIONES JURÍDICAS GENERALES	23
1.1 REGULACIÓN CONSTITUCIONAL	23
1.2 RELACIÓN ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EMPRENDIMIENTO SEGÚN LA DOCTRINA	31
1.3 LEGISLACION EN MATERIA DE EMPRENDIMIENTO	32
1.3.1 Ley 590 de 2000 —modificada por la Ley 905 de 2004—	33
1.3.2 Ley 1014 de 2006	34
1.3.3 Ley 2069 de 2020	36
2. PERSPECTIVA LABORAL	38
2.1 GENERALIDADES	38
2.2 IMPORTANCIA DE LA NORMATIVIDAD JURIDICO-LABORAL EN EL EMPRENDIMIENTO	41
2.3 PRINCIPIO DE IGUALDAD RESPECTO DE LOS EMPLEADORES	43
3. FORMAS DE CONTRATACIÓN Y SUS EFECTOS SOBRE EL EMPRENDIMIENTO	46
3.1 CONTRATO LABORAL Y CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	46
3.2 ESQUEMAS DE LA CONTRATACIÓN LABORAL Y MODALIDADES DE SALARIO	51
4. COSTOS LABORALES Y SANCIONES	59
4.1 COSTOS LABORALES	59
4.2 SANCIONES	61
5. ALTERNATIVAS PARA LA CONTRATACIÓN LABORAL EN EL CAMPO DEL EMPRENDIMIENTO	63
6. POSIBLES CAMBIOS EN LA NORMATIVIDAD	68
6.1 CONTRATACIÓN LABORAL POR HORAS	70
6.2 DESARROLLOS LEGISLATIVOS PARA LAS ECONOMÍAS COLABORATIVAS	73
6.3 EL CASO DE ESTUDIO	77
6.4 IMPLICACIONES SOCIALES DE LA REGULACIÓN LABORAL FRENTE AL EMPRENDIMIENTO	80
7. CONCLUSIONES	82

RESUMEN

Según indicadores económicos, en la actualidad los emprendimientos representan alrededor del 80% del empleo en el territorio nacional; razón por la cual, una regulación adecuada que permita a los emprendimientos brindar mayores oportunidades y, a la vez, lograr una reducción en las tasas de desempleo, se hace necesaria. Así, en el presente trabajo se determinará, por una parte, si el ordenamiento jurídico colombiano en materia laboral facilita o dificulta la contratación de trabajadores por parte de los emprendimientos —pertenecientes a las micro, pequeñas y medianas empresas—; y, por otra, se analizarán las posibilidades de implementar nuevas formas de contratación laboral, especialmente dirigidas a estos grupos económicos, para luego establecer si dichas pueden ser compatibles con el sistema colombiano.

PALABRAS CLAVE

EMPRESARIO, DESEMPLEO, INFORMALIDAD Y ORDENAMIENTO LABORAL.

ABSTRACT

According to economic indicators, entrepreneurship currently represents about 80% of employment in the national territory; therefore, adequate regulation that allows entrepreneurship to provide better opportunities and achieve a reduction in unemployment rates becomes more necessary. This monograph will determine if the Colombian legal system in labor matters allows or hinders the hiring of workers by micro, small and medium-sized enterprises. Likewise, this work will analyze the possibilities of implementing new types of labor agreement for these economic groups to establish whether these can be compatible with the Colombian system.

KEY WORDS

ENTREPRENEURSHIP, UNEMPLOYMENT, INFORMALITY AND LABOR LAW

INTRODUCCIÓN

Concepto de emprendimiento

Antes de realizar el análisis jurídico acerca de la relación existente entre el emprendimiento y el derecho —a la luz del ordenamiento jurídico colombiano— es importante definir el concepto de emprendimiento. Si bien, existen innumerables acepciones de este, a continuación, se mencionarán aquellas que logran dar una descripción más clara y precisa.

Los autores María Marta Formichella y José Ignacio Massigoge en su obra: *El concepto de emprendimiento y su relación con la educación, el empleo y el desarrollo local*¹, construyen una definición del emprendimiento basándose en postulados de autores como Nassir Sapag Chain y Peter F. Drucker. Para estos el emprendimiento es: “el desarrollo de un proyecto que persigue un determinado fin económico, político o social, entre otros, y que posee ciertas características, principalmente que tiene una cuota de incertidumbre y de innovación”. A su vez, para Onuoha, el emprendimiento “es la práctica de iniciar nuevas organizaciones o revitalizar organizaciones, en particular nuevas empresas, generalmente en respuesta a oportunidades identificadas”².

De las anteriores definiciones se puede evidenciar, entonces, que el concepto de emprendimiento se centra en un despliegue de una actividad humana, la cual persigue, generalmente, un ánimo de

¹ FORMICHELLA, M. & MASSIGOGE, J. El Concepto de emprendimiento y su relación con la educación, el empleo y el desarrollo local. Enero de 2004. [En línea] Disponible en: <http://municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/MonografiaVersionFinal.pdf>

² ONUOHA, G. *Entrepreneurship*. En: AIST International Journal, 2007, 10, p. 20-32.

lucro y se cimienta bajo principios de innovación y oportunidad; principios que han sido relevantes para los ordenamientos jurídicos. A manera de ejemplo, la innovación se ha abordado desde campos jurídicos como la propiedad industrial o la propiedad intelectual.

Pero el concepto de emprendimiento no solo es importante si se entiende como una actividad genérica, lo es también si se aborda desde el análisis de los sujetos que hacen parte de esta práctica, como lo son los emprendedores. Desde autores como Adam Smith³ hasta Schumpeter⁴ coinciden en que el emprendedor no solo es el pequeño y mediano empresario, sino también toda persona con intereses comerciales que organiza una actividad económica. Por eso, para el ordenamiento jurídico colombiano el emprendedor, quien es un sujeto relevante y el cual ha sido principalmente desarrollado desde el derecho comercial, es definido en el artículo primero de la Ley 1014 de 2006⁵ como: “(...) una persona con capacidad de innovar; entendida esta como la capacidad de generar bienes y servicios de una forma creativa, metódica, ética, responsable y efectiva”.

Investigaciones previas sobre la relación entre emprendimiento y el ordenamiento jurídico-laboral

Distintos doctrinantes afirman que el abordaje desde el ámbito jurídico de un sistema basado en las libertades económicas, cuyo interés ha sido la creación de empresa, reconoce la importancia del

³ Conforme a Adam Smith: “El empresario es un individuo que forma una organización con fines comerciales. Es un capitalista propietario, un proveedor de capital y al mismo tiempo un gestor que interviene entre el trabajo y el consumidor”. “El empresario es un empleador, maestro, comerciante pero explícitamente considerado como un capitalista”.

⁴ Según Schumpeter, Los empresarios son “individuos que explotan las oportunidades del mercado a través de la innovación técnica y/o organizativa”.

⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1014 de 2006. (27 de enero de 2006). Bogotá D.C., 2006. DO No: 46.164.

emprendimiento como herramienta cultural y económica de desarrollo. Cabe resaltar que la doctrina ha encontrado especial relación entre el ordenamiento laboral y el fomento al emprendimiento. Por esta razón, a continuación, se analizarán algunos desarrollos en la materia.

Steven H. Hobbs en su trabajo: *Entrepreneurship And Law: Accesing The Power Of Creative Impulse*⁶, afirma que el ser humano está en un mundo cada vez más reducido, en el cual opera un mercado global controlado por lo que él denomina las *Mega- corporaciones*, razón por la cual el emprendimiento es un mecanismo para diversificar el mercado y sus consumidores.

Dado que los emprendimientos son de distintos tipos, Hobbs hace un llamado a la creación de métodos imaginativos de estructuración de leyes que respondan adecuadamente a este fenómeno económico. Por esta razón, su estudio se compone de subtemas como: el proceso del emprendimiento, el impulso creativo en general y el impulso creativo para abogados. Mediante estos subtemas, Hobbs pretende contextualizar al lector para entender realmente cuál debe ser el rol del abogado en el mundo del emprendimiento y, pese a que su estudio no se centra en la regulación laboral, sí permite abrir el camino a la relación genérica entre derecho y emprendimiento.

Para Hobbs, entonces, los abogados deben tener un amplio catálogo de conocimientos dentro de los cuales está: la planeación estratégica, las calidades de liderazgo y los métodos creativos de

⁶ HOBBS, Steven. *Entrepreneurship and Law: Accessing the Power of the Creative Impulse* [Emprendimiento y Derecho: Acceder al poder del impulso creativo]. 2009. [En línea] Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/eblwj4&div=4&id=&page=>

solución de conflictos. Y, deben responder de manera rápida a los cambios del mundo empresarial, toda vez que los emprendedores tienen la característica de ser personas imaginativas, creativas e innovadoras. Por esta razón, propone preparar integralmente a los futuros abogados de manera que puedan adaptar el sistema jurídico a los nuevos retos del mercado.

Ahora bien, desde el campo del derecho laboral y su relación con el emprendimiento, autores como Musa y Semasinghe en un estudio titulado: *Entrepreneurship And Unemployment: A Literature Review*⁷, analizan la relación entre los índices de actividades de emprendimiento y las tasas de desempleo. La conclusión de su estudio muestra la existencia de una correlación negativa entre el índice de actividades de emprendimiento y las tasas de desempleo, ya que a medida que surgen nuevos emprendimientos, disminuye el desempleo. Por esta razón, estos autores exhortan a las autoridades a promover el pensamiento emprendedor para establecer economías emprendedoras y a estimular el empleo proveniente de este nicho.

Pese a que estos doctrinantes no conocen la realidad colombiana, lo cierto es que, desde el ámbito nacional, diferentes estudios impulsados por la Universidad Externado de Colombia, como la del investigador Andrés Romero reconocen la importancia del emprendimiento para impulsar la economía. Según Romero, aun cuando Colombia es considerado el cuarto país más innovador en el mundo, se encuentra en niveles de informalidad preocupantes. Para él: “la importancia del emprendimiento en Colombia radica en la capacidad que tienen las Pymes para generar empleo y

⁷ MUSA, Muhammad & SEMASINGHE, D.M. *Entrepreneurship and Unemployment: A Literature Review. Impulse* [Emprendimiento y Desempleo: una revisión sobre el tema]. [En línea] [citado 19 de octubre de 2020]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/325314081_Entrepreneurship_and_Unemployment_A_Literature_Review

ser un motor para la economía nacional, prueba de ello es que el 80% del empleo nuevo en Colombia es generado por el 10% de los nuevos proyectos de emprendimiento, en muchos de los casos Pymes”⁸.

La aproximación que hace este autor para determinar y probar la importancia del emprendimiento se basa, entonces, en estadísticas, indicadores económicos que prueban la relación entre desarrollo y creación empresarial, y factores de medición como niveles de desempleo, porcentaje de informalidad y cifras de éxito de las Pymes.

Así, en este estudio los resultados arrojados llevan a la conclusión, por una parte, de que la cifra más relevante es el número significativo de empleos nuevos creados por los emprendimientos y la correlativa disminución de la tasa de desempleo; y por otra, que tanto el ordenamiento jurídico como el político deben invertir en políticas públicas de emprendimiento ya que, al incentivar este campo, otras ramas de la economía logran prosperar rápidamente.

María Elvira Arboleda Castro, profesora e investigadora colombiana también exalta la importancia que tiene el emprendimiento en el desarrollo de la economía del país. En su texto, *El emprendimiento: una respuesta al desempleo en Colombia* afirma que:

Teniendo en cuenta que Colombia no tiene la capacidad de subsidiar el desempleo como lo hacen algunos países, la única alternativa para garantizar a la población el acceso a los recursos necesarios para su sustento es tratar de convertir al asalariado en empresario. Ante esta realidad incuestionable el emprendimiento es la salvación de muchas familias,

⁸ ROMERO, Andrés. La importancia del emprendimiento en Colombia. [En línea]. 23 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://dernegocios.uexternado.edu.co/negociacion/la-importancia-del-emprendimiento-en-colombia/>

en la medida en que les permite desarrollar proyectos productivos para generar sus propios recursos, y con ello mejorar su calidad de vida⁹.

De lo anterior, se observa cómo para la autora el emprendimiento ha sido una herramienta para suplir necesidades que muchas veces el Estado no garantiza. Y, es por esto por lo que no considera a la informalidad como un aspecto negativo, sino más bien como un campo fértil en donde el emprendimiento puede crecer. Precisamente, la base teórica de su estudio sirve como fundamento esencial para el presente trabajo, ya que demuestra la relación de causa y efecto entre el emprendimiento y los niveles de empleabilidad.

Desde una perspectiva de investigación pública también se ha identificado al emprendimiento como un factor clave en el desarrollo laboral del país. El Conpes 4011 denominado *Política Nacional de Emprendimiento*¹⁰ expedido a finales del año 2020 por el Consejo Nacional de Política Económica y Social encuentra en su diagnóstico general que los emprendimientos tienen una gran potencialidad de generar más empleos formales. En su análisis el Consejo concluye que las limitaciones para el desarrollo de emprendimientos sostenibles frenan la capacidad que estos tienen de generar reducciones considerables en los niveles de pobreza.

Así pues, de las investigaciones previamente mencionadas es claro que todas llegan a una misma conclusión: la importancia que tiene el emprendimiento en relación con el desarrollo de una nación.

⁹ ARBOLEDA, María Elvira (2011). El emprendimiento: Una respuesta al desempleo en Colombia. [En línea]. Marzo de 2011. [citado el 10 de julio de 2020]. Disponible en: https://www.usbcali.edu.co/sites/default/files/8_desempleo.pdf

¹⁰ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. POLÍTICA NACIONAL DE EMPRENDIMIENTO. [En línea]. 30 de noviembre de 2020. [citado el 4 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/4011.pdf>

De ahí que el derecho deba ser un elemento que impulse y proteja los mecanismos empresariales y promueva la empleabilidad en Colombia.

Metodología del estudio

A través del presente trabajo se analizará e investigará aspectos concretos del ordenamiento jurídico-laboral colombiano y se indagará en la relación entre este y el emprendimiento, mediante métodos deductivos que posibiliten la comprobación y/o negación de ciertas premisas básicas.

Estas premisas, entonces, pretenden dar respuesta a la pregunta central del presente trabajo, la cual busca determinar si la legislación laboral vigente fomenta o dificulta la contratación de personal por parte de los emprendedores.

Para responder a los interrogantes que surgen en torno a esta temática, en el presente trabajo se hará un análisis de diferentes disposiciones y mecanismos del derecho laboral; se señalarán los diferentes argumentos en torno al impacto que el ordenamiento jurídico tiene sobre la estructura y sujetos del emprendimiento, y se realizará el estudio de un caso práctico que posibilite un mejor entendimiento, menos teórico y más experimental, del tema.

Para eso, los criterios que se analizarán en el presente trabajo serán: la importancia de la normatividad jurídico-laboral para el emprendimiento; formas de contratación y sus efectos en el emprendimiento; costos laborales y sanciones; alternativas a la contratación laboral para emprendedores, y posibles cambios en la normatividad.

Consideraciones relativas a la tasa de desempleo

Teniendo en cuenta que en el presente trabajo se pretende demostrar la relación entre las contrataciones laborales y los emprendimientos, el concepto de la tasa de desempleo merece ser analizado al ser relevante para la investigación.

En el campo de la empleabilidad existen dos indicadores que son importantes para saber cómo está el país. El primero de ellos se refiere a la tasa de desempleo, la cual se entiende como aquella proporción de personas que, teniendo la intención de trabajar, no se puede emplear. Y, el segundo, se trata de la tasa de ocupación, la cual es la proporción de personas que estando en edad de trabajar se encuentran ocupadas¹¹.

Aunque para efectos del presente trabajo el indicador más importante es la tasa de desempleo, vale la pena mencionar que en Colombia estos dos indicadores, los cuales sirven como referencia para distintos estudios de desarrollo económico, están a cargo del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), entidad que conduce la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) a nivel nacional para recolectar información que permite determinar la tasa de desempleo y la tasa de ocupación.

¹¹ BANCO DE LA REPÚBLICA. Tasas de ocupación y desempleo. [En línea]. 14 de junio 2019. [citado el 16 de octubre de 2020]. Disponible en: <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/tasas-ocupacion-y-desempleo>

Esta entidad al momento de obtener el cálculo de las tasas toma en consideración los siguientes conceptos, conforme a los lineamientos impartidos por la Organización Internacional del trabajo (OIT):

- **Población Total (PT):** Número total de personas residentes en hogares particulares a nivel nacional, el cual se estima con base en censos poblacionales llevados a cabo por el DANE.

- **Población en edad de trabajar (PET):** Conjunto de personas que tienen la capacidad de trabajar, según su edad. En Colombia se refiere a las personas de 12 años en adelante, si laboran en zonas urbanas y de 10 años en adelante para las zonas rurales.

- **Población económicamente activa (PEA):** Conjunto de personas que tienen edad para trabajar y en la actualidad son laboralmente activos o están en la búsqueda. Esta población se divide, a su vez, en:
 - **Ocupada:** Corresponde a todas las personas que trabajan por lo menos 1 hora a la semana de referencia de la encuesta, sea o no remunerada, o aquellos que, a pesar de tener un trabajo, no están desempeñándolo por diferentes causas como, por ejemplo, cuando están incapacitados.

- Desocupada: Corresponde a las personas que no tienen un trabajo estable y aquellas que no han tenido la oportunidad de laborar ni siquiera 1 hora, pero están en la búsqueda activa de un empleo.

- **Población económicamente inactiva (PEI):** Son las personas que durante la semana de referencia y estando en edad para trabajar, no lo hacen, no buscan empleo y no están disponibles. En esta población se encuentran los estudiantes, pensionados, jubilados, aquellos que hacen oficios en el hogar, entre otros.

Así las cosas, una vez se caracteriza y ubica a los encuestados, el DANE procede a calcular las tasas de desempleo y de ocupación. Para obtener esta tasa se toma la población desocupada, se divide por la población económicamente activa y se multiplica por 100 para así obtener el porcentaje de la tasa de desempleo. Esto significa que en el cálculo de desempleo únicamente se tienen en cuenta aquellas personas que están en la búsqueda activa de empleo, eliminando de la ecuación aquellas que no trabajan, no están disponibles o no quieren hacerlo.

Por su parte, la tasa de ocupación se obtiene al dividir la población ocupada por la población en edad de trabajar y se multiplica nuevamente por 100. Cabe resaltar que este último indicador tiene en consideración toda la población en edad de trabajar; es decir, contempla tanto los que están buscando empleo como los que no pueden o no están interesados.

De esta manera, una vez obtenidas las tasas de desempleo y de ocupación la entidad puede saber cómo se encuentra el campo de la empleabilidad en el país. Un factor necesario para determinar si el ordenamiento jurídico laboral ayuda u obstaculiza la contratación de personal.

Ahora bien, existe otro aspecto que vale la pena mencionar dentro de este análisis y se refiere a la informalidad laboral. Según distintas organizaciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el empleo informal es aquella actividad económica de mercado: “(...) que opera a partir de los recursos de los hogares, pero sin constituirse como empresas con una personalidad jurídica independiente de esos hogares”¹². Y, añade, que: “se considera que los asalariados tienen un empleo informal si su relación de trabajo, de derecho o, de hecho, no está sujeta a la legislación laboral nacional, al impuesto sobre la renta, a la protección social o a determinadas prestaciones relacionadas con el empleo (preaviso al despido, indemnización por terminación sin justa causa, vacaciones anuales pagadas, o licencia remunerada por enfermedad, etc)”¹³.

Es precisamente esta última parte de la definición la que resulta más relevante para el presente trabajo, pues conecta la informalidad con diversos componentes de una relación laboral como lo son las prestaciones y la seguridad social. Por esta razón, en siguientes capítulos se hará mención sobre la forma en que influyen estos elementos en las decisiones de emprendedores cuando realizan

¹² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Resolución sobre las estadísticas del empleo en el sector informal, adoptada por la decimoquinta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, Ginebra, agosto de 1993.

¹³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). 17ª Conferencia Internacional de Estadísticas del trabajo. Ginebra, diciembre de 2003.

contrataciones laborales y se brindarán alternativas de cómo se pueden reducir los niveles de informalidad mediante la flexibilización normativa, orientada al emprendimiento.

A dicha consideración cabe agregarle que la recién sancionada Ley 2069 de 2020 tuvo un enorme acierto al ordenar el diseño e implementación del Sistema de Información para Actividades Económicas Informales (SIECI) como un instrumento estadístico para identificar los objetivos de las políticas públicas orientadas a la formalización laboral. Esta herramienta será de vital importancia para que las políticas contenidas en la ley de impulso al emprendimiento tengan como efecto directo una formalización laboral derivada de estos grupos económicos.

Situación actual

Con el objetivo de entender la necesidad e importancia de fenómenos como el emprendimiento en indicadores como la informalidad y la tasa de desempleo es necesario hacer una aproximación a las cifras actuales en el contexto colombiano.

Según el último reporte del DANE, para el mes de septiembre de 2020 la tasa de desempleo total en Colombia fue del 15,8%, lo cual significó un aumento del 5,6% frente al mismo mes del año 2019¹⁴. Por su parte, la medición de empleo informal para el trimestre de julio a septiembre de

¹⁴ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE). Empleo y Desempleo. [En línea]. 2020. [citado el 13 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo#geih-mercado-laboral>

2020 indicó que la proporción de ocupados informales¹⁵ fue de 48,0%, teniendo así un aumento del 1,1% sobre el mismo trimestre en el año anterior, pero con una disminución general del 1,6% respecto del mismo trimestre para el año 2014¹⁶.

Del conjunto de datos reportados por el DANE, uno que llamó la atención fue la proporción de ocupados cotizantes a pensión, la cual se ubicó en el 51,7%; es decir, que de las personas ocupadas aproximadamente la mitad no son cotizantes a pensión.

Si bien, el aumento de algunas de las cifras mencionadas se debe a los efectos causados por la pandemia del COVID-19, la realidad es que históricamente dichos números no han sido alentadores en el marco nacional. Concretamente, la proporción de ocupados informales ha sido una recurrente preocupación para los gobiernos nacionales, pues en los últimos años la cifra no se ha ubicado por debajo del 47.4%.

De un detallado estudio sobre la realidad laboral en Colombia y las vicisitudes empresariales se evidencia, entonces, que en gran parte dichos números se deben a la extrema rigidez de la normativa laboral colombiana. Incluso, esta posición ha sido respaldada por economistas de gran renombre

¹⁵ Según el DANE: “Proporción de informalidad (PI): es la relación porcentual de la población ocupada informal (I) y el número de personas que integran la población ocupada (PO)”.

¹⁶ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE). Medición de empleo informal y seguridad social. [En línea]. 2020. [citado el 13 de noviembre de 2020]. Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/bol_geih_informalidad_jul20_sep20.pdf

como Hernando de Soto, quien ha contemplado como solución la implementación de políticas neoliberales de achicamiento del Estado y reducción de impuestos¹⁷.

Por ello, como se mencionará a lo largo de este trabajo, una flexibilización de las normas dirigidas a los emprendimientos puede generar un efecto positivo en las cifras previamente mencionadas, ya que el mercado laboral colombiano depende principalmente de las micro, pequeñas y medianas empresas.

Presentación del caso de estudio: *Rappi*

Fundada en el año 2015, *Rappi* se posicionó como el primer emprendimiento colombiano en alcanzar una valoración de más de mil millones de dólares en los mercados internacionales.

Actualmente, la plataforma cuenta con más de cien mil *rappitenderos* —nombre acuñado a sus repartidores— y decenas de usuarios. Según su director de política para la Región Andina, Juan Sebastián Rozo, “La plataforma lo que hace es conectar comercios aliados, restaurantes, supermercados y otros servicios con usuarios y *rappitenderos*”¹⁸.

¹⁷ VILLARAN, Fernando. Las causas de la informalidad. RPP. [En línea]. 13 de mayo de 2019. [citado el 17 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://rpp.pe/columnistas/fernandogonzalovillarandelapunte/las-causas-de-la-informalidad-noticia-1195869>

¹⁸ CHIQUIZA, J. Rappi alcanza los 100.000 repartidores en siete países de América Latina. En: La República. [En línea]. 12 de agosto de 2019. [citado el 17 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.larepublica.co/globoeconomia/rappi-alcanza-100000-repartidores-en-siete-paises-de-america-latina-2895127>

Este modelo de negocio le ha permitido, entonces, expandirse rápidamente por todo el continente americano, teniendo presencia en países como México, Chile, Perú, Brasil, Argentina y Uruguay y, es por esto por lo que ha tenido que recurrir a diversas rondas de inversiones, tanto nacionales como internacionales.

Frente a la importancia de emprendimientos como *Rappi* en el país, Toby Stuart, director de la facultad de emprendimiento de Berkeley, ha afirmado que:

Rappi es un fenómeno cultural que crea un modelo para que los jóvenes del país lo vean. Genera una realidad, le muestra a la gente lo que es posible en su territorio. Y eso es muy importante para el espíritu emprendedor porque las personas necesitan tener esperanzas sobre cómo será el futuro y cómo serían sus perspectivas si se convirtieran en empresarios. Una de las cosas que los Rappi del mundo dan a nuestras sociedades es la cara de esa esperanza¹⁹.

Para Stuart, este fenómeno, entonces, puede verse como un efecto dominó, ya que a medida que emprendimientos como *Rappi* crecen, dan la esperanza a otras empresas para que prosperen de la misma manera. Por ello, el sistema jurídico tiene una gran responsabilidad al momento de implementar mecanismos eficientes que faciliten la creación de este tipo de empresas.

No obstante, pese a su rápida expansión este es un negocio que aún no es rentable y que se enfrenta a diferentes críticas. Según informes del diario La República, en 2018 *Rappi* reportó un total de \$77.227 millones en ingresos, pero las pérdidas ascendieron a los \$156.014 millones²⁰. Y, desde el

¹⁹ Rappi es la cara de la esperanza al emprendedor. [En línea]. 6 de noviembre de 2019. [citado el 17 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.portafolio.co/negocios/emprendimiento/rappi-es-la-cara-de-la-esperanza-al-emprendedor-535334>

²⁰ CHIQUIZA, J. Op. Cit.

punto de vista jurídico, *Rappi* estuvo involucrado en diferentes investigaciones por su modelo de operación.

Probablemente, el caso más conocido proviene de las condiciones laborales a las cuales se ven expuestos los *rappitenderos*. Si bien, la compañía insiste en no ver esto como una relación laboral, autoridades nacionales como el Ministerio de Trabajo han salido a cuestionar las vinculaciones. Al respecto, Sebastián Rúales, Director Comercial de *Rappi* Latinoamérica ha señalado:

Es importante aclarar que Rappi es una plataforma que conecta a dos tipos de usuarios. Un usuario que está dispuesto a hacer un pago por conveniencia a cambio de un producto o servicio, con un usuario que se conecta a la plataforma para atender órdenes con el fin de generar un ingreso. En ese ejercicio, Rappi como compañía, funciona como un conector, que une a dos tipos de usuarios, y en ese orden de ideas Rappi no funciona como un empleador ni como un generador de la demanda.²¹

Es por esto por lo que la compañía ha señalado que, si el gobierno impone condiciones laborales para la operación de los *rappitenderos*, esta no sería viable, pues al depender de la demanda basada en la economía de mercado, *Rappi* no soportaría tener un número de personal tan elevado con espacios de baja operación durante el día.

De esta manera, el ambiente jurídico-laboral para la compañía no es del todo fácil. Por eso, a través del análisis del caso de *Rappi* que se realizará en el presente trabajo, se buscará comprender si en Colombia el ordenamiento jurídico permite que pequeñas empresas vinculen personal y ayuden a

²¹ MEDINA, Y. Rappitenderos no son empleados de Rappi, son usuarios. En: El Tiempo. [En línea]. 19 de julio de 2019. [citado el 15 de marzo de 2020]. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/economia/rappitenderos-no-son-empleados-de-rappi-son-usuarios-390362>

reducir cifras de desempleo o si, por el contrario, mediante regulaciones excesivas se hace imposible.

Al respecto, se hará una aproximación a la postura de la Superintendencia de Industria y Comercio frente a la compañía, en el marco de las investigaciones llevadas en su contra, para así poder entender cómo se deben establecer las relaciones con los *rappitenderos*.

1. DISPOSICIONES JURÍDICAS GENERALES

1.1 REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

Las formas de organización estatal determinadas por las normas constitucionales son un referente sobre las libertades que tendrá la comunidad frente a su desarrollo económico, político y social. De esta manera, si la constitución contempla un Estado principalmente intervencionista es factible que la posibilidad de crear empresas y contratar trabajadores sea mucho menor.

El autor Cristian Saieh Mena en su libro: *Derecho para el emprendimiento y los negocios*²², dedica, precisamente, un capítulo sobre la importancia del análisis de los principios constitucionales que protegen la libre iniciativa económica de los particulares. En su investigación, Saieh realiza un estudio en torno a la intervención estatal en la economía para determinar qué tan libres son los particulares que buscan ingresar a las actividades económicas.

Así las cosas, en este trabajo es importante hacer una breve aproximación de la historia de la Constitución Política de Colombia de 1991 para poder entender cuáles son las bases sobre las cuales se dictaron sus fundamentos y principios. Y, si bien los desarrollos en materia social y política en esta constitución son numerosos, para el presente estudio solo se indagará en la historia y análisis de las disposiciones económicas y laborales.

²² MENA, Cristián. La protección constitucional de los negocios. Derecho para el Emprendimiento y los Negocios Santiago: Ediciones UC. 2010. [citado el 15 de noviembre de 2020]. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/j.ctt15hvt05.5>

El mayor desarrollo en la transición entre la Constitución Política de 1886 y la Constitución de 1991 radicó en la soberanía, toda vez que en la Carta de 1886 se contempló una soberanía concentrada en el poder ejecutivo, con una concepción estatal paternalista y en la cual los individuos no tenían mayor influencia en las decisiones. En esta no se establecieron mayores disposiciones acerca de la economía y, aunque se hizo mención sobre la propiedad privada, fueron las reformas las que introdujeron verdaderos cambios al respecto.

La principal reforma sobre esta materia, entonces, se dio en el año de 1936. Impulsada por el triunfo liberal de 1930 y la crisis económica de 1929, en esta se reconoció el papel de un Estado intervencionista, capaz de orientar y racionalizar la economía. A través de esta reforma se empezó a reconocer con rango constitucional a las doctrinas económicas de mayor restricción estatal y menor libertad individual, como las proclamadas por economistas de gran renombre como John Maynard Keynes.

Sin embargo, no fue sino hasta la proclamación de la Carta Política de 1991 cuando se adoptó un modelo económico sustancialmente diferente de aquel que le antecedía. Así pues, la soberanía ya no estuvo bajo el poder ejecutivo, sino que se estableció en cabeza del constituyente primario; es decir, el pueblo, y el gobierno fue limitado gracias a la división tripartita del Estado.

Valga la pena mencionar que de esta nueva noción de soberanía hubo un concepto que fue relevante en esta Constitución: la libertad, la cual se caracterizó por no ser solamente política sino también económica. Así, dicho principio fue plasmado principalmente en dos artículos de la constitución que rige en la actualidad: el artículo 333 del título del Régimen Económico y de la Hacienda Pública

y el artículo 38 del capítulo de los Derechos Fundamentales, los cuales se analizarán a continuación.

El artículo 333 de la Constitución Política de 1991 incorpora distintos elementos importantes. En su primer inciso afirma que: “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”

Esta disposición resulta fundamental y por ello no debe pasarse por alto, ya que en ella se establece que la actividad económica del país y de los particulares se hará bajo el marco de la libertad. Esta libertad, entonces, es un mecanismo que limita cualquier forma de intervención estatal ilegítima y, como bien señala la norma, no es únicamente la actividad económica la que se realiza de manera libre, la iniciativa privada también lo es; por esto, cualquier persona ajena al Estado puede iniciar cualquier proyecto sin necesidad de aprobación estatal.

La libertad en la actividad económica y en la iniciativa privada, entonces, son aspectos fundamentales para el emprendimiento. A través de estos, la Constitución brinda la posibilidad de emprender y permite la generación de un ambiente jurídicamente seguro. No obstante, esta libertad no es absoluta; como bien señala este primer inciso, está limitada por dos aspectos: el bien común y la ley.

Pero el artículo 333 también menciona otro concepto y es el de empresa. Así, el tercer inciso establece que: “la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica

obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial”.

Bajo este precepto, la constitución a través de este artículo brinda una posición a la empresa dentro de la dinámica social y la considera como base del desarrollo. Precisamente, esa categorización de la empresa se debe, en parte, a la posibilidad de generar empleo y al hecho de ser considerado como un elemento importante para los indicadores como el producto interno bruto.

Aunado a lo anterior, este artículo 333 también impone una obligación al Estado, en la medida en que este no solo debe proteger los principios y pilares mencionados anteriormente, sino también tiene la responsabilidad de estimular el desarrollo empresarial. Un claro ejemplo de ello es la expedición de las leyes 1014 de 2006 y 2069 de 2020 por medio de las cuales se fomentó e impulsó la cultura del emprendimiento.

Así, señalados los principales elementos de este artículo, vale la pena ahora entrar a analizar diferentes fallos de la Corte Constitucional sobre los roles de las libertades económicas del artículo 333 de la Carta Política del 91.

Según ha dispuesto la Corte Constitucional, bajo el modelo de Estado Social de Derecho se introdujo un modelo de Economía Social de Mercado, bajo el cual, por una parte, se reconoció a la

empresa como motor de la economía y, por otro, se le impuso límites a esta para proteger el interés general y cumplir los fines constitucionales²³.

Para esta corporación, el término empresa contempla dos ámbitos: el primero, se trata de la iniciativa, entendida como la manifestación de la capacidad de emprender y, el segundo, se refiere al aspecto instrumental, el cual se desarrolla a través de una organización económica y en donde precisamente se encuentra el aspecto laboral²⁴.

De esta manera y conforme a lo anterior, a continuación, se analizarán dos sentencias en donde la Corte Constitucional ha hecho un pronunciamiento sobre la función de los derechos fundamentales como límites a la libertad de empresa en el campo de los derechos laborales:

- **Sentencia T-394 de 1999²⁵:** En esta sentencia la Corte Constitucional analizó el ejercicio armónico existente entre el derecho al trabajo, la escogencia de profesión, la igualdad y demás concordantes, con las reglamentaciones de organizaciones empresariales, derivadas del ejercicio de la libertad de empresa. Para la Corte, si bien la libertad económica goza de protección y no puede ser interferida por las autoridades, al ser el trabajo una de las actividades esenciales del Estado Social de Derecho, la injerencia estatal es mayor y justificada. De esta manera, contempló que no todas las determinaciones que se toman en las empresas son constitucionalmente admisibles y

²³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-032 de 2017, 25 de enero de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-830 de 2010, 20 de octubre de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-394 de 1999, 27 de mayo de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

deberán evaluarse en cada caso, a la luz de los derechos fundamentales, específicamente los laborales.

- **Sentencia T-434 de 2011**²⁶: Mediante este fallo la Corte analizó si las prohibiciones en la entrega de material publicitario de un sindicato, bajo argumentos de libertad de empresa, coartaron la libertad de expresión y de asociación sindical. La Corporación concluyó que una de las limitaciones de orden legal a la libertad económica y de empresa son los derechos fundamentales de las personas. En ese orden de ideas, la subordinación laboral como uno de los elementos que emanan de la libertad económica tiene un alcance limitado por la Constitución; por ello, sus expresiones deben atenerse siempre a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales de los trabajadores.

De los anteriores fallos es posible concluir que, si bien el contenido del artículo 333 de la Constitución establece principios relevantes para el desarrollo empresarial, las sentencias sobre el tema enfatizan en que las libertades económicas del artículo en mención no son absolutas y están supeditadas a límites y responsabilidades señalados en la Carta. Así, desde el ámbito laboral, para la Corte Constitucional es necesario establecer límites al elemento de subordinación, toda vez que este criterio, característico de la relación laboral, no puede coartar derechos fundamentales en el campo de la libertad de empresa.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-434 de 2011, 03 de noviembre de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

Ahora bien, frente al segundo artículo objeto de análisis, el artículo 38 la Constitución Política de 1991, se debe mencionar que este se encuentra ubicado en la categoría de derechos fundamentales, el cual establece que: “se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”.

Según diversos planteamientos de la Corte Constitucional, este derecho a la libre asociación se concibe, por una parte, desde un punto de vista positivo, al reconocer la libertad que tienen los ciudadanos para la constitución de asociaciones y, desde un lado negativo, en la medida en que contempla la imposibilidad de obligar a las personas a formar parte de estas.

Así, la razón por la cual este derecho se hace tan importante para el presente trabajo y en sí para el campo del emprendimiento se debe a que las mayorías de emprendedores deben constituir sociedades comerciales para el ejercicio de sus actividades económicas, al ser una herramienta que facilita la unificación de conocimientos y financiación.

De lo anterior, es dable concluir que tanto el derecho de asociación como el de libertad económica contemplados en la Constitución Política de Colombia se consideran los postulados constitucionales más importantes en el marco jurídico del emprendimiento.

Por otro lado, desde el ámbito laboral en el marco constitucional, la Carta Política de 1991 no solo contempla el derecho al trabajo en el artículo 25 —en donde se expone su calidad de derecho fundamental—, sino también en el preámbulo y artículo primero de la Carta. En estos se exalta la importancia de asegurar el trabajo dentro de un marco jurídico, democrático y participativo. Pero

más allá de estas disposiciones en las cuales es evidente el reconocimiento de este derecho, el artículo 53 de la constitución es el que merece especial análisis.

En este artículo se expone el marco constitucional del derecho laboral y los principios mínimos fundamentales sobre los cuales se debe ejercer esta actividad. Así, la Carta contempla una serie de principios, dentro de los cuales se destacan los siguientes: remuneración mínima, vital y móvil; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, y garantía a la seguridad social.

Mediante el establecimiento de estos principios, entonces, la Constitución colombiana impone un orden jurídico, con el fin último de lograr el respeto por la dignidad de los trabajadores, y brindar un instrumento de alta jerarquía para que a través del actuar de los jueces y, especialmente de la Corte Constitucional, se puedan proteger efectivamente estos principios.

No obstante, cabe preguntarse si dichos principios han sido reconocidos de forma eficiente en los pronunciamientos judiciales, de tal manera que protejan los derechos de los trabajadores e incentiven la creación de empresa y las contrataciones laborales o si, por el contrario, se ha optado por extremos indeseados que han provocado lo contrario. Para poder responder a este interrogante, entonces, se analizará más adelante las distintas posturas de las altas cortes en relación con el proteccionismo laboral, los efectos prácticos que se vislumbran a la hora de contratar trabajadores,

y las alternativas sobre cómo se puede cumplir con dicho deber y cómo el Estado puede brindar ayuda en esta labor.

1.2 RELACIÓN ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EMPRENDIMIENTO SEGÚN LA DOCTRINA

La doctrina ha investigado considerablemente la relación entre derecho constitucional y emprendimiento; sin embargo, a continuación, se esbozarán dos estudios sobre la materia.

El autor Fernando Londoño realizó un *test* para determinar si cierto tipo de Estado era beneficioso o, por el contrario, negativo para los proyectos emprendedores. Para eso, estableció, en primer lugar, qué se entiende por emprendimiento. Según él, este concepto se entiende como aquella actividad en la cual una persona realiza negocios en un establecimiento de comercio.

Para realizar el *test*, Londoño utilizó criterios de evaluación como: el modelo estatal, el fomento al emprendimiento mediante instituciones gubernamentales, el Estado recaudador del tributo, incentivos al emprendedor, principio de legalidad y la intervención estatal en la economía. Así, con esta definición y bajo estos criterios, este autor consideró que el contexto jurídico en Colombia se presenta como un *Campo de juego* adecuado para los emprendimientos, con fundamento en aspectos como: las disposiciones constitucionales del 91 sobre la libertad de empresa; el momento político del país, donde el gobierno nacional ha desarrollado proyectos de incentivos al emprendimiento, y la vía libre que tienen los emprendimientos al estar amparados por el principio de legalidad.

Por otra parte, otro autor que ha estudiado el tema es Wilmer Escobar. En su trabajo: *Marco Legal Para la Política de Emprendimiento*²⁷, consideró que la constitución de 1991 a través de sus políticas de libertad empresarial ha otorgado al gobierno tres roles que permiten respaldar el emprendimiento. Estos son: “como promotor de la alianza público – privada – académica; como facilitador de las condiciones para el emprendimiento y como desarrollador de la dimensión local, regional, nacional e internacional del emprendimiento”.

Así las cosas, ambos autores concuerdan en que Colombia, al menos desde el ámbito constitucional, tiene una cultura jurídica que beneficia el emprendimiento al contar con mecanismos que lo impulsan de manera adecuada.

1.3 LEGISLACION EN MATERIA DE EMPRENDIMIENTO

La legislación colombiana no ha sido indiferente al fenómeno del emprendimiento. Es así como distintas leyes han regulado una cultura de fomento al emprendimiento y han desarrollado herramientas tendientes a apoyar este sector. A continuación, se estudiarán tres de las más importantes en la materia.

²⁷ ESCOBAR, W. H. Marco Legal para la Política Nacional de Emprendimiento. [En línea]. 10 de marzo de 2019. Disponible en: <http://mprende.co/emprendimiento/marco-legal-para-la-politica-nacional-de-emprendimiento>

1.3.1 Ley 590 de 2000 —modificada por la Ley 905 de 2004—

La ley 590 de 2000²⁸, modificada por la ley 905 de 2004²⁹, se presentó como el primer desarrollo legislativo en fomentar y promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas (Mipymes) en Colombia.

Teniendo en cuenta que en la categoría de Mipymes se ubican la mayoría de los emprendimientos, la ley 590 fue necesaria para fomentar este tipo empresarial. Así, su importancia en el contexto colombiano radicó en el marco jurídico que ella creó. Y, si bien trajo herramientas y disposiciones directamente aplicables a los emprendimientos, lo esencial fueron las distintas consideraciones que cambiaron el contexto jurídico encaminadas a la protección de estos.

Como se mencionó previamente, mediante esta ley se crearon tres tipos de empresas: las micro, pequeñas y medianas empresas. Para encuadrar las organizaciones en alguna de estas categorías, la ley inicialmente impuso unos rangos basados en el número de trabajadores y los activos totales; sin embargo, con la expedición de la Ley 905 esto cambió. Ahora, la clasificación de estas se lleva a cabo según los rangos que determine el Gobierno Nacional, conforme a uno o varios de los siguientes criterios: (i) número de trabajadores totales, (ii) valor de ventas brutas anuales y/o (iii) valor de los activos totales.

²⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 590 de 2000. (12 julio de 2000). Bogotá D.C., 2000. DO No: 44.078.

²⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 905 de 2004. (2 de agosto de 2004). Bogotá D.C., 2004. DO No: 45.628

Mediante estas leyes también se creó el Sistema Nacional de Mipymes, conformado por los Consejos Superior de Pequeña y Mediana Empresa, el Consejo Superior de Microempresa y los Consejos Regionales, los cuales, a su vez, se establecieron por distintos ministerios, departamentos y fondos nacionales y fueron más adelante vinculados al marco institucional organizado por la Ley 2069 de 2020.

Así pues, a este marco institucional le fueron encargadas las tareas de definir, formular y ejecutar las diferentes políticas públicas de promoción empresarial para este grupo de organizaciones, lo cual, desde una perspectiva de planeación, generó una ventaja tanto a nivel económico, como político y social. Pero aunado a esto, el hecho de haber incorporado un sistema de entidades constantemente focalizadas en la generación de beneficios significó que la rama legislativa tenía un especial interés en las Mipymes.

1.3.2 Ley 1014 de 2006

La Ley 1014 de 2006, conocida como Ley de Fomento a la Cultura del Emprendimiento, fue otro de los grandes desarrollos legislativos que relacionaron el actuar jurídico con el emprendimiento en Colombia.

Uno de los objetivos de la ley, contenido en el artículo 2, literal g, afirma que:

Propender por el desarrollo productivo de las micro y pequeñas empresas innovadoras, generando para ellas condiciones de competencia en igualdad de oportunidades, expandiendo la base productiva y su capacidad emprendedora, para así liberar las potencialidades creativas de generar trabajo de mejor calidad, de aportar al

sostenimiento de las fuentes productivas y a un desarrollo territorial más equilibrado y autónomo³⁰.

Esta disposición, entonces, contempló que para efectivamente promover el desarrollo económico de la nación era necesario impulsar la creación empresarial, conocida como emprendimiento.

Para facilitar el entendimiento de su regulación, esta ley también trajo una serie de definiciones, como emprendimiento; emprendedor y planes de negocio; a la vez que contempló distintos mecanismos, herramientas para poder materializar sus objetivos, y un marco institucional, conformado por distintas redes nacionales y regionales para el emprendimiento, las cuales quedaron encargadas, entre otras de: “establecer pautas para facilitar la reducción de costos y trámites relacionados con la formalización de emprendimientos (marcas, patentes, registros Invima, sanitarios, entre otros)” y “ordenar e informar la oferta pública y privada de servicios de emprendimiento aprovechando los recursos tecnológicos con los que ya cuentan las entidades integrantes de la red;”³¹.

De esta forma, mediante esta ley se expidieron lineamientos para que el ejecutivo desarrollara correctamente las pautas tendientes al avance empresarial; sin embargo, esto no significó que el impulso legislativo se haya circunscrito a la delimitación del marco institucional. Este precepto normativo también estableció actividades específicas para el efectivo impulso a este grupo económico. Así, en el artículo 18 se consagró que el Gobierno Nacional debía realizar ferias de

³⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1014 de 2006, artículo 2o Literal G (27 de enero de 2006). Bogotá D.C., 2006. DO No: 46.164.

³¹ Ibid., artículo 7.

trabajo juvenil; macrorruedas de negocios e inversión para nuevos empresarios; concursos para facilitar el acceso al crédito o fondos de capital semilla a aquellos proyectos sobresalientes, entre otros.

1.3.3 Ley 2069 de 2020

La Ley 2069 de 2020 Por Medio de la Cual se Impulsa el Emprendimiento en Colombia es el más reciente instrumento legislativo directamente aplicable al fenómeno del emprendimiento y que nace en el contexto de la economía naranja como bandera del actual gobierno del presidente Iván Duque. Aunada al ya mencionado Conpes del 30 de noviembre de 2020, esta ley busca convertir a Colombia en un referente a nivel regional como centro de emprendimiento jurídicamente seguro y confiable. A lo largo del presente estudio haremos referencia específica a los distintos mecanismos provistos por esta ley.

Bajo 5 ejes centrales la norma pretende generar un entorno favorable que ayude a la implementación, crecimiento y formalización de los emprendimientos, estos ejes son:

- i. Racionalización y Simplificación de Procesos, Trámites y Tarifas: Se implementan importantes diferenciaciones hacia emprendedores en tarifas y rangos para el cobro de impuestos y tasas como por ejemplo aquellas asociadas a los registros Invima. Así mismo, busca la simplificación de trámites con la interoperabilidad entre la Ventanilla Única Empresarial y el Sistema de Afiliación Transaccional para que la labor emprendedora formal no se convierta en un proceso engorroso.
- ii. Criterios Diferenciales en Compras Públicas: La norma contempla la inclusión de las Mipymes en los procesos de mínima cuantía y tienda virtual del estado para promover el acceso de estas al sistema de Compras Públicas y así generar líneas de negocio con

el estado. Vale recalcar de igual forma nuevos factores de desempate a favor de los emprendimientos, especialmente aquellos relacionados con las fuerzas laborales de minorías (discapacitados, adultos mayores, población indígena, negra o afrocolombiana).

- iii. Accesos a Financiamiento: Se facilita la búsqueda y obtención de recursos para emprendimientos por medio de distintos mecanismos entre los cuales sobresalen la regulación al Crowdfunding, promoción del acceso a microcréditos y los beneficios tributarios para aquellas personas que realicen donaciones a favor de *iNNpalsa* entidad encargada del fomento al emprendimiento.
- iv. Marco Institucional Enfocado al Emprendimiento: En el marco institucional bajo este eje se unifican y concentran las fuentes de emprendimiento y desarrollo empresarial en cabeza de *iNNpalsa* Colombia, patrimonio autónomo, quien tendrá la tarea de coordinar y ejecutar los programas e instrumentos para el emprendimiento. Dicha entidad promoverá el desarrollo económico incluyente del país, sus regiones y los municipios mediante el fomento al emprendimiento, exaltando así la capacidad de este fenómeno económico de influenciar el desarrollo nacional.
- v. Educación y Emprendimiento: Por medio de instrumentos educativos pretende bajo este eje dotar a las instituciones de educación superior y colegios de mecanismos para incentivar la cultura emprendedora e instruir temas financieros, jurídicos y de acceso a mercados. Implementa a su vez sistemas de consultorías empresariales mediante los cuales pueden los emprendedores aprender de participantes en el mercado.

De lo anterior, entonces, se puede evidenciar cómo esta línea normativa contempla diversas disposiciones que tienen como fin último la prosperidad de las Mipymes y los emprendimientos a nivel nacional y que dan luces a las prioridades del sistema jurídico en esta materia.

2. PERSPECTIVA LABORAL

2.1 GENERALIDADES

El derecho laboral es uno de los ordenamientos jurídicos que mayor relación tiene con el fenómeno del emprendimiento. Una prueba de ello es la importancia que le brindan directores, gerentes y presidentes de empresas³² y la inclusión de diversas cátedras de contenido jurídico-laboral en los currículos de las principales escuelas y universidades de administración del mundo³³. Así mismo, la legislación nacional enfocada en dicho fenómeno, especialmente la Ley 2069 de 2020, comprende esta importancia y por consiguiente contempla distintos métodos para educar al emprendedor entre los cuales destacan las consultorías empresariales en materia legal.

Así pues, esta importancia radica en el hecho de que el capital humano es uno de los recursos más valiosos que tienen las empresas, ya que a través de este se logran objetivos empresariales, y se permite producir, crecer y consolidarse en los mercados.

No obstante, pese a su relevancia, en el marco del emprendimiento la administración del capital humano implica una serie de riesgos. A diferencia de las grandes empresas que tienen dentro de su estructura un área de recursos humanos robusto —con personal capacitado como administradores, contadores o abogados—, los emprendedores no tienen la capacidad económica para contar con

³² UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA. Derecho Laboral para empresarios - Escuela de Negocios Prime. [En línea] [citado el 11 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.usergioarboleda.edu.co/escuela-de-negocios-prime/educacion-ejecutiva/curso-en-derecho-laboral-para-empresarios/>

³³ COLEGIO DE ESTUDIOS SUPERIORES DE ADMINISTRACIÓN (CESA). Plan de estudios pregrado en Administración de Empresas. CESA. [En línea] [citado el 11 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.cesa.edu.co/pregrado-administracion-de-empresas/plan-de-estudios-pregrado/>

este tipo de departamentos; por ello, en ocasiones pueden cometer errores que son objeto de sanciones cuantiosas —porque la jurisdicción impone multas sin distinción a la magnitud de la organización—.

Ahora bien, la relación del derecho laboral y el emprendimiento no solo debe observarse desde una perspectiva a nivel micro, la cual se enfoque en el funcionamiento de las relaciones entre trabajadores y empleadores, sino también es necesario hacer una aproximación a nivel macro en torno al fundamento e iniciativas legislativas de actualización de la norma.

Es cierto que los ordenamientos deben adaptarse a las condiciones del mercado y avanzar hacia el desarrollo de la nación, ya que, mediante el contexto jurídico, muchos emprendedores deciden tomar decisiones importantes para su operación. Precisamente, regulaciones tributarias, societarias y hasta administrativas recientes han sido significativas para el emprendimiento al reconocer incentivos, beneficios y exenciones para fomentar la creación de empresas.

Al respecto, el marco jurídico que trajo la Ley 1943 de 2018, también conocida como Ley de Financiamiento es un perfecto ejemplo de los movimientos legislativos en pro del emprendimiento. Para Juan Camilo Rojas, secretario general de *iNNpulsa*: “la Ley de Financiamiento ayuda a desarrollar el eje del emprendimiento que planteó la administración Duque mediante la reducción

de impuestos y simplificación”. Por eso, considera que dicho eje se manifiesta a través de incentivos, exenciones y simplificación de trámites³⁴.

De esta manera, esta ley sirve como referente para iniciar una modificación de la legislación en materia laboral que apoye a los pequeños empresarios y, con esto, se incremente la oferta laboral, uno de los factores más relevantes para el desarrollo y la lucha contra la pobreza.

Según María Elvira Arboleda Castro, la realidad colombiana hace indispensable el apoyo a los emprendimientos para generar respuestas positivas en indicadores como el desempleo. Si bien, el Estado no tiene la capacidad de asegurar la empleabilidad de toda la población, con lo que sí cuenta es con la posibilidad de generar políticas e impulsar el ordenamiento jurídico para incentivar la empleabilidad desde el sector privado, un claro ejemplo de esto es la regulación propuesta por la Ley 2069 de 2020.

En este sentido, carece de lógica implementar procedimientos y requerimientos rígidos y estrictos en la contratación laboral, amparados en principios y derechos de los trabajadores. Por el contrario, resultaría de mayor utilidad que el Estado trabaje en minimizar la dificultad de contratación, tanto desde el aspecto económico como el administrativo, pero sin descuidar los principios y derechos inherentes a todo trabajador.

³⁴ Así quedó la Ley de Financiamiento para los emprendedores. [Anónimo] [En línea] 2019 [citado el 11 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://dinero.com/edicion-impres/pais/articulo/cambios-de-la-ley-de-financiamiento-para-los-emprendedores/269242>

2.2 IMPORTANCIA DE LA NORMATIVIDAD JURIDICO-LABORAL EN EL EMPRENDIMIENTO

El conocimiento y cumplimiento de las normas laborales por parte de los emprendedores no solo es un requisito legal, es también un mecanismo para garantizar un desarrollo sostenible de sus empresas, ya que tanto la estabilidad empresarial como económica, dependen directamente de que las compañías no sean sancionadas por las autoridades. Además, la capacitación de los emprendedores en la regulación y normatividad jurídico-laboral permite a estos tomar la decisión de vincular personal, dependiendo de su viabilidad económica.

Para dar mayor claridad al planteamiento anterior se esboza el siguiente escenario. Un señor de nombre Juan tiene un pequeño negocio de venta de hamburguesas y para desarrollar su operación necesita la ayuda de Luis —un parrillero—. Juan le dice a este que por cada día de trabajo le pagará 35.000 pesos. Luis acepta y esta relación se mantiene durante 3 años; sin embargo, transcurrido este periodo Juan decide que ya no quiere continuar con Luis como parrillero; por eso, le comunica que ya no hace parte de la compañía, pero no le reconoce el pago de su liquidación. Luis, quien no está de acuerdo con esta decisión, decide interponer una acción de tutela para reclamar sus acreencias laborales. El juez de tutela, al corroborar que Juan como empleador no realizó ningún aporte al Sistema de Seguridad Social de su trabajador, decide condenar a Juan al pago de una multa que supera el capital de su negocio y por esta razón, dicha situación lo obliga a cerrar su establecimiento.

Del anterior ejemplo se puede evidenciar cómo el incumplimiento de normas laborales puede ocasionar el fin de los emprendimientos; por eso, las autoridades no solo deben fomentar la creación de empresa, se requiere también unir esfuerzos para que los emprendedores puedan capacitarse, como lo pretenden los ejes educativos de las normas relacionadas con el emprendimiento introducidas anteriormente, en aspectos jurídicos para tomar decisiones acertadas e informadas cuando deban contratar trabajadores.

Dicho esto, impulsar herramientas jurídicas que sean beneficiosas para los emprendimientos en su proceso de contratación laboral permite la disminución de las tasas de informalidad laboral al impedir que el empresario se aleje de los mecanismos formales. Precisamente, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a través de su publicación, *Políticas de Formalización en América Latina* ha asegurado que:

(...) en función de este diagnóstico, esta visión considera que la economía y el empleo formal se expandirán en forma sostenible cuando el Estado limite su acción y permita un mayor desenvolvimiento de los mercados. La reducción de costos laborales también es parte de la estrategia de dar lugar a un mejor ‘clima de inversión’. Al mismo tiempo, se deberían desmontar las restricciones ‘excesivas’ a la creación/destrucción de empleo³⁵.

De esta manera, queda claro que desde un ámbito internacional también se entiende que una respuesta a los niveles de informalidad laboral es el desmonte de las restricciones excesivas que permitan al emprendedor generar oportunidades de trabajo bajo un modelo económico y administrativo viable.

³⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Políticas de Formalización en América Latina: Avances y Desafíos. [En línea] 2018 [citado el 11 de noviembre de 2020]. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_645159.pdf

2.3 PRINCIPIO DE IGUALDAD RESPECTO DE LOS EMPLEADORES

Históricamente los ordenamientos jurídicos en materia laboral han considerado al trabajador como la parte débil de la relación laboral. Según Luis Fernando Vallecilla en su estudio *La Relación Laboral y el Contrato de Trabajo*³⁶, esto se debe a que el empleador al ser dueño de los medios de producción y del capital se encuentra en una posición de ventaja sobre el trabajador, quien tan solo presta su fuerza de trabajo.

Dicha consideración no ha sido exclusiva de la doctrina, tanto la Constitución, como las leyes y la jurisprudencia también han seguido una misma línea al incorporar principios como: *in dubio pro operario*, la favorabilidad o la condición más beneficiosa. Y, si bien estas ideas antes estaban claramente justificadas, en la actualidad parecen no estarlo.

Como se ha mencionado a lo largo de este trabajo, el emprendimiento es un fenómeno económico mediante el cual una persona o grupo de personas —generalmente con un capital reducido— decide crear una empresa. Al momento de su creación y puesta en marcha, estas iniciativas presentan retos complejos, ya que muchas veces estos emprendimientos están financiados mediante créditos con altas tasas de interés, además las condiciones del mercado son dictadas por las grandes corporaciones.

³⁶ VALLECILLA, Luis Fernando. La relación laboral y el contrato de trabajo. Universidad Católica de Colombia. [En línea] [citado el 10 de noviembre de 2020]. Disponible en: https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23054/1/derecho-laboral-en-colombia_Cap02.pdf

Así pues, los emprendedores son personas que en muchas ocasiones arriesgan más en su desarrollo profesional que un trabajador, el cual tiene asegurado un salario fijo como contraprestación de un trabajo. Además, el emprendedor no tiene la seguridad de obtener utilidades, ya que esto depende directamente del cumplimiento de metas empresariales. De esta manera, ver al emprendedor como la parte fuerte de cualquier tipo de relación no siempre es cierto.

Valga la pena mencionar que no solo el cambio en quién es la parte fuerte o débil de la relación laboral en los emprendimientos debe replantearse, también lo es el trato que se da a los grandes y pequeños empleadores. Por esta razón, frente a este último tema es necesario hacer mención sobre el principio constitucional de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta Política de 1991.

La Corte Constitucional en sentencia C-178 de 2014 ha resaltado que el principio de igualdad posee un carácter relacional el cual, para su aplicación, debe determinarse si los grupos se encuentran en situación de igualdad o desigualdad desde un punto de vista fáctico³⁷.

Teniendo en cuenta que este principio se ha definido como la obligación de tratar igual a los iguales, es evidente que no podría dársele un mismo trato a un emprendimiento que a compañías como

³⁷ En esta sentencia, la Corte Constitucional recalca que: “deben establecerse dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas, antes de iniciar un examen de adecuación entre las normas legales y ese principio. Además, debe determinarse si esos grupos o situaciones se encuentran en situación de igualdad o desigualdad desde un punto de vista fáctico, para esclarecer si el Legislador debía aplicar idénticas consecuencias normativas, o si se hallaba facultado para dar un trato distinto a ambos grupos; en tercer término, debe definirse un criterio de comparación que permita analizar esas diferencias o similitudes fácticas a la luz del sistema normativo vigente; y, finalmente, debe constatarse si (i) un tratamiento distinto entre iguales o (ii) un tratamiento igual entre desiguales es razonable. Es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación.”

Ecopetrol, Almacenes Éxito o el Grupo Aval, ya que no solo es el aspecto económico el que los diferencia, lo es también la estructura organizacional y las posibilidades operativas.

Por esta razón, es necesario que en Colombia se empiece a introducir una corriente legislativa y jurisprudencial en materia laboral que entienda la distinción entre un gran empleador de uno pequeño, ya que bajo las normas actuales y el actuar de los jueces, decidir sin distinción sobre la dimensión de la compañía conlleva a que los emprendimientos se alejen de las contrataciones laborales.

3. FORMAS DE CONTRATACIÓN Y SUS EFECTOS SOBRE EL EMPRENDIMIENTO

3.1 CONTRATO LABORAL Y CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El contrato de trabajo es una figura fundamental y necesaria en el marco del emprendimiento. Así, como es sabido, el contrato de trabajo tiene unos elementos esenciales, los cuales también pueden ser vistos como derechos de las partes cuando se suscribe este. Estos son:

- **Prestación personal del servicio:** es un elemento que responde directamente a la necesidad del empleador. Teniendo en cuenta que bajo este elemento el trabajador es el único autorizado para realizar la labor, ello genera que el empleador, en este caso el emprendedor, emplee una búsqueda de personal calificado que resulte ser idóneo para cumplir esta.
- **Subordinación:** este elemento es entendido como la capacidad de imponer condiciones a la prestación personal del servicio; es decir, mediante este el emprendedor transmite los objetivos de la empresa y la forma en la cual los trabajadores deben cumplir su labor.
- **Remuneración:** probablemente el elemento más importante a la hora de contratar personal por parte de los emprendimientos, pues en la determinación de la remuneración recae la viabilidad de la contratación.

Pese a que mediante el cumplimiento de estos elementos se configura un contrato de trabajo y como tal, se formalizan las relaciones entre empleador y trabajador, en Colombia los indicadores han demostrado que existen altos niveles de informalidad laboral. Y, si bien la legislación laboral contempla el principio de *realidad sobre las formas*³⁸, según el cual cuando se presentan los elementos del contrato de trabajo —anteriormente mencionados— y las partes le han dado otro nombre a este, el juez laboral puede declarar la existencia del contrato de trabajo y sus efectos, aquí surge un problema para los emprendimientos porque no se ha legislado en función estos, sino que, por el contrario, se ha mantenido una regulación proteccionista del trabajador sin importar el tipo de empleador.

Precisamente, esta situación ya ha sido identificada por parte del gobierno de Colombia. Al respecto, la ex ministra de trabajo, Alicia Arango, durante la presentación de la perspectiva en materia laboral para Mipymes³⁹, señaló que en muchos casos los emprendedores se ven abocados por la informalidad al no contar con capacidad económica para asumir los costos de la legislación laboral y de la seguridad social. Es por esto por lo que, según la funcionaria, existe un esfuerzo por parte del gobierno para formular una nueva política pública de empleo que responda al contexto actual del mercado laboral y en el cual sean los emprendedores los grandes generadores de empleo.

³⁸ Toda esta regulación tiene su fundamento en uno de los principios pilares del derecho laboral: el principio de favorabilidad, según el cual, en caso de conflicto o duda en la aplicación jurídica, prevalecerá la interpretación favorable al trabajador.

³⁹ MINISTERIO DEL TRABAJO. Ministra Arango, presenta perspectiva en materia laboral para las Mipymes. [En línea] [citado el 13 de noviembre de 2020]. Disponible en: <http://www.mintrabajo.gov.co/prensa/comunicados/2019/agosto/ministra-arango-presenta-perspectiva-en-materia-laboral-para-las-mipymes>

No obstante, pese a la intención en la formulación de nuevas políticas públicas por parte del gobierno, el escenario actual es que, gracias a los altos costos, la estricta regulación y las múltiples responsabilidades que se adquieren en el ámbito de los contratos laborales, los emprendedores han optado por utilizar figuras ajenas al derecho laboral, como lo es el contrato por prestación de servicios.

La legislación civil no trae una definición expresa del contrato de prestación de servicios. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que este se enmarca en el concepto general del contrato⁴⁰; no obstante, la Corte Constitucional en Sentencia T-903 de 2010 ha precisado que: “la prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer, en la cual la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato”⁴¹.

Así, el contrato de prestación de servicios se ha entendido como una alternativa atractiva para emprendedores, pues implica que estos no incurran en los distintos costos laborales que se generan cuando hay un contrato de trabajo, como son los aportes a salud y pensión. En este sentido, en la tabla a continuación, se esbozarán algunas diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo.

⁴⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 84 de 1873 (Código Civil). 31 de mayo de 1873. Bogotá D.C. 1873. DO: 2.867.

“ARTICULO 1495. <Definicion de contrato o convencion>. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-903 de 2010 , 12 de noviembre de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

CONCEPTO	CONTRATO DE TRABAJO	CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS
Ordenamiento	Se regula por las disposiciones laborales contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo.	Se encuentra regulado en la legislación civil, comercial y administrativa.
Remuneración	Se establece bajo el concepto de salario y está supeditada al valor establecido como salario mínimo.	Se establece mediante la figura de honorarios y no existe un mínimo obligatorio.
Relación frente a quien contrata	Entre el trabajador y empleador media una relación de subordinación, mediante la cual el empleador puede direccionar la labor prestada.	Existe independencia entre contratante y contratista. El contratista goza de autonomía para el cumplimiento de sus funciones.
Prestaciones sociales	El trabajador tiene derecho a percibir prestaciones sociales —cesantías, prima, dotación—.	El contratista no tiene derecho a prestaciones sociales.
Seguridad social	El empleador debe afiliar a sus trabajadores a las entidades administradoras de pensiones, salud y riesgos laborales, y debe cotizar por ellos en dichos sistemas.	El contratista es responsable por su propia afiliación, así como por el pago de los aportes. Existe una excepción a esta regla en materia de riesgos laborales, donde el contratante debe afiliar, pero el contratista cotizar —excepto en labores de alto riesgo—.
Obligaciones	El empleador tiene obligaciones de protección y seguridad para con el trabajador y este tiene obligaciones de obediencia y fidelidad.	La única obligación del contratista es cumplir con la labor encomendada y asumir sus responsabilidades frente al sistema de seguridad social.
Auxilio de transporte	En el contrato de trabajo los trabajadores que devenguen hasta dos salarios mínimos tienen derecho a una suma, la cual tiene como finalidad reembolsar los gastos de transporte.	Este auxilio no existe en los contratos de prestación de servicios.
Régimen disciplinario	Los empleadores, en virtud del elemento de subordinación, tienen poder sancionatorio frente a sus empleados cuando incumplen las directrices impartidas.	Al no estar presente el elemento de subordinación, los contratistas no están sometidos a ningún tipo de régimen disciplinario.

Jornada y horas extra	Los trabajadores están sujetos a jornadas determinadas, las cuales, a su vez, están atadas a las disposiciones legales, como aquella que dispone una jornada máxima. Así mismo, los trabajadores que laboren horas extra tienen derecho a que estas sean pagadas con los recargos a que haya lugar.	Teniendo en cuenta que el contrato de prestación de servicios no está regulado mediante la legislación laboral, no hay lugar a mínimos o máximos de horas laboradas. Así mismo, no existe remuneración de horas extras al no haber una jornada determinada.
------------------------------	---	---

De la tabla anterior, entonces, se destacan dos aspectos en torno al contrato de prestación de servicios. En primer lugar, que en este tipo de contratos el contratante debe incurrir en menos costos que en una relación laboral y, en segundo lugar, que la autonomía del contratista es un elemento central de este contrato.

Precisamente, estos dos aspectos son las que han dado lugar a que los emprendedores prefieran el contrato de prestación de servicios frente al de trabajo, toda vez que el ordenamiento brinda una alternativa atractiva a todos aquellos empresarios que no cuentan con un capital suficiente para vincular trabajadores; pero también, resulta ser un mecanismo de protección para los trabajadores al no tener que supeditarse a ciertas obligaciones características de un contrato de trabajo. Así mismo, contempla como limitación del contrato el elemento de subordinación, por lo cual si el emprendedor requiere de una persona a la cual pueda impartirle órdenes, que cumpla con un horario específico y a la cual pueda corregir por medio de acciones disciplinarias, el contrato de prestación de servicios no estaría acorde con la necesidad.

No obstante, si bien el contrato de prestación de servicios parece ser una alternativa favorable al emprendedor, cabe recordar que dicha figura debe emplearse con cuidado, ya que, en virtud del

principio de *realidad sobre las formas*, si en el desarrollo de un contrato de prestación de servicios se configura el elemento de subordinación o se coarta la autonomía, existirá la posibilidad de que se declare la existencia de un *contrato realidad*. Y, si esto sucede, las consecuencias pueden ser devastadoras para los pequeños y medianos empresarios, debido a que el empleador deberá realizar el pago retroactivo de prestaciones sociales, aportes a seguridad social, parafiscales, entre otros conceptos.

De esta manera, si los emprendedores desean hacer uso del contrato de prestación de servicios, es importante que, desde la redacción del contrato hasta su ejecución, se haga de manera juiciosa e informada.

3.2 ESQUEMAS DE LA CONTRATACIÓN LABORAL Y MODALIDADES DE SALARIO

La legislación colombiana contempla distintas modalidades de vinculación laboral, así como distintos tipos de salario. Por esta razón, si un emprendedor decide optar por la suscripción de contratos de trabajo es necesario que conozca los diferentes esquemas, los cuales se analizarán a continuación.

3.2.1 Esquemas de contratación laboral

Los principales tipos de contrato de trabajo que operan en Colombia son: el contrato a término indefinido, el contrato a término fijo y el contrato por obra o labor. Estas tres categorías son

alternativas de contratación laboral que buscan responder de distintas maneras a las necesidades empresariales.

El primer tipo de contrato, el término indefinido, es considerado por la doctrina como el contrato con mayor estabilidad. No obstante, si una empresa cuenta con un capital operativo bajo este contrato no es el ideal porque la terminación de manera unilateral por parte del empleador resulta costosa si no hay una justa causa para terminarlo, en la medida en que es necesario el reconocimiento de una indemnización que, según el Código Sustantivo del trabajo, en los casos en que el trabajador devengue menos de 10 salarios mínimos mensuales vigentes se deberá pagar de la siguiente manera:

Artículo 64. (...) En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.
 2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;
- (...)⁴²

Dicho esto, queda claro que para aquellos emprendedores que no tienen un capital operacional alto, los contratos a término indefinido son mecanismos poco atractivos, toda vez que el empleador debe incurrir en gastos adicionales si decide terminar la relación laboral con sus trabajadores.

⁴² CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Sustantivo del Trabajo, artículo 64. 7 de junio de 1951. Bogotá D.C. DO: 27.622.

El segundo tipo de contrato; es decir, el contrato a término fijo tiene como característica fundamental que, al vencerse su plazo, el empleador puede o no renovar el mismo y si decide sin justa causa no renovarlo, no se causará indemnización o penalidad alguna. Sin embargo, si lo termina sin justa causa durante el término de ejecución de este, el empleador deberá pagar una indemnización equivalente al valor de los faltantes.

Así, el contrato a término fijo brinda una mayor libertad a las pequeñas y medianas empresas a la hora de terminar un contrato al permitirles no incurrir en gastos adicionales. No obstante, esta modalidad trae ciertas desventajas ya que, al ser un contrato con poca estabilidad, los trabajadores no logran identificarse con la empresa, generándose así un menor rendimiento laboral; además, porque al momento de iniciar un proceso de selección no son muchas las personas que se presentan para ocupar un cargo bajo esta modalidad, precisamente por las particularidades de este.

Por último, está el contrato por obra o labor. Este se refiere a aquel en el que su duración se define por medio del tiempo que dure la realización de la obra o labor específica. Así, este tipo de contrato tiende a utilizarse cuando el empleador necesita únicamente apoyo de personal para un fin específico; por ejemplo, para la construcción de un edificio. Por eso, una vez se da fin a este, el contrato laboral se termina sin incurrir en indemnizaciones ni sanciones.

Este tipo de contrato se asemeja al contrato de prestación de servicios, dado que en ambos se busca cumplir una tarea específica. Sin embargo, la diferencia estriba en aspectos como la autonomía, debido a que, si el empresario busca que la persona cumpla determinada labor mediante su direccionamiento y bajo herramientas provistas por él, debe suscribir un contrato por obra o labor.

Pero si, por el contrario, desea que quien realice la actividad cuente con autonomía, utilice sus propios medios y solo se le imparta pautas generales, la figura ideal es la prestación de servicios.

De lo anterior, es posible señalar que el contrato por obra o labor puede ser una alternativa interesante para los emprendedores, toda vez que permite la contratación laboral hasta la consecución de un resultado y sin la necesidad de incurrir en gastos adicionales como la indemnización. No obstante, si el emprendedor desea irse por otra figura, es necesario que evalúe sus ventajas y desventajas.

Finalmente, y teniendo en cuenta el exponencial crecimiento de emprendimientos digitales, es importante hacer una breve mención al teletrabajo⁴³. Si bien no puede denominarse como esquema de contratación laboral formalmente hablando, el teletrabajo es una forma de desempeñar actividades que presenta unas enormes ventajas para los emprendedores pues genera la posibilidad de realizar contrataciones sin necesariamente contar con un espacio físico para los empleados.

En este sentido, cabe destacar lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 2069 de 2020 en el cual se habilita el trabajo remoto más allá del teletrabajo con el fin de garantizar la generación de empleo en el país, y la consolidación y crecimiento de las empresas. Por medio de este tipo de

⁴³ “Teletrabajo: Es una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.” CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1221 DE 2008, artículo 2. 16 de julio de 2008. Bogotá D.C. DO: 47.052.

flexibilización el ordenamiento entiende la capacidad generadora de empleo que tienen los emprendimientos y busca generar mecanismos que lo faciliten.

3.2.2 Modalidades de salario

El salario, entendido como la expresión básica de la remuneración, también admite distintas modalidades que pueden resultar útiles para el emprendimiento. Estas se ubican en dos grandes rubros: el salario en dinero y el salario en especie.

El salario en dinero es aquel en el cual se remunera el servicio mediante moneda corriente. Esta categoría no requiere mayor ilustración, ya que es la forma usual en la que se paga por la realización de una actividad laboral. El salario en especie, por su parte, es la posibilidad de pactar la remuneración con mecanismos distintos al dinero. Bajo esta modalidad, si el trabajador devenga más del salario mínimo, solo podrá pagar el 50% en especie, mientras que, si devenga hasta el salario mínimo, el tope es de un 30% en especie.

El salario en especie es una modalidad útil para los emprendimientos; por eso, es importante hacer un análisis de este, pero enfocándose en la figura del pago de acreencias laborales con acciones.

En primer lugar, se debe señalar que, según la Superintendencia de Sociedades, en Colombia más de la mitad de las sociedades están constituidas bajo la figura de sociedades por acciones

simplificadas (S.A.S.)⁴⁴. Y, son especialmente los emprendimientos los que tienden a escoger esta figura, debido a la posibilidad de simplificar trámites y de constituirlos con bajo presupuesto.

Así, uno de los grandes beneficios que tienen las S.A.S. es la capacidad de emitir acciones de pago. Tanto en la exposición de motivos de la Ley 1258 de 2008⁴⁵ como en diversos oficios de la Superintendencia de Sociedades se contempla la posibilidad de remunerar las actividades de cualquier persona que preste servicios mediante la emisión de acciones de la compañía.

Para la Superintendencia de Sociedades:

Ciertamente, la idea es que la sociedad emita acciones a favor de sus propios ejecutivos y empleados, lo cual constituye una innovación que permite, de un lado, acercar los intereses, especialmente de los administradores sociales, con aquellos de los accionistas, y de otro, honrar obligaciones entre ellas laborales, por los servicios prestados a la compañía por los administradores, trabajadores o por otra persona en particular.⁴⁶

Esta posibilidad, entonces, resultar ser importante para los emprendimientos, básicamente por dos razones: primera, porque les permite cumplir con sus obligaciones laborales mediante un medio distinto al dinero, y segunda, porque al remunerar servicios con acciones se incentiva al trabajador para que se esmere en sus labores.

⁴⁴ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. En Colombia al menos una de cada dos empresas está constituida como S.A.S. [En línea] [citado el 13 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2018/En-Colombia-al-menos-una-de-cada-dos-empresas-est%C3%A1-constituida-como-S-A-S.aspx>

⁴⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 de 2008. 5 de diciembre de 2008. Bogotá D.C. 2008. DO. 47.194

⁴⁶ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-180178 del 31 de octubre de 2014.

De esta manera, esta modalidad de salario es un perfecto ejemplo de cómo los emprendedores pueden resolver los problemas de agencia derivados de la vinculación laboral, toda vez que siendo los trabajadores los mismos accionistas de la compañía, los intereses tanto de emprendedores como de trabajadores pueden alinearse para la consecución de mejores resultados.

Finalmente, cabe recordar que el parágrafo del artículo 10 de Ley 1258 de 2008, afirma que para permitirse la remuneración en este tipo de acciones se deben respetar los límites del salario en especie. Así las cosas, para determinar dichos valores deberán el empleador y trabajador acordar las sumas para dichas acciones y basado en ello, cumplir los límites fijados por la legislación laboral los cuales para el año 2021 son \$454.263 para salarios mayores al mínimo y \$272.558 para el salario mínimo.

Aun cuando es cierto que ambas modalidades están siempre sujetas al valor del salario mínimo, y como bien se ha señalado mediante jurisprudencia, el derecho al salario mínimo está atado a la obligación de cumplir un horario o jornada laboral. No obstante, la Corte Suprema de Justicia ha abierto la posibilidad de pactar salarios que únicamente se componen de comisiones, sin tener que respetar el salario mínimo. En sentencia del 4 de marzo de 2001 la Corte Suprema de Justicia afirmó que:

lo anterior no obsta para agregar con relación a la posibilidad que admite el Tribunal que se den “contratos laborales aleatorios”, como sería el caso “cuando la cuantía del salario depende de las comisiones”, que la Corte lo ha aceptado para los casos en quien se desempeña como vendedor no está obligado a cumplir con un horario de trabajo, pues

de no darse esa circunstancia aquél, al tenor del artículo 132 del código sustantivo del trabajo, tiene derecho al salario mínimo legal⁴⁷.

Así pues, detrás de esta figura lo que se pretende es que el trabajador no esté obligado a prestar sus servicios en un lugar y horario específico; el empleador no deba pagarle necesariamente un salario mínimo, y no se ate la remuneración a un pago mes a mes, sino que se realice de acuerdo con la consecución de metas. Sin embargo, los empleadores se deben enfrentar a la imposibilidad de dictar órdenes e imponer horarios.

De todo lo anterior se puede concluir que la legislación salarial presenta distintas alternativas para la remuneración de personal a los emprendimientos sin necesariamente afectar la viabilidad económica de los mismos y teniendo en cuenta sus necesidades.

⁴⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Rad15006. 14 de marzo de 2001. M.P Fernando Vásquez Botero.

4. COSTOS LABORALES Y SANCIONES

4.1 COSTOS LABORALES

Abordar la viabilidad de los emprendimientos, a la luz del derecho laboral, requiere un análisis de los costos en que debe incurrir el empleador con sus empleados. Por esta razón, a continuación, se señalarán los rubros de los costos laborales mensuales basados en el salario mínimo del año 2021.

Para el año 2021 el salario mínimo mensual en Colombia se estableció en \$908.526 y el auxilio de transporte ascendió a los \$106.454. Sobre este salario mínimo se calcula la base para realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social. Así, el empleador quien es el responsable tanto de la afiliación como del pago de las cotizaciones correspondientes al Sistema de Seguridad Social debe realizar los siguientes desembolsos:

Concepto	Porcentaje total	Empleador	Trabajador
Salud	12.5%	\$77.300 (equivalente al 8.5%). Sin embargo, para el presente caso no hay lugar al pago por este rubro porque según el artículo 114-1 del Estatuto Tributario, cuando el empleador sea persona jurídica, sea contribuyente declarante del impuesto de renta y el trabajador devengue, individualmente menos de 10 salarios mínimos mensuales legales, el empleador queda	\$36.400 (equivalente al 4%)

		exonerado del pago de aportes en salud (correspondiente al 8.5%) ⁴⁸ .	
Pensión %	16%	\$109.023 (equivalente al 12%)	\$36.341 (equivalente al 4%)
ARL	0.522% a 6.960%	\$4.742, Aproximadamente (equivalente al 0.522% a 6.960%)	0%

Frente al pago de Parafiscales, los aportes se hacen según la siguiente tabla:

Concepto	Porcentaje total	Empleador	Trabajador	Observación
Caja de Compensación	4%	\$36.341 (equivalente al 4%)	0%	Según el artículo 114-1 del Estatuto Tributario, cuando el empleador sea persona jurídica, sea contribuyente declarante del impuesto de renta y el trabajador devengue, individualmente menos de 10 salarios mínimos mensuales legales, aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional del Aprendizaje (SENA), del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y las cotizaciones al Régimen Contributivo de Salud, El porcentaje varía según el nivel de riesgo.
ICBF	3%	Para el presente caso no hay lugar al pago del 3%	0%	
SENA	2%	Para el presente caso no hay lugar al pago del 2%	0%	

Y, por concepto de prestaciones sociales, el empleador debe pagar así:

⁴⁸ Según el 14 de marzo de 2001: “Estarán exoneradas del pago de los aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional del Aprendizaje (SENA), del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y las cotizaciones al Régimen Contributivo de Salud, las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.” artículo 114-1 del Estatuto tributario

Concepto	Valor Mensual
Prima de servicios	\$ 84.581
Cesantías	\$ 84.581
Intereses de Cesantías	\$846
Vacaciones	\$37.795

Así las cosas, al proceder con la suma de dichos valores, el valor aproximado mensual a cargo del empleador de un trabajador que devengue el salario mínimo es de \$1.466.731, una suma considerable que la mayoría de los emprendedores no pueden cubrir con solvencia.

4.2 SANCIONES

El título primero de la tercera parte del Código Sustantivo del Trabajo contempla el régimen de vigilancia y control. En este se dispone que el Ministerio del Trabajo es la entidad encargada de ejercer dicha función, mientras que sus funcionarios son la autoridad policial.

La importancia de estas normas del Código radica en la facultad que tienen los funcionarios para imponer sanciones a las empresas o personas —las cuales oscilan entre los 1 a 5000 salarios mínimos— que cometan infracciones al ordenamiento laboral. Sin embargo, dentro de sus funciones no les es permitido la declaratoria de derechos individuales o definición de controversias. Estas están en cabeza de los jueces de la república.

Durante los últimos años las sanciones más comunes impuestas por el Ministerio del Trabajo han sido por: la indebida tercerización laboral, la vinculación sin contrato de trabajo, el incumplimiento del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SGSST), y la indebida terminación de contratos que están bajo estabilidad laboral reforzada.

Estas conductas; sin embargo, en muchas ocasiones son realizadas por los empleadores por desconocimiento, más no por el interés de incumplir. Es por eso por lo que tanto las resoluciones administrativas como las posiciones jurisprudenciales han demostrado que los empleadores deben ser cuidadosos y estar constantemente informados para no verse expuestos a sanciones.

De esta manera, en el campo del derecho laboral y para apoyar a los emprendimientos se hace necesaria la creación de distintos mecanismos de aplicación de sanciones, los cuales sean escalonadas, según el tamaño del empleador, con el fin de incentivar no solo la creación de empresa en Colombia sino también para respetar los principios constitucionales de igualdad y aplicación progresiva. Aunado ello a los esfuerzos en materia educativa legal que contempla la legislación para evitar verse envuelto en una de estas conductas.

5. ALTERNATIVAS PARA LA CONTRATACIÓN LABORAL EN EL CAMPO DEL EMPRESARIADO

El contrato de prestación de servicios no es el único mecanismo jurídico al que recurren los emprendedores que no desean suscribir contratos de trabajo. Otra alternativa ha sido el contrato comercial de maquila.

Según el autor Enrique de la Garza, la maquila es la delegación a un tercero para la fabricación de productos con marca propia que el contratante no puede o no desea fabricar⁴⁹. En Colombia, si bien el contrato de maquila es un contrato atípico, este debe cumplir con las normas generales de los contratos como: la buena fe, la voluntad libre de vicios y la capacidad de los contratantes.

Como con cualquier otra figura, este contrato tiene ventajas para los emprendedores como la no creación de una relación laboral entre los trabajadores y el contratante; la posibilidad de comenzar una producción sin requerir grandes sumas de dinero para la adecuación y mantenimiento de las plantas de producción —que usualmente requería un número considerable de personal— y, la reducción de costos al no haber necesidad de vinculaciones laborales adicionales, gracias a que esta industria cuenta con maquiladores que tiene conocimientos técnicos, experiencia y licencias de funcionamiento. No obstante, también presenta algunas desventajas como las cantidades mínimas de producción que algunos maquiladores exigen, el poco control operativo que se tiene

⁴⁹ DE LA GARZA, Enrique. Modelos de producción en la maquila de exportación. México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2015.

sobre el proceso de producción y la dependencia hacia la empresa maquiladora en su capacidad de producción.

De esta manera, la posibilidad de optar por este mecanismo es una ventaja para los pequeños y medianos empresarios que no cuentan con el capital suficiente para producir, especialmente en las primeras etapas de sus proyectos. Es por esto por lo que, a través de un diseño contractual adecuado —el cual incluya cláusulas de confidencialidad— y mediante la verificación de la vigencia de los permisos y registros de las empresas maquiladoras, este contrato es un elemento impulsador y gran alternativa para los emprendimientos⁵⁰.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que, a pesar de que este contrato al igual que el de prestación de servicios tiene como ventaja el poder suscribir contratos que no tienen una naturaleza laboral, es también el aspecto más criticado por doctrinantes y autoridades laborales, quienes consideran que mediante estas alternativas de contratación se afectan los derechos laborales de los trabajadores, aun cuando los mecanismos utilizados sean legales.

Además, Colombia es un país con recorrido en el campo de la industria maquiladora, como prueba de ello cabe resaltar el caso de la confeccionista vallecaucana Supertex la cual ha fungido como maquilador de grande marcas mundiales como Adidas y New Balance a tal punto que la empresa

⁵⁰ Colombia es un país reconocido en el campo de la industria maquiladora. Como prueba de ello está el caso de la confeccionista vallecaucana Supertex, la cual ha fungido como maquilador de grandes marcas mundiales como Adidas y New Balance. Actualmente esta empresa emplea a más de 1.200 trabajadores y es reconocida por sus altos estándares de calidad e insumos de primera categoría.

ya emplea a más de 1.200 trabajadores y es reconocida por sus altos estándares de calidad e insumos de primera categoría.

Plataformas digitales como *Rappi*, *Uber*, *Mercadoni*, entre otros, no obstante, comparten la viabilidad de contratar sin considerar esta relación de carácter laboral —ya sea a través del contrato de prestación de servicios, de maquila u otros—, y por esta razón, refutan lo señalado por los doctrinantes y autoridades legales.

Rappi, por ejemplo, desde su creación ha recalcado que entre la compañía y los *rappitenderos* no existe un contrato laboral; sencillamente, estos últimos son usuarios de una plataforma que los conecta con otros usuarios que requieren un servicio y están dispuestos a pagar por él. Así mismo, para Pablo Peralta, abogado senior de asuntos laborales en Uber Latinoamérica: “Uber es una plataforma tecnológica que presta intermediación entre quienes tienen una necesidad de movilizarse en la ciudad y una persona que puede prestar el servicio”⁵¹. Por eso, no existe una relación laboral con los conductores, pues precisamente más de setenta resoluciones a nivel global han confirmado que el socio conductor es un contratista independiente.

De lo anterior, es posible afirmar que hoy en día emprendimientos como *Rappi* o *Uber* han encontrado mecanismos legales que les permiten contar con personal de apoyo que no necesariamente se encuentran vinculados mediante un contrato de trabajo. Así, este ejercicio

⁵¹ JÁUREGUI, David. Las diferencias para los trabajadores de las plataformas digitales Uber y Rappi. [En línea] 20 de marzo de 2018 [citado el 13 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/las-diferencias-para-los-trabajadores-de-las-plataformas-digitales-uber-y-rappi-2612224>

prueba que es posible encontrar alternativas ajenas al derecho laboral mediante las cuales los emprendimientos pueden desarrollar sus actividades, pero también pone en evidencia la necesidad de una regulación para que los trabajadores independientes no queden desprotegidos.

Sumado a lo anterior, es importante mencionar que el uso de mecanismos ajenos al derecho laboral también tiene unas limitaciones que el emprendedor debe considerar. La primera y más importante es la falta del elemento de subordinación. Así, teniendo en cuenta que bajo esta se brinda la posibilidad de impartir órdenes y corregir comportamientos, es evidente que, mediante la celebración y ejecución de contratos de carácter no laboral, esta subordinación no tiene cabida.

Como segunda limitación está el hecho de que el contratante no tiene la posibilidad de determinar minuciosamente cómo debe el contratista o usuario llevar a cabo la labor encomendada, lo cual puede repercutir en la imagen de la compañía —tal como sucede con las contravenciones de tránsito que cometen los *rappitenderos*—. Y, como última restricción, está la dificultad de mantener en reserva los secretos industriales, ya que pesar de existir la posibilidad de incluir cláusulas de confidencialidad, está claro que al acudir a personas ajenas a la organización empresarial existe mayor facilidad para la permeabilidad de dicha información.

Finalmente, cabe mencionar que frente a los mecanismos de contratación resulta indispensable analizar cuáles han sido las consideraciones de la jurisprudencia. Al respecto, es necesario traer a colación el caso de *Mercadoni*, plataforma digital para la compra de mercados.

En el mes de octubre del año 2020 el Juzgado Sexto Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá declaró que la relación entre un domiciliario y la empresa era de naturaleza laboral; esto en virtud del principio de primacía de la realidad⁵². En dicha decisión se condenó a la empresa al pago del auxilio de cesantías, los intereses sobre las mismas, la prima de servicios y las vacaciones compensadas, y se ordenó realizar las cotizaciones de seguridad social en pensiones, para lo cual, se solicitó el cálculo actuarial respectivo ante el fondo de pensiones que eligiera el demandante.

Frente a esta sentencia, entonces, según el abogado Camilo Cuervo, aun cuando el fallo en mención tiene efectos interpartes, razón por la cual no se puede alegar como doctrina probable o antecedente judicial⁵³, sí se presta para que otros domiciliarios presenten demandas con pretensiones similares, motivo suficiente para que esto desemboque en decisiones vinculantes.

⁵² JUZGADO SEXTO LABORAL DE PEQUEÑAS CAUSAS DE BOGOTÁ. Radicado No. 110014105006-2019-0094-00, 18 de Septiembre de 2020. Juez Municipal Ginna Milena Leguizamon Espitia.

⁵³ VITA, Laura. Sentencia judicial de domiciliario con vínculo laboral no aplica a todas las compañías. [En línea] 1 de octubre de 2020 [citado el 13 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/sentencia-judicial-de-domiciliario-con-vinculo-laboral-no-aplica-a-todas-las-companias-3067766>

6. POSIBLES CAMBIOS EN LA NORMATIVIDAD

El derecho, al igual que otros campos del conocimiento, tiene la necesidad de adaptarse a los cambios que se generan en las sociedades. Esta capacidad, conocida como la adaptabilidad del derecho es esencial, ya que el ritmo de crecimiento de la tecnología y demás movimientos ha traído nuevos instrumentos y creaciones que el derecho debe considerar.

Precisamente, el derecho laboral es una de las ramas que debe tener mayor adaptabilidad a la sociedad, pues se encuentra a la merced de los avances administrativos, logísticos y tecnológicos que se presentan en el mundo corporativo y sobre el cual existe mayor impacto en los derechos de los trabajadores. Así, es necesario que las autoridades legislativas, trabajando coordinadamente con entidades como *iNNpulsa*, generen instrumentos que permitan la creación de nuevas formas de trabajo, las cuales respeten los principios y derechos irrenunciables del ordenamiento laboral.

Téngase en cuenta que el problema con el modelo actual radica en el hecho de que la normatividad laboral no tiene en cuenta a las pequeñas empresas. Al respecto, Pedro Michelsen, fundador de Armatura, un emprendimiento dedicado a la fabricación de prendas de vestir ha señalado que la situación laboral para los emprendimientos es difícil, en la medida en que, si se decide contratar formalmente, los costos asociados a este son altos y, por el contrario, si decide actuar bajo la informalidad, los riesgos legales son aún más peligrosos.

Por esta razón, Colombia necesita una regulación laboral dirigida al sector del emprendimiento donde se incorporen figuras como la contratación por horas⁵⁴. Así mismo, para Alejandro Galvis, *Chief of Staff* de Rappi, se necesita: “(...) que el gobierno estructure un marco de ley que tenga en cuenta el emprendimiento, porque si no se tiene en cuenta es arriesgado ya que le restaría competitividad al país”⁵⁵.

De esta manera, la situación actual abre el camino para una regulación laboral, que esté dirigida a emprendedores, la cual contemple diferentes tipos de contratación como la contratación laboral por horas. Para eso, puede basarse en las políticas y programas creados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los cuales ayudan a las naciones en los procesos de adaptación a las nuevas tecnologías en lo concerniente a los derechos de los trabajadores.

No es irrazonable proponer este tipo de regulación pues normas como la Ley 1014 de 2006 y 2069 de 2020 no solo han comprendido la importancia del emprendimiento en aras del desarrollo de la nación, sino que han creado un precedente legislativo supremamente sólido que puede tomarse como justificante de lo propuesto. En pocas palabras, lo que se propone es que la innovación legislativa no se detenga con la Ley 2069 sino que debe extender su campo de aplicación como se propone en este estudio a un ámbito laboral.

⁵⁴ Entrevista con Pedro Michelsen, CEO de Armatura, en Bogotá D.C., Colombia (6 de julio de 2020).

⁵⁵ Rappitenderos no son empleados de Rappi, son usuarios. [Anónimo]. [En línea] 19 de julio de 2019 [citado el 15 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/economia/rappitenderos-no-son-empleados-de-rappi-son-usuarios-390362>

6.1 CONTRATACIÓN LABORAL POR HORAS

Durante los primeros meses del año 2020 se presentó una controversia por las declaraciones de la entonces ministra de trabajo, Alicia Arango, en donde afirmaba que Colombia debía cambiar su forma de contratar porque las dinámicas empresariales del mundo venían transformándose de manera contundente. Para la ministra, una de las formas que debía asumir Colombia era la posibilidad de una contratación laboral por horas, pues las empresas no necesitaban trabajadores que laboraran la jornada completa. Para justificar esta propuesta, presentó las cifras de informalidad en Colombia que evidenciaban que de los 22 millones de colombianos que laboran actualmente, únicamente 8 millones cotizan a pensión y el resto se encuentra bajo la informalidad.

De esta manera, las cifras y la propuesta de la ministra demuestran que hay una rigidez de las normas laborales que merece ser transformada y que debe tener en cuenta a aquellos empleadores que no pueden asumir los costos asociados con la vinculación formal de los trabajadores. Es por esto por lo que la invitación de generar desarrollos legislativos que posibiliten la contratación de empleados por horas permite, por una parte, que los empleadores puedan formalizar a sus trabajadores, y por otra, que los trabajadores generen incentivos para que compañías que antes no consideraban la posibilidad de contratar, ahora lo hagan.

No obstante, dicha propuesta ha sido criticada por distintos sectores, quienes consideran que una legislación de este tipo sería perjudicial para la población laboral colombiana. Para Iván Jaramillo, investigador del Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario: “significa un deterioro en su

capacidad adquisitiva, significa la necesidad de acceder a más de un trabajo para lograr el componente de acceso a medios vitales”⁵⁶.

A su vez, parte de la doctrina considera que pese a que en otros países contemplan este tipo de contratación —como lo es Estados Unidos—, no tendría cabida en Colombia porque las realidades macroeconómicas en este último son diferentes. Y, la OIT también ha advertido que las modalidades de trabajo ocasional repercuten directamente en el equilibrio de la vida los trabajadores, pues no se tiene certeza de cuando van a laborar o si van o no a recibir ingresos.

Pese a estas críticas, lo cierto es que un sistema de contratación por horas puede traer beneficios para el mercado laboral colombiano, puesto que no solo generaría disminuciones en la tasa de desempleo, sino también habría un impulso a la formalización de empleo. Entre los argumentos que respaldan lo anterior están: en primer lugar, la previa existencia de modalidades similares al trabajo por horas en el país. Por ejemplo, el emprendimiento *Mensajeros Urbanos* cobra por la distancia y tiempo que debe emplear por realizar la mensajería y solo durante este lapso se generan ingresos. Y, en segundo lugar, está el hecho de que son los mismos trabajadores quienes, a pesar de conocer las condiciones de trabajo, lo demandan y aceptan porque esto les permite obtener ingresos.

⁵⁶ ¿En qué consiste la contratación por horas propuesta en Colombia? [Anónimo]. [En línea] 8 de febrero de 2020 [citado el 15 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://noticias.canalrcn.com/economia/en-que-consiste-la-contratacion-por-horas-propuesta-en-colombia-352498>

Dicho lo anterior, es claro que la introducción de un contrato laboral por horas en Colombia traería beneficios para los emprendedores que recién inician sus proyectos. Así, bajo esta modalidad no solo habría una disminución en las tasas de informalidad y desempleo, también habría un incentivo para que emprendedores contraten trabajadores durante cierto tiempo, realicen los aportes al sistema de seguridad social y reconozcan las prestaciones que por ley son obligatorias.

Por último, cabe señalar que en la actualidad no existe una regulación formal del trabajo por horas en Colombia. Si bien, el artículo 147 numeral 3 del Código Sustantivo del Trabajo contempla la posibilidad de devengar un salario mínimo en proporción a las horas efectivamente laboradas, esta no se refiere estrictamente a un trabajo por horas, pues la normativa en relación con la seguridad social afirma que se deberá cotizar sobre el salario mínimo completo. No obstante lo anterior, es importante mencionar que el artículo 193 de la Ley 1955 de 2019⁵⁷ —Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022—, el cual fue reglamentado mediante el Decreto 1174 de 2020⁵⁸, se dispuso un piso de protección social para aquellos que devenguen menos del salario mínimo.

En este se introdujo una redacción sumamente importante para la consideración del trabajo por horas, su artículo primero afirma que se reglamenta el acceso al piso de protección social para aquellos que perciban menos de un salario mínimo como **consecuencia de su dedicación parcial a un trabajo u oficio**. Esta última parte, aunada a las disposiciones mencionadas anteriormente del Código Sustantivo del Trabajo dan unos primeros pasos hacia la posibilidad de contratación por horas en Colombia.

⁵⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1955 de 2019. 25 de mayo 2019. Bogotá D.C. 2019. DO: 50.964.

⁵⁸ MINISTERIO DEL TRABAJO. Decreto 1174 de 2020. 27 de agosto de 2020.

Así, aun cuando este decreto espera traer beneficios, lo cierto es que ya ha suscitado diferentes reacciones. Por una parte, las centrales obreras han considerado que dicho decreto es un grave retroceso en los derechos de los trabajadores, mientras que para algunos litigantes en derecho laboral es calificado como un instrumento que aporta a la formalización del empleo en el país.

Al respecto, el abogado Camilo Trujillo ha señalado que, si bien los esfuerzos del gobierno deben estar enfocados en que nadie devengue menos de un salario mínimo, la realidad es que esto no se ha logrado; por el contrario, la informalidad ha aumentado significativamente. De esta forma, considera que, si esta modalidad aporta recursos al país y permite a las personas lograr un ahorro para la vejez, conviene sacrificar el *deber ser* que nunca ha sido⁵⁹.

6.2 DESARROLLOS LEGISLATIVOS PARA LAS ECONOMÍAS COLABORATIVAS

Antes de entrar a analizar los desarrollos legislativos en el marco de las economías colaborativas es necesario definir este concepto.

Distintos doctrinantes y organizaciones alrededor del mundo han estudiado las economías colaborativas y han procurado definirla. Por una parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) considera que consisten en “plataformas en línea especializadas en hacer coincidir la oferta y la demanda en mercados específicos, lo que permite ventas y alquileres

⁵⁹ TRUJILLO, Camilo. Decreto 1174 vs centrales, todas las voces son válidas. [En línea] 5 de septiembre de 2020 [citado el 15 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/decreto-1174-vs-centrales-todas-las-voces-son-validas-3055733>

de igual a igual (p2p)”⁶⁰. Por otra parte, para la autora Laura Piscicelli estas economías son un “ecosistema socioeconómico construido alrededor de la cesión (compartición) de objetos infrautilizados, espacio, habilidades, bienes o tiempo, a cambio o no de una contraprestación monetaria, y normalmente facilitada por las tecnologías de internet.”⁶¹”

En pocas palabras, las economías son un intercambio de bienes, servicios o conocimiento, con o sin contraprestación, entre particulares o entre particulares y empresas, el cual puede llevarse a cabo mediante plataformas digitales. A modo de ejemplo de compañías que trabajan sobre el principio de la economía colaborativa están *Airbnb* o *Uber*. La primera de ellas busca conectar personas que quieren un hospedaje con otras que tienen el lugar disponible, mientras que la segunda pone en contacto a personas que necesitan movilizarse con otras que tienen cómo hacerlo.

Estas plataformas, las cuales son mundialmente famosas, también han tenido éxito en Colombia. Por esta razón, diferentes sectores económicos, jurídicos y hasta políticos reconocen la necesidad de una regulación dirigida a estas empresas. Precisamente, el Congreso de la República presentó el Proyecto de Ley 246 de 2020 sobre la desprotección laboral, “por medio de la cual se protege el trabajo en entornos digitales mediante la regulación de la contratación de Colaboradores Autónomos a través de Plataformas Digitales de Economía Colaborativa.”⁶²

⁶⁰ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OECD). Digital Economy Outlook, 2015, Paris: OECD.

⁶¹ PISCICELLI, L., LUDDEN, G. y COOPER, T. (2017). *What makes a sustainable business model successful? An empirical comparison of two peer-to-peer goods-sharing platforms*. Journal of Cleaner Production, 172, 4580-4591.

⁶² Proyecto de Ley 246 de 2020. “Por medio de la cual se protege el trabajo en entornos digitales mediante la regulación de la contratación de colaboradores autónomos a través de Plataformas Digitales de Economía Colaborativa”. Proponentes: Mauricio Toro Orjuela, Jennifer Kristin Arias Falla.

Esta iniciativa legislativa contempla interesantes propuestas en torno a la regulación de dichas aplicaciones. Entre las principales están:

- **Definición de conceptos:** Se introducen definiciones como la de *colaborador autónomo*, la cual se refiere a aquella persona que presta un servicio a un cliente final, de forma autónoma y por cuenta propia, a través de una plataforma de economía colaborativa. O el concepto de *plataforma digital de economía colaborativa*, entendida como las plataformas dedicadas a la intermediación entre la oferta y la demanda, con el fin de generar relaciones entre personas o entre personas y empresas.
- **Delimitación de la relación contractual:** La relación contractual entre colaboradores autónomos y las plataformas digitales de la economía colaborativa, según este proyecto de ley, podrá ser de naturaleza civil o comercial, según lo disponga la plataforma. De igual forma, estableció que en ningún caso la relación descrita en el proyecto podrá ser de naturaleza laboral.
- **Regulación de la afiliación y aportes a seguridad social:** Según lo dispuesto por el proyecto de ley, los colaboradores autónomos deberán estar afiliados en calidad de independientes al régimen de seguridad social. Para ello, el colaborador asumirá la afiliación y aportes a la respectiva Entidad Promotora del Servicio de Salud (EPS) y a la Administradora de Fondos Pensionales (AFP), mientras que serán las Plataformas quienes asuman la afiliación y aportes a la Aseguradora de Riesgos Laborales (ARL).

- **Piso de protección social:** los colaboradores que devenguen menos del salario mínimo se afiliarán bajo la modalidad de piso de protección social, siendo estos los responsables de realizar el aporte a los Beneficios Económicos Periódicos (BEPS), pero las plataformas asumirán el seguro inclusivo.

A pesar de las anteriores propuestas, este proyecto de ley incorpora disposiciones de difícil aplicación. Por ejemplo, el parágrafo 3 del artículo 4 se refiere al régimen de sanciones para los colaboradores autónomos. En él se menciona que existirá un proceso disciplinario en el que se respeten los derechos a la defensa y al debido proceso. Esta necesidad de ejercer un proceso disciplinario, sin embargo, es característica esencial de una relación jurídico-laboral, razón por la cual, si se opta por una plataforma de carácter civil o comercial, habría confusión sobre la aplicación de regulaciones.

Otro ejemplo de la dificultad en la aplicación de este proyecto es el vacío en torno a la regulación sobre la remuneración. Si bien, establece extensamente todo sobre los aportes a la seguridad social, frente a la contraprestación que pagan las plataformas, la referencia es escasa. De esta manera, no queda claro si esto se ajusta a regulación laboral del salario mínimo o si, por el contrario, hay libertad para fijarlo.

Finalmente, en la exposición de motivos de dicho proyecto de ley queda claro que por parte del legislador hay un impulso por regular los nuevos modelos de negocios que han cambiado los hábitos de consumo a nivel mundial. Es especialmente interesante la referencia directa que se hace

del emprendimiento al contemplar la posibilidad de eliminar los intermediarios y las barreras de acceso a los mercados.

Así pues, no se puede desconocer el esfuerzo por parte del poder legislativo por actualizar la normativa a las necesidades actuales de los emprendimientos y la economía colaborativa en el marco de las relaciones laborales y, pese a que existen algunos vacíos en relación con este proyecto de ley, esta ha sido una importante iniciativa.

6.3 EL CASO DE ESTUDIO

Desde la perspectiva jurídico laboral, *Rappi* ha sido objeto de distintas controversias, especialmente por las modalidades de contratación de los *rappitenderos*. Por ejemplo, durante el año 2019 se presentaron distintas protestas y manifestaciones, ya que los *rappitenderos* exigían mejores condiciones laborales y un respaldo en caso de sufrir accidentes relacionados con sus labores.

Como respuesta a estas peticiones, Alejandro Galvis, *Chief Of Staff* de *Rappi* y Sebastián Rúaes, Director Comercial *Rappi LatAm*⁶³, han señalado que *Rappi* no funciona como un empleador, ya que su papel es ser una plataforma que conecta dos tipos de usuario: el que está dispuesto a hacer un pago por conveniencia a cambio de un producto o servicio y el que se conecta a la plataforma para atender órdenes y generar un ingreso. Por eso, han asegurado que en este caso no se cumplen

⁶³ Rappitenderos no son empleados de Rappi, son usuarios. [Anónimo]. [En línea] 18 de julio de 2019 [citado el 15 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.portafolio.co/negocios/empresas/entrevista-voceros-de-rappi-colombia-531671>

las condiciones legales para que estos repartidores sean considerados trabajadores, pues no existe ninguna subordinación y los ingresos por el pedido pertenecen en su totalidad a los *rappitenderos*.

Pero *Rappi* no solo ha sido objeto de controversias jurídico-laborales, también se ha visto envuelto en investigaciones por violaciones a las normas de protección al consumidor. Así, en las diferentes etapas del proceso, los apoderados de *Rappi* sostuvieron que la compañía únicamente era un punto de contacto de dos tipos de usuarios; sin embargo, la Superintendencia de Industria y Comercio desestimó los argumentos y decidió multar a *Rappi* con 2000 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

A pesar de que esta sanción no se dio con ocasión de alguna infracción del régimen laboral, la resolución de la SIC⁶⁴ trajo consigo consideraciones importantes sobre las relaciones laborales. Así, la entidad encontró y concluyó que la naturaleza de la compañía iba más allá de un portal de contacto, ya que sus conductas se relacionaban más con una empresa de comercio electrónico. Así mismo, consideró que la relación que la compañía tenía con los *rappitenderos* era de subordinación.

Por eso, manifestó que:

Del mismo modo, resulta particular que la investigada pretenda en este trámite administrativo desdibujar su calidad de portal de comercio electrónico, indicando que la relación que surge es entre los consumidores y los *Rappitenderos*, cuando del análisis de los elementos probatorios que reposan en el plenario, se advierte que, si bien los consumidores pueden contactarse con dichos sujetos, éstos se encuentran subordinados es a lo que determina el sujeto pasivo (...) En ese sentido, resulta claro que la investigada se prevale de dicha figura para concretar y perfeccionar la relación de consumo y además es ella quien se beneficia de manera directa de las gestiones del *Rappitendero*, así el

⁶⁴ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución número 65205 de 2020, 16 de octubre de 2020.

sujeto pasivo haya manifestado a través de su representante legal suplente en la declaración de parte previamente analizada, que no tiene un control sobre los mismos⁶⁵.

De lo anterior, pese a que la Superintendencia no tenía la facultad para declarar relaciones laborales, la forma en que abordó el tema sobre el funcionamiento de las relaciones con los *rappitenderos* abrió la posibilidad a cuestionamientos de orden legal, con consecuencias altamente peligrosas para la compañía y para la industria tecnológica.

Y, aunque profesionales del derecho como Juan Pablo López, director de la firma López & Asociados, ha afirmado que: “nuestras normas laborales no están adecuadas para fenómenos como Rappi o Uber”⁶⁶ o, declaraciones como los de la anterior ministra de trabajo, quien ha hecho énfasis en que la contratación de los *rappitenderos* es legal, pues lo que existe son contratos independientes en los que no se genera la obligación de pagos a seguridad social, lo cierto es que la resolución de la SIC puede llegar a cambiar o truncar los proyectos sobre reformas a la legislación laboral.

Dicho lo anterior, es importante mencionar ahora los aspectos principales de la situación que enfrenta actualmente *Rappi* en las relaciones con sus *rappitenderos*. El primero tiene que ver con que, a pesar de los cuestionamientos en la modalidad de contratación, esta se encuentra dentro del marco de legalidad. El segundo, por su parte, implica que aun cuando las condiciones de trabajo

⁶⁵ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución número 65205 DE 2020, 16 de octubre de 2020.

⁶⁶ CASTILLA, José David. “Nuestras normas laborales no están adecuadas para fenómenos como Rappi o Uber”. [En línea] 15 de abril de 2019 [citado el 15 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/nuestras-normas-laborales-no-estan-adequadas-para-fenomenos-como-rappi-o-uber-2851535>

de los repartidores sean legales, no son del todo condiciones dignas. Y el tercero, se refiere al hecho de que a nivel legislativo y ejecutivo Colombia ha intentado regular dichas situaciones.

Esto significa, entonces, que actualmente *Rappi* ha encontrado mecanismos legales dentro del ordenamiento jurídico para dar inicio a su negocio: un emprendimiento que ha logrado distinción internacional, así como la posibilidad de brindar un ingreso a más de cien mil personas. Y, pese a que no ha enmarcado sus relaciones con los *rappitenderos* dentro del derecho laboral, la compañía no ha ido en contra del ordenamiento jurídico colombiano.

Por lo pronto, es posible evidenciar que el caso *Rappi* es un llamado de atención a las autoridades para que impulsen una reforma a la legislación laboral, mediante alternativas como el trabajo por horas y las contrataciones en el marco de la economía colaborativa, que ayuden tanto a los *rappitenderos* en el reconocimiento de sus derechos; como a las compañías y al país en general.

6.4 IMPLICACIONES SOCIALES DE LA REGULACIÓN LABORAL FRENTE AL EMPRENDIMIENTO

El estudio sobre la relación entre el ordenamiento jurídico y el emprendimiento no debe limitarse al impacto que esta tiene en lo económico, sino también en lo político y social.

Un perfecto ejemplo de ello es lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 2069 de 2020 el cual contempla que se le dará prioridad en la promoción a los emprendimientos sociales con réditos en el bienestar de las comunidades, de tal forma que por medio de esto se lleve a cabo una alianza

entre el estado y los particulares bajo un instrumento legal para el desarrollo y prosperidad de comunidades vulnerables.

Así, teniendo en cuenta que el objetivo principal del derecho y las normas es propender por el orden social, bajo parámetros de justicia, es necesario que el ordenamiento jurídico laboral tenga en cuenta los efectos que puede acarrear en la sociedad una regulación enfocada hacia los emprendimientos.

Como es sabido, el ordenamiento jurídico laboral regula una actividad, considerada socialmente obligatoria, mediante la cual una persona ejecuta labores en favor de otra. Esta relación es de carácter social porque busca evitar los abusos entre las partes. De esta manera, casos como el de *Rappi*, pese a implementar alternativas ajustadas a la ley, no son socialmente deseables porque desconoce el pago de sumas como prestaciones sociales o aportes a la seguridad social de los *rappitenderos*.

Por eso, para mitigar este problema es necesario llevar a cabo cuidadosos estudios para determinar mecanismos y herramientas jurídicas que satisfagan tanto los intereses de los emprendimientos como de los trabajadores, con el fin de lograr una normativa justa y equilibrada.

7. CONCLUSIONES

A lo largo de la historia el derecho laboral ha logrado importantes avances, especialmente en los derechos al trabajador. Tanto es así que se le ha considerado a este como la parte débil de la relación laboral y por eso mediante la legislación se han implementado mecanismos para su protección.

Esto, no obstante, ha llevado a un proteccionismo desbordado hacia el trabajador, lo cual ha afectado en muchos casos la viabilidad económica de las empresas. Y no es que el reconocimiento del trabajador como un sujeto de especial protección para el ordenamiento jurídico sea un error; por el contrario, es un objetivo de la normatividad laboral. El problema está en la protección extrema hacia este, lo cual ha obligado a los empleadores, por una parte, a buscar otros mecanismos contractuales para vincular a colaboradores y, por otra, a disminuir su oferta laboral. Por esta razón, se hace necesario un cambio en la regulación que ayude tanto al futuro de la inversión y creación empresarial en el país como a los trabajadores.

Empresas como *Rappi*, *Mercadoni* o *Uber*, precisamente, abren el debate y el camino para adaptar el sistema jurídico laboral hacia nuevas realidades que no solo se enfoquen en el emprendimiento digital, sino también en las formas de contratación para los emprendedores.

Así pues, teniendo en cuenta lo anterior, a continuación, se señalarán las conclusiones en torno a la situación actual del ordenamiento jurídico-laboral colombiano frente al fenómeno del emprendimiento:

1. Colombia tiene un sistema jurídico que fomenta en gran medida el emprendimiento. Prueba de ello son las distintas leyes, decretos y demás normas que tienen como objetivo apoyar la creación de micro, pequeñas y medianas empresas. Asimismo, la Constitución Política de Colombia contempla principios como la libertad económica que no se pueden desconocer a la hora de analizar la posibilidad de crear empresa en Colombia. Lo anterior demuestra, como lo afirman algunos autores citados por el presente estudio, que el país es tierra fértil en materia jurídica para los emprendedores.

2. Gran parte de la doctrina considera que la respuesta frente al desempleo no surge únicamente de medidas macroeconómicas, sino también de cambios en la regulación que permiten un aumento en la oferta laboral. Así, una alternativa de diferentes autores es sacrificar ciertos objetivos que históricamente han sido inalcanzables, como lo es la necesidad de que la totalidad de la población devengue un salario mínimo por una jornada laboral específica, para así implementar la posibilidad de trabajar un menor tiempo y aun así poder cotizar a los sistemas de seguridad social.

3. La importancia del capital humano en las empresas conlleva a que la vigilancia y control en cabeza de las autoridades administrativas sea más estricto, riguroso y organizado, a la vez que las empresas deban estar mejor capacitadas para evitar la imposición de sanciones.

4. La legislación laboral contempla distintos tipos de contratos de trabajo, así como distintas formas de remunerar la prestación personal del servicio. Para el emprendimiento, esta multiplicidad de opciones de contratación es importante, en la medida en que el emprendedor puede escoger la más favorable.

Así mismo, de las diferentes posibilidades de remunerar la prestación del servicio, una que merece especial interés es la acción de pago propia de las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.). Por medio de mecanismos como estos el emprendedor puede reducir en parte sus gastos en dinero y así mismo generar una mayor participación e interés de los trabajadores para el desarrollo de la empresa.

5. No obstante lo anterior, los costos asociados a las contrataciones laborales son supremamente altos y en la mayoría de casos no pueden ser cubiertos por el capital operativo de emprendimientos. Por ello, se exhorta el diseño de nuevos mecanismos contractuales que permitan al emprendedor llevar a cabo contrataciones laborales en las cuales no deban hacer desembolsos tan elevados y por su parte el trabajador no deba laborar jornadas enteras de determinadas horas diarias, teniendo en cuenta que la jurisprudencia entiende que el salario mínimo es resultado de una jornada completa.

6. Las contrataciones laborales en la mayoría de los casos no son una opción viable para los emprendimientos. Por eso, han acudido a contratos civiles o mercantiles para vincular a colaboradores. Pese a que la suscripción de estos contratos tiene ventajas como lo es el no tener que hacer el pago de prestaciones sociales o aportes al sistema de seguridad social, también tiene aspectos negativos como la ausencia del elemento de subordinación —que permite impartir órdenes— y la falta de interés por parte del contratista para desarrollar su labor.

7. En Colombia ya se evidencia un movimiento de cambios legislativos específicamente dirigidos hacia el emprendimiento y las pequeñas empresas; no obstante, un cambio **específico** en el

ordenamiento jurídico laboral se hace aún más necesario al ser director de la oferta laboral nacional. Figuras como la contratación por horas y lineamientos del empleo en plataformas digitales deben ser incluidas en estos preceptos normativos, ya que la adaptabilidad a las nuevas realidades no puede pasarse por alto.

8. Empresas como *Rappi* son grandes generadores de empleo; por ello, no se debe satanizar la forma en la que contratan con sus repartidores sino construir de la mano de sus directivos nuevas formas de contratación que tengan en mente tanto los intereses y derechos de los trabajadores como las necesidades de las compañías. De esta forma no solo se contribuye a la disminución de tasas de desempleo sino que también se incentiva la formalización laboral en el país.

9. Los actuales esfuerzos de creación legislativa en pro del emprendimiento que han logrado simplificar la actividad económica para emprendedores en Colombia y han exaltado así mismo la importancia que tiene este fenómeno a la hora de generar oferta laboral, son un precedente esencial para el tipo de regulación que se propone en el presente estudio.

Como consecuencia de lo expuesto, si bien es posible concluir que la legislación laboral colombiana actualmente vigente fomenta la contratación de trabajadores por parte de los emprendimientos al posibilitar distintos mecanismos contractuales y remuneratorios, aún es necesario introducir modificaciones a la norma que permita disminuir costos laborales para los emprendedores y de igual forma proteja los derechos de los trabajadores. Se ha demostrado también que el contexto colombiano requiere de estos incentivos pues los indicadores demuestran la alta

empleabilidad en el marco del emprendimiento y el potencial que ello conlleva para para indicadores como tasa de desempleo e informalidad laboral.

BIBLIOGRAFÍA

Normativa, jurisprudencia y documentos legales

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 84 de 1873 (CÓDIGO CIVIL). 31 de mayo de 1873. BOGOTÁ D.C. 1873. DO: 2.867.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Sustantivo del Trabajo. 7 de junio de 1951. Bogotá D.C. DO: 27.622.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 590 de 2000, 12 julio de 2000. Bogotá D.C., 2000. DO No: 44.078.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 905 de 2004, 2 de agosto de 2004. Bogotá D.C., 2004. DO No: 45.628

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1014 de 2006, 27 de enero de 2006. Bogotá D.C., 2006. DO NO: 46.164.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 2069 de 2020, 31 de diciembre de 2020. Bogotá D.C., 2020. DO NO: 51.544.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1955 de 2019. 25 de mayo 2019. Bogotá D.C. 2019. DO: 50.964.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-394 de 1999, 27 de mayo de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1258 de 2008. 5 de diciembre de 2008. Bogotá D.C. 2008. DO. 47.194.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-862 de 2008, 3 de septiembre de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-830 de 2010, 20 de octubre de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-434 de 2011, 03 de noviembre de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-903 de 2010, 12 de noviembre de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-178 de 2014, 26 de marzo de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-237 de 2014, 9 de abril de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-032 de 2017, 25 de enero de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Rad15006. 14 de marzo de 2001. M.P. Fernando Vásquez Botero.

MINISTERIO DEL TRABAJO. Decreto 1174 de 2020. 27 de agosto de 2020.

JUZGADO SEXTO LABORAL DE PEQUEÑAS CAUSAS DE BOGOTÁ. Radicado No. 110014105006-2019-0094-00, 18 de septiembre de 2020. Juez Municipal Ginna Milena Leguizamon Espitia.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Resolución sobre las estadísticas del empleo en el sector informal, adoptada por la decimoquinta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, Ginebra, agosto de 1993.

PROYECTO DE LEY 246 DE 2020, “Por medio de la cual se protege el trabajo en entornos digitales mediante la regulación de la contratación de colaboradores autónomos a través de Plataformas Digitales de Economía Colaborativa”. Proponentes: Mauricio Toro Orjuela, Jennifer Kristin Arias Falla.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución número 65205 de 2020, 16 de octubre de 2020.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución número 65205 DE 2020, 16 de octubre de 2020.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-180178 del 31 de octubre de 2014.

Publicaciones electrónicas

ARBOLEDA, María Elvira (2011). El emprendimiento: Una respuesta al desempleo en Colombia. [En línea]. Marzo de 2011. Disponible en: https://www.usbcali.edu.co/sites/default/files/8_desempleo.pdf

ARISTIZABAL, J. Aproximación al marco jurídico de la libertad económica en Colombia. [En línea] 2000. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-59232000000400006

ASÍ SERÍA SEGURIDAD SOCIAL DE TRABAJADORES DE 'APPS' COMO UBER Y RAPPI. [Anónimo] [En línea] 1 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/borrador-del-proyecto-de-ley-que-reglamenta-seguridad-social-para-aplicaciones-como-uber-o-rappi-512988>

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD LIBRE. El infierno de trabajar en Rappi. Asproul. [En línea]. 18 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.asproul.org/el-infierno-de-trabajar-en-rappi/>

BANCO DE LA REPÚBLICA. Tasas de ocupación y desempleo. [En línea]. 14 de junio 2019. Disponible en: <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/tasas-ocupacion-y-desempleo>

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. ¿Maquilar o producir? 2017. Disponible en: <https://www.ccb.org.co/Sala-de-prensa/Noticias-sector-agricola-y-agroindustrial/Noticias-2017/Maquilar-o-producir>

CÁRDENAS, Julián, et al. ¿Que se Crea al fomentar el emprendimiento? Los principales impactos de la formación en este Campo*. Portal de Revistas UR. [En línea] agosto de 2015. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/1872/187243060009/html/index.html>

CASTILLA, José David. “Nuestras normas laborales no están adecuadas para fenómenos como Rappi o Uber”. [En línea] 15 de abril de 2019 [citado el 15 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/nuestras-normas-laborales-no-estan-adecuadas-para-fenomenos-como-rappi-o-uber-2851535>

CHIQUIZA, J. Rappi alcanza los 100.000 repartidores en siete países de América Latina. En: La República. [En línea]. 12 de agosto de 2019. [citado el 17 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.larepublica.co/globoeconomia/rappi-alcanza-100000-repartidores-en-siete-paises-de-america-latina-2895127>

¿CÓMO FORTALECER LA COMPETITIVIDAD DE LAS PYMES PARA 2020? [Anónimo] [En línea] 8 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/competitividad-de-las-pymes-en-colombia-para-2020-446922>

CONTRATACIÓN DE RAPPITENDEROS ES LEGAL: MINTRABAJO. [Anónimo] [En línea] 8 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/empleo/contratacion-de-rappitenderos-es-legal-mintrabajo-531353>

CUEVAS, Homero, & PÉREZ, Mauricio. La economía política de la constitución de 1991. Universidad Externado de Colombia. [En línea] 8 de enero de 2020. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/1277/1216>

DECRETO 1174 NO ESTABLECE LA CONTRATACIÓN POR HORAS EN COLOMBIA. [Anónimo] [En línea] 9 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.dinero.com/economia/articulo/esta-la-contratacion-por-horas-permitida-en-colombia/297698>

DE LA GARZA, Enrique. Modelos de producción en la maquila de exportación. México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2015.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE). Empleo y Desempleo. [En línea]. 2020. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo#geih-mercado-laboral>

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE). Medición de empleo informal y seguridad social. [En línea]. 2020. Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/bol_geih_informalidad_jul20_sep20.pdf

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION (DNP). Política Nacional De Emprendimiento (Documento Conpes 4011) [En línea]. 2020. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/4011.pdf>

ESCOBAR, W. H. Marco Legal para la Política Nacional de Emprendimiento. [En línea]. 10 de marzo de 2019. Disponible en: <http://mprende.co/emprendimiento/marco-legal-para-la-politica-nacional-de-emprendimiento>

FIERRO, José Agustín. ¿El contrato de prestación de servicios genera relación laboral? Universidad de la Sabana [En línea]. Disponible en: https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/1675/JOSE_AGUSTIN_FIERRO_CASTRO.pdf?sequence=1

FORMICHELLA, M. & MASSIGOGE, J. El Concepto de emprendimiento y su relación con la educación, el empleo y el desarrollo local. Enero de 2004. [En línea] Disponible en: <http://municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/MonografiaVersionFinal.pdf>

HOBBS, Steven. *Entrepreneurship and Law: Accessing the Power of the Creative Impulse* [Emprendimiento y Derecho: Acceder al poder del impulso creativo]. 2009. [En línea] Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/eb1wj4&div=4&id=&page=>

JARAMILLO, Iván. ¿Por qué no conviene la contratación laboral por horas en Colombia? [En línea] 4 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/empleo/por-que-no-conviene-la-contratacion-laboral-por-horas-para-colombia-537771>

JÁUREGUI, David. Las diferencias para los trabajadores de las plataformas digitales Uber y Rappi. [En línea] 20 de marzo de 2018 [citado el 13 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/las-diferencias-para-los-trabajadores-de-las-plataformas-digitales-uber-y-rappi-2612224>

KALMANOVITZ, Salomón. (2001). Constitución y modelo económico. [En línea]. 27 de mayo de 2001. Disponible en: https://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/cmodelo.pdf

LONDOÑO. Francisco. Radiografía jurídica del emprendimiento en Colombia. En: Revista MPRENDE, [En línea] 2014. Disponible en: <http://mprende.co/opinion-y-foros/radiografia-juridica-del-emprendimiento-en-colombia>

MELO, Jorge. Las reformas liberales de 1936 y 1968. [En línea] 2014. Disponible en: <https://www.banrepultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-13/las-reformas-liberales-de-1936-y-1968>

MENA, Cristián. La protección constitucional de los negocios. Derecho para el Emprendimiento y los Negocios Santiago: Ediciones UC. 2010. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/j.ctt15hvt05.5>

MINISTERIO DEL TRABAJO. Ministra Arango, presenta perspectiva en materia laboral para las Mipymes. [En línea] Disponible en: <http://www.mintrabajo.gov.co/prensa/comunicados/2019/agosto/ministra-arango-presenta-perspectiva-en-materia-laboral-para-las-mipymes>

MONTEALEGRE, Mauricio. Las normas laborales existentes y los emprendedores. Asuntoslegales. [En línea] 20 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/las-normas-laborales-existentes-y-los-emprendedores-2946275>

MORENO, María Camila & MONTENEGRO, Gineth. (2018). Análisis de la relación entre desempleo e informalidad en la ciudad de Bogotá para el periodo 2008-2015. Universidad de La Salle. [En línea] 1 de enero de 2018. Disponible en: <https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1537&context=economia>

MOSQUERA, Freya. La constitución económica de 1991. Universidad Cooperativa de Colombia. [En línea] 25 de abril de 2015. Disponible en: <https://www.ucc.edu.co/prensa/2016/Paginas/la-constitucion-economica-de-1991.aspx>

MUSA, Muhammad & SEMASINGHE, D.M. Entrepreneurship and Unemployment: A Literature Review. Impulse [Emprendimiento y Desempleo: una revisión sobre el tema]. [En línea]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/325314081_Entrepreneurship_and_Unemployment_A_Literature_Review

NARANJO, Freddy. Pymes de Colombia son optimistas con el futuro. [En línea] 25 de mayo de 2012. Disponible en: <https://www.portafolio.co/negocios/empresas/pymes-colombia-son-optimistas-futuro-108398>

OJEDA, Diego. ¿Hay limbo laboral en Rappi? ELESPECTADOR.COM. [En línea] 25 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/economia/hay-limbo-laboral-en-rappi/>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Políticas de Formalización en América Latina: Avances y Desafíos. [En línea] 2018 [citado el 11 de noviembre de 2020]. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_645159.pdf

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OECD). Digital Economy Outlook, 2015, Paris: OECD. PERRY, Guillermo. La Constitución de 1991 y el desarrollo económico y social. [En línea] 21 de junio de 2011. Disponible en: <http://focoeconomico.org/2011/06/21/la-constitucion-de-1991-y-el-desarrollo-economico-y-social/>

¿QUÉ PASA EN COLOMBIA CON EL TRABAJO POR HORAS? [Anónimo]. [En línea] 21 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/impuestos/que-pasa-en-colombia-con-el-trabajo-por-horas-544742>

RAPPITENDEROS NO SON EMPLEADOS DE RAPPI, SON USUARIOS. [Anónimo]. [En línea] 30 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.portafolio.co/negocios/empresas/entrevista-voceros-de-rappi-colombia-531671>

REVISTA SEMANA. “Colombia necesita UN sistema de trabajo POR horas”: Alicia Arango. [En línea] 18 de julio de 2018. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/colombia-necesita-un-sistema-de-trabajo-por-horas-alicia-arango/588822/>

ROMERO, Andrés. La importancia del emprendimiento en Colombia. [En línea]. 23 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://dernegocios.uexternado.edu.co/negociacion/la-importancia-del-emprendimiento-en-colombia/>

RODRÍGUEZ, Iván. Pago de obligaciones laborales con acciones. [En línea] 18 de marzo de 2015. Disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/ivan-rodriguez-511191/pago-de-obligaciones-laborales-con-acciones-2233636#:~:text=Es%20decir%2C%20cuando%20se%20entreguen,el%2030%25%20de%20su%20remuneraci%C3%B3n.>

RODRÍGUEZ, Reyler. La adaptabilidad del derecho frente a los cambios en el mundo contemporáneo [En línea] Disponible en: <https://www.derechocambiosocial.com/revista003/cambio.htm>

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. En Colombia al menos una de cada dos empresas está constituida como S.A.S. [En línea] [citado el 13 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2018/En-Colombia-al-menos-una-de-cada-dos-empresas-est%C3%A1-constituida-como-S-A-S.aspx>

TRASLAVIÑA, Daniel Camilo. (2018, 27 julio). Colombia: Supertex, la maquiladora de las grandes marcas. América Retail. [En línea] 27 de julio de 2018. Disponible en: <https://www.america-retail.com/colombia/colombia-supertex-la-maquiladora-de-las-grandes-marcas/>

TRUJILLO, Camilo. Decreto 1174 vs centrales, todas las voces son válidas. [En línea] 5 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/decreto-1174-vs-centrales-todas-las-voces-son-validas-3055733>

UPRIMNY, Rodrigo., RODRÍGUEZ, César Augusto. Constitución y modelo económico en Colombia: Hacia una discusión productiva entre economía y derecho. Bogotá: Dejusticia. [En línea] 22 de noviembre de 2005. Disponible en <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2005/12/Constituci%C3%B3n-y-modelo-econ%C3%B3mico-en-Colombia.pdf>

VALLECILLA, Luis Fernando. La relación laboral y el contrato de trabajo. Universidad Católica de Colombia. [En línea] [citado el 10 de noviembre de 2020]. Disponible en: https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23054/1/derecho-laboral-en-colombia_Cap02.pdf

VILLARAN, Fernando. Las causas de la informalidad. RPP. [En línea]. 13 de mayo de 2019. Disponible en: <https://rpp.pe/columnistas/fernandogonzalovillarandelapuerto/las-causas-de-la-informalidad-noticia-1195869>

VITA, Laura. Sentencia judicial de domiciliario con vínculo laboral no aplica a todas las compañías. [En línea] 1 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/sentencia-judicial-de-domiciliario-con-vinculo-laboral-no-aplica-a-todas-las-companias-3067766>