



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

Módulo de Formación Autodirigida

LABORAL INDIVIDUAL

Jorge Eliécer
Mosquera Trejos

2019





CONTENIDO

UNIDAD I - LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INCIDENCIA EN EL CONTRATO DE TRABAJO.....	8
OBJETIVO GENERAL:	9
OBJETIVOS ESPECÍFICOS:	9
1.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INCIDENCIA EN EL CONTRATO DE TRABAJO	9
1.2. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	12
1.3. DIMENSIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	13
1.4. DERECHOS FUNDAMENTALES ESPECÍFICOS E INESPECÍFICOS DE LOS TRABAJADORES.....	15
1.5. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES APLICABLES AL CONTRATO DE TRABAJO.....	15
1.6. CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y LA LIBERTAD DE EMPRESA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	17
1.7. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	22
1.8. AUTOEVALUACIÓN.....	24
1.9. JURISPRUDENCIA.....	24
1.10. BIBLIOGRAFÍA	25
UNIDAD II - CONTRATO DE TRABAJO.....	27
OBJETIVO GENERAL	27
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	27
2.1. CONTRATO DE TRABAJO - CONTRATO REALIDAD - ELEMENTOS ESENCIALES.....	27



2.2. DEFINICION DEL CONTRATO DE TRABAJO	27
2.3. PRESUNCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	27
2.3.1. PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD.....	27
2.3.2. LA RECOMENDACIÓN 198 DE LA OIT.....	29
2.4. CONTRATO DE TRABAJO Y RELACIÓN DE TRABAJO	30
2.5. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO	31
2.5.1. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO.....	31
2.5.2. LA SUBORDINACIÓN.....	31
2.5.3 LA AJENIDAD.....	32
2.5.4. EL SALARIO.....	33
2.6. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO COMUNES A LOS DEMÁS CONTRATOS	33
2.6.1. CAPACIDAD.....	33
2.6.2. CONSENTIMIENTO	34
2.6.3. OBJETO LÍCITO	34
2.6.4. CAUSA LÍCITA.....	34
2.7. MODALIDADES DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	34
2.7.1. CONTRATO A TÉRMINO INDEFINIDO	34
2.7.2. CONTRATO A TÉRMINO FIJO.....	35
2.7.3. CONTRATO DE OBRA O LABOR DETERMINADA.....	36
2.7.4. CONTRATO ACCIDENTAL O TRANSITORIO.....	37
2.8. ACTIVIDAD PEDAGÓGICA	38
2.9. AUTOEVALUACIÓN	38
2.10. JURISPRUDENCIA	39
2.11. BIBLIOGRAFÍA	40



UNIDAD III - TERCERIZACIÓN Y OTRAS FORMAS DE TRABAJO	41
OBJETIVO GENERAL	41
<i>OBJETIVOS ESPECÍFICOS.</i>	<i>41</i>
3.1. EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES (EST).....	41
3.2. EMPRESAS ASOCIATIVAS DE TRABAJO (EAT)	44
3.3. COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO (CTA)	44
3.4. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES	46
3.5. SIMPLES INTERMEDIARIOS	48
3.6. CONTRATO SINDICAL.....	49
3.7. TELETRABAJO.....	52
<i>3.7.1. PROBLEMAS DEL TELETRABAJO.....</i>	<i>55</i>
3.8. TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES.....	56
3.9. OUTSOURCING.....	59
<i>3.9.1. PARTES DEL CONTRATO</i>	<i>59</i>
<i>3.9.2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO</i>	<i>59</i>
<i>3.9.3. TÉRMINOS DEL CONTRATO.....</i>	<i>60</i>
<i>3.9.4. PERSONAL DE SERVICIO.....</i>	<i>60</i>
<i>3.9.5. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL CONTRATO DE OUTSOURCING.....</i>	<i>60</i>
3.10. FREELANCE.....	62
3.11. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS.....	64
3.12. AUTOEVALUACIÓN.....	65
3.13. JURISPRUDENCIA.....	65
3.14. BIBLIOGRAFÍA.....	67



UNIDAD IV - TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO - DESPIDO68

OBJETIVO GENERAL	68
<i>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</i>	68
4.1. ESTABILIDAD LABORAL.....	68
4.2. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	69
4.3. DESPIDO	71
4.3.1. <i>JUSTAS CAUSAS POR PARTE DEL EMPLEADOR</i>	73
4.3.2 <i>JUSTAS CAUSAS POR PARTE DEL TRABAJADOR</i>	77
4.4. OTROS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN QUE GENERAN UNA ESTABILIDAD SUPERLATIVA	80
4.4.1. <i>TRABAJADORAS EN ESTADO DE EMBARAZO, LICENCIA DE MATERNIDAD O LACTANCIA</i>	80
4.4.2. <i>PREPENSIONADOS</i>	81
4.4.3. <i>TRABAJADORES BENEFICIARIOS DEL FUERO SINDICAL LEGAL O CONVENCIONAL</i>	81
4.4.4. <i>MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA</i>	81
4.4.5. <i>TRABAJADORES QUE HAYAN PRESENTADO QUEJA DE ACOSO LABORAL O HUBIEREN SIDO TESTIGO DE ACOSO</i>	82
4.4.6. <i>FUERO CIRCUNSTANCIAL</i>	82
4.4.7. <i>TRABAJADORES A LOS QUE SE LES APLICA EL ARTÍCULO 6 DE LA LEY 50 DE 1990</i>	82
4.4.8. <i>DESPIDOS COLECTIVOS</i>	82
4.5. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIO FRENTE AL DESPIDO INJUSTIFICADO	83
4.5.1. <i>PERJUICIOS MORALES</i>	84
4.5.2. <i>DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN</i>	85
4.6. DESPIDO NULO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	85
4.7. REINTEGRO SEGÚN LA SALA DE CASACIÓN LABORAL	87



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

4.8. DESPIDO SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	87
4.9. FUERO DE ESTABILIDAD REFORZADA POR ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA	89
4.10. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS.....	92
4.11. AUTOEVALUACIÓN.....	93
4.12. JURISPRUDENCIA.....	93
4.13. BIBLIOGRAFÍA.....	96
UNIDAD V - SALARIO.....	97
OBJETIVO GENERAL	97
<i>OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....</i>	<i>97</i>
5.1. CONCEPTO DE SALARIO	97
5.2. PAGOS QUE CONSTITUYEN SALARIOS Y PAGOS QUE NO SON SALARIOS.....	98
5.3. DERECHOS DEPORTIVOS NO SON SALARIOS	101
5.4. COMISIONES	102
5.5. VIÁTICOS	102
5.6. IGUALDAD SALARIAL.....	103
5.7. MODALIDADES DE SALARIO	107
5.8. REMUNERACIÓN DEL TRABAJO SUPLEMENTARIO	110
5.9. PROTECCIÓN DEL SALARIO.....	111
5.10. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	112
5.10.1. CASO I.....	112
5.10.2. CASO II	113
5.11. AUTOEVALUACIÓN	114



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

5.12. JURISPRUDENCIA.....	115
5.13. BIBLIOGRAFÍA.....	116
UNIDAD VI - IUS VARIANDI	117
OBJETIVO GENERAL	117
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	117
6.1. IUS VARIANDI	117
6.2. LÍMITES DEL IUS VARIANDI	121
6.3. MODIFICACIONES SUSTACIALES DE CONDICIONES DE TRABAJO ...	122
6.4. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS.....	123
6.5. AUTOEVALUACIÓN	124
6.6. JURISPRUDENCIA.....	124
6.7. BIBLIOGRAFÍA.....	125
UNIDAD VII - ACOSO LABORAL	126
OBJETIVO GENERAL	126
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	126
7.1. ACOSO LABORAL EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.....	126
7.1.1. APOYO JURISPRUDENCIAL	127
7.1.2. BIENES PROTEGIDOS POR LA LEY DE ACOSO LABORAL.....	130
7.1.3. CARACTERÍSTICAS DEL ACOSO LABORAL	131
7.2. ELEMENTOS DEL ACOSO LABORAL.....	132
7.3. LA LEY 1010 DE 2006	134
7.3.1. DEFINICIÓN DE ACOSO LABORAL.....	134
7.3.2. MODALIDADES DE ACOSO LABORAL	134
7.4. REFLEXIÓN.....	141



7.5. CONVENIO 190 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO OIT SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL MUNDO DEL TRABAJO	142
7.6. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	144
7.7. AUTOEVALUACIÓN	144
7.8. ALGUNOS ASPECTOS COMPARATIVOS ENTRE LA LEY 1010 DEL 2006 Y EL CONVENIO 190 DE LA OIT	145
7.9. FLUJOGRAMA DE ACOSO LABORAL	147
7.10. JURISPRUDENCIA	148
7.11. BIBLIOGRAFÍA.....	148

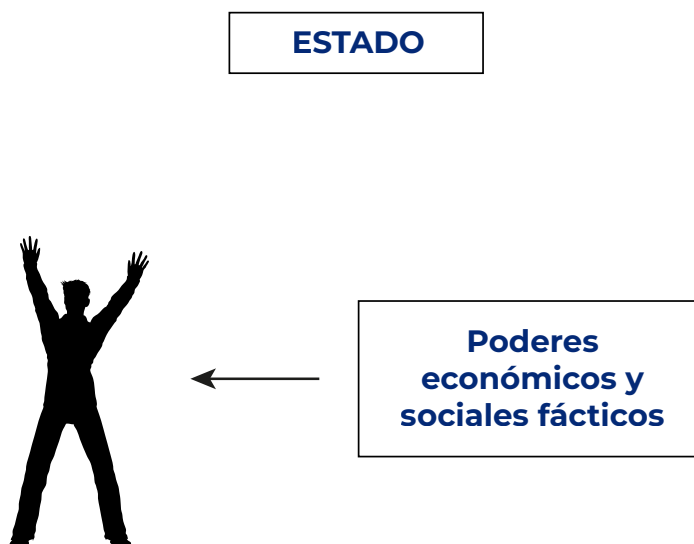


UNIDAD I - LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INCIDENCIA EN EL CONTRATO DE TRABAJO.

RELACIONES VERTICALES¹



RELACIONES HORIZONTALES²



¹ Tomado de BELTRAN DE HEREDIA IGNASI, *Derechos laborales de carácter fundamental*, editorial Universidad Oberta de Catalunya, Barcelona 2013, pág. 11.

² Tomado de BELTRAN DE HEREDIA IGNASI, *Derechos laborales de carácter fundamental*, editorial Universidad Oberta de Catalunya, Barcelona 2013, pág. 12.



OBJETIVO GENERAL:

Conocer los derechos laborales llamados fundamentales insertos en la Carta Política de 1991, que impactan el contrato de trabajo.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- » Determinar cuáles son los derechos fundamentales del trabajo consagrados en nuestra carta política, favorecedores del contrato de trabajo y que lo llenan de garantías constitucionales, para que sean aplicados en la práctica judicial.
- » Aplicar los derechos fundamentales del trabajador en la práctica judicial, de tal forma que los jueces sepan resolver los diferentes conflictos que se pueden suscitar entre dichos derechos y la libertad de empresa.
- » Entender la filosofía e importancia de los derechos fundamentales del trabajo, a partir de estándares éticos y morales del servidor judicial.

1.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INCIDENCIA EN EL CONTRATO DE TRABAJO

El Derecho del Trabajo a partir de la Constitución de 1991 ha implicado una transformación porque entre otros aspectos, se establecieron una serie de prerrogativas para los trabajadores especialmente al consagrar en el artículo 53 C.P. una gama de principios o estándares para los trabajadores, a pesar de que después de 28 años no se han plasmado en un texto legislativo por diversas razones.

Desde el preámbulo se pretende asegurar a los integrantes de la Nación “el trabajo”, luego, en el artículo 1 se remarca la cláusula del Estado Social de Derecho fundado entre otros, en el “trabajo”, para que con posterioridad en el artículo 25 éste se consagre como derecho fundamental en los siguientes términos: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”

Se demarca una secuencia lineal en la Carta Política donde el trabajo como principio y valor, y más específicamente como derecho fundamental, debe tener una consecuencia trascendental en la interpretación de las normas que desarrollan el trabajo humano.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

En el ya citado artículo 53 C.P., se impone al legislador la expedición de un estatuto del trabajo con base en principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; 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; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

De la disposición citada se desprende, en lo que concierne al derecho individual del trabajo, la inclusión dentro de las fuentes del derecho de los Convenios Internacionales del Trabajo y la consagración de la teoría inmediata de los derechos fundamentales entre particulares en materia laboral, cuando precisó en el último inciso *"La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores"*.

En lo que se ha denominado en términos generales, constitucionalización del derecho y más específicamente para este estudio constitucionalización del Derecho del Trabajo, resulta fundamental el carácter normativo³ de nuestra Constitución, cuyas implicaciones, entre otras, permiten entender que los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política y los derechos constitucionales en general, y más específicamente las prerrogativas antes señaladas que debe tener el estatuto de los trabajadores, no requieren para su aplicación del desarrollo del legislador, pues, la Constitución es norma de norma, lo que permite que los jueces pueden resolver los casos acudiendo a dichos postulados, sea a través de la interpretación desde la Constitución, ora, por medio de la interpretación de la Constitución.

Resulta preponderante para el análisis de los Derechos Fundamentales en General, y de los Derechos Fundamentales del Trabajador en particular, el concepto de dignidad humana, el cual viene a ser el sustento de dichas categorías en el constitucionalismo moderno.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-491 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.



KANT⁴, en su *Metafísica de las Costumbres*, indicaba que *"obra de tal forma que consideres a la humanidad, tanto en tu persona como en la de los demás, en todo tiempo, simultáneamente un fin, jamás sólo un medio"*. La dignidad humana, es la posibilidad que tiene el hombre de usar su razón de ser libre para determinar su destino, de tal manera que sea tratado como hombre y no como un instrumento; que el Estado esté al servicio del hombre y no que sea un medio al mero servicio de éste.

La Corte Constitucional⁵, define la dignidad humana como: *"...principio fundante del Estado, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. Tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circunstancia, lo que si ocurre con derechos que necesariamente deben coexistir con otros y admiten variadas restricciones"*. Dicha Corporación ha analizado la institución de la dignidad humana como derecho fundamental, como valor y como principio.

No basta con el reconocimiento de la dignidad propia, si se desconoce la dignidad del otro como ser libre y autónomo, de tal manera que se dé pie a la reciprocidad humana y a la tolerancia.

De la dignidad humana se deriva modernamente la libertad, la distinción del hombre respecto a los demás animales, la comunicación y la sociabilidad entre otros. Desde un punto de vista objetivo, la dignidad humana tiene su sustento institucional en el imperio de la constitución, sirviendo a los valores superiores y expresa la realización efectiva de la igualdad y de la seguridad.

No es una libertad ilimitada, pues sería indigno, si se desconocen los derechos de los demás. Aún más, es una libertad también concebida en sentido material, pues si se deja solo al individuo y el Estado no proporciona herramientas para el goce de sus derechos y libertades en una era de globalización, se transforma esa libertad en sumisión a los aparatos productivos, convirtiéndose esa situación en una «no libertad», y por ende en indignidad, ya que se convierte el individuo en objeto del mercado y no un fin.

La importancia de la dignidad en el Derecho del Trabajo estriba entre otros aspectos, en el denominado trabajo digno o trabajo decente, contrario al trabajo precario. El trabajo decente es un trabajo realizado

⁴ KANT, EMMANUEL, *Metafísica de las Costumbres*, editorial Tecnos, Madrid 1989.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-792 de 2005, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

en condiciones de seguridad, de libertad y equidad.⁶ También influye de manera específica en el concepto de contrato de trabajo, la jornada de trabajo, acoso laboral, *ius variandi*, tercerización y en un sin número de instituciones del Derecho del Trabajo.

1.2. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Principio de Unidad de la Constitución: las normas constitucionales deben ser interpretadas en relación con el conjunto de la Constitución como un todo coherente.

Principio de concordancia práctica: los bienes e intereses protegidos por la constitución han de ser armonizados en la decisión del caso práctico, sin que la protección de unos entrañe el desconocimiento o sacrificio de otros.

Principio de proporcionalidad: ningún derecho es ilimitado, pero sus límites han de estar sometidos a un control de proporcionalidad, que consta de un triple juicio sobre la legitimidad del fin perseguido, la necesidad de la medida limitativa y la proporcionalidad en sentido estricto de la misma.

Principio de efectividad de los derechos: obligación de los poderes públicos de interpretar la normativa aplicable en sentido más favorable para la efectividad de los Derechos Fundamentales.

Principio de interpretación conforme a la Constitución: obligación de interpretar todo el ordenamiento jurídico conforme a la constitución, lo cual entraña dar la máxima efectividad a la pretensión de vigencia de la norma constitucional. Entre las distintas interpretaciones posibles de las normas cuestionadas, ha de prevalecer la que en más alto grado proporcione efectividad, sobre todo cuando se trata de Derechos Fundamentales⁷.

Principio de interpretación de los Derechos Fundamentales de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos. Se trata de interpretar los derechos humanos desde el derecho internacional, especialmente a partir de aquellos tratados ratificados por Colombia que prohíben la suspensión de estos derechos durante los estados de excepción. Estos tratados conforman el denominado bloque de constitucionalidad, dado

⁶ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, *La Dignidad de la Persona como Eje del Sistema de Derechos Fundamentales, Derechos Laborales Fundamentales Inespecíficos*, MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, VILA TIerno, FRANCISCO y ÁLVAREZ CORTÉS, JUANCARLOS (Dir.), LÓPEZ INSUA, BELEN DEL MAR (Cord.), editorial Comares, Granada, 2020, pág. 72.

⁷ Corte Constitucional sentencias C-1026 de 26 de septiembre de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-055 de 21 de enero de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-191 de 20 de marzo de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-878 de 22 de noviembre de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

el renvío de la Carta Política que los integra al ordenamiento jurídico. De este componente surge entre otros, el principio *pro homine*, según el cual, debe acogerse aquella interpretación que sea más favorable a la persona.

1.3. DIMENSIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, implica que son derechos de defensa, esto es, son acciones negativas del Estado frente al ciudadano, que dan al titular según Alexy a tres tipos de potestades: a) el derecho a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular; b) el derecho a que el Estado no afecte las situaciones o propiedades establecidas del titular; y c) el derecho a que el Estado no elimine las posiciones jurídicas fijadas del titular del derecho⁸.

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales conlleva a que: *"El contenido objetivo de los derechos fundamentales que se suma al contenido subjetivo, es constituido por normas objetivas de principio (objektive Grundsatznormen) y decisiones axiológicas (Wertheurtheilungen) que se erigen como garantías institucionales y deberes positivos, es decir, imponen deberes de protección y mandatos de actuación al Estado, los cuales proporcionan pautas de integración e interpretación de las normas que regulan la vida política y la convivencia ciudadana"*⁹.

Los derechos fundamentales son normas de principios que forman un sistema de valores, que se propaga por todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

Los Derechos Fundamentales como normas objetivas denotan un contenido normativo determinado que exige ser realizado por el legislador, el ejecutivo y el poder judicial; no persiguen la abstención, sino que pretenden la actuación y protección de sus contenidos, estando supeditado a un objetivo: la máxima formación continua para garantizar tales prerrogativas¹⁰.

Esta dimensión se manifiesta en la conformación de normas jurídicas por parte del legislador, en las actuaciones del ejecutivo en el ámbito de sus funciones y en la aplicación e interpretación del juez de las normas jurídicas, cambiando la dirección de la función decimonónica que desempeñaba el juez en el Estado de Derecho Liberal, cuya única tarea era resolver el caso concreto con la simple subsunción de la norma.

⁸ TOLE MARTÍNEZ, JULIÁN, *La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia*, Revista Derecho Del Estado No 16 junio de 2004, Universidad Externado de Colombia, págs. 107 Y 108.

⁹ TOLE MARTÍNEZ, JULIÁN, *La teoría de la doble dimensión Op. Cit.* págs. 101 y 102.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-596 de 10 de diciembre de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón; Sentencia SU 938 de 2010 de 23 de noviembre de 2010 M.P. Humberto Sierra Porto.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

Además de proteger el derecho subjetivo del demandante, los tribunales, en especial los Constitucionales, al mismo tiempo cuando asumen una determinada interpretación, introducen una sub-norma constitucional que puede orientar las actuaciones o comportamientos eventuales del mismo juez, de los jueces ordinarios y además, vincula a los demás poderes públicos.

Tres consecuencias se derivan de la dimensión objetiva: el deber de protección, el efecto de irradiación o expansión y la eficacia frente a terceros.

El efecto de irradiación de los derechos fundamentales, es explicado así: *"Hablamos del efecto irradiante para expresar de manera gráfica la necesaria proyección que ha de tener el derecho fundamental como norma de principio en todos los sectores del ordenamiento jurídico, con lo que su presencia tiene que hacerse notar a la hora de interpretar y aplicar las normas que integran cada una de las ramas (civil, mercantil, penal, laboral, administrativa...) del mencionado ordenamiento, si bien como resulta fácilmente comprensible, la incidencia no será la misma en todos los sectores normativos..."*¹¹

Respecto al deber de protección, se trata de un comportamiento que deben asumir los poderes públicos cuando la conducta de terceros, ya sean autoridades públicas o particulares que no son destinatarios de las prerrogativas fundamentales, amenazan o lesionan bienes iusfundamentales protegidos de los asociados.

El deber de protección tradicionalmente le corresponde a los poderes legislativo y ejecutivo; sin embargo, por las condiciones anormales de Colombia también recae sobre los jueces, quienes no agotan tal deber con la sola interpretación conforme a la Constitución, sino que asume un papel más activo, de creación e integración del derecho, colmando por ejemplo, las posibles lagunas del legislador o dando órdenes para que los demás poderes públicos cumplan sus obligaciones legales y constitucionales, o para que adopten decisiones dirigidas a impedir que se continúe con el quebrantamiento constitucional¹².

¹¹ PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL, *La Estructura de Las Normas de Derechos Fundamentales*, página 53, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Editorial Tecnos, 2004, pág. 53.

¹² Sobre el efecto de protección se puede consultar Corte Constitucional Sentencia T-406 de 1992 de 5 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón en la que se destaca "...dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales...los derechos son aquello que los jueces dicen a través de la sentencia de tutela.



1.4. DERECHOS FUNDAMENTALES ESPECÍFICOS E INESPECÍFICOS DE LOS TRABAJADORES

Se consagran en la Constitución Política de Colombia como derechos fundamentales específicos de los trabajadores, además del trabajo, la libertad sindical (art. 39), el derecho a la negociación colectiva (art. 55), y el derecho de huelga¹³, salvo en los servicios esenciales (art. 56).

También se consagran derechos inespecíficos laborales en terminología del profesor Palomeque¹⁴, cuyos titulares son los trabajadores en su condición de ciudadanos, tales como derecho a la vida, que comprende el derecho a la integridad física y psíquica de los trabajadores, derecho a la igualdad (ante la ley, en la interpretación de la ley, y la no discriminación), reconocimiento a la personalidad jurídica, intimidad personal y familiar, habeas data, inviolabilidad de la correspondencia, libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia, libertad de cultos, libertad de expresión y de información, derecho a la honra, derecho de petición, derecho a la libre circulación, libertad de escoger profesión u oficio, libertad de enseñanza, derecho a la libertad personal, debido proceso, derecho de reunión y manifestación pública, sin descartar que la Corte Constitucional ha encontrado o creado una serie de derechos innominados como el mínimo vital y móvil; de igual forma, ha indicado que no todos los derechos fundamentales están consagrados en el título II, capítulo I, de los artículos 11 a 41, entendiendo que la seguridad social y más específicamente la salud es un derecho fundamental.

1.5. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES APLICABLES AL CONTRATO DE TRABAJO¹⁵

Respecto a los Derechos Fundamentales entre particulares, se han construido esencialmente dos teorías a saber, la indirecta o mediata, bajo la cual los derechos fundamentales no se aplican de manera directa, sino a través de instituciones como la buena fe, abuso del derecho etc.

¹³ La Corte Constitucional en sentencia C-432 de 1996, C-201 de 2002, C-466 de 2008, C-439 de 2009 y C-122 de 2012 consideraba el derecho de huelga como fundamental por conexidad con el derechos fundamentales como el trabajo y asociación sindical, sin embargo, en sentencia C-796 del 30 de octubre de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub consideró el derecho de huelga como derecho fundamental reconocido en forma directa por la Constitución y en el bloque de constitucionalidad.

¹⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL CARLOS, Los Derechos Laborales en la Constitución Española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, Págs. 31 a 34.

¹⁵ Vid. Corte Constitucional, Sentencia T-214 de 28 de marzo de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio., Sentencias T-593 de 1992, T-161 de 1993, T-230 de 1994.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

El Estado, no los particulares, es el obligado por los derechos fundamentales: solo el juez y no el particular favorecido por la decisión judicial, puede ser obligado a asegurar el cumplimiento del Derecho Fundamental vulnerado.

La teoría inmediata, implica que los particulares pueden ser obligados al cumplimiento de derechos fundamentales, sin necesidad de intervención de instituciones como la buena fe, abuso del derecho, y en general, sin utilizar cláusulas generales de derecho privado etc.

El respeto de los derechos fundamentales por parte de los particulares tiene su origen en el cumplimiento de los deberes previstos en el artículo 95 de la Carta Política, cuando impone a toda persona el cumplimiento de la Constitución y de las Leyes; el respeto de los derechos ajenos y no abusar de los propios; así como, se les impone obrar conforme al principio de solidaridad social.

De la misma manera, el artículo 6 de la Carta Política prescribe que los particulares sólo son responsables por infringir la Constitución y las leyes.

Igualmente, bebe su fuente la aplicación de los derechos fundamentales entre particulares, cuando el inciso final del artículo 53 de la Carta Política, expresa que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. Tal enunciado, impone de manera directa la aplicación de las garantías de los trabajadores como tales y como ciudadanos.

Visto lo anterior y dado el carácter normativo de la Constitución Política, se considera que nuestro ordenamiento constitucional en materia de Derecho del Trabajo consagra la teoría inmediata o directa de los derechos fundamentales entre particulares, por cuanto el inciso final del artículo 53 establece una relación inmediata en cuanto a que la protección de los mismos cubre a todas las posibles fuentes normativas del ordenamiento laboral y a los sujetos generadores de dichas fuentes, sin necesidad de acudir a instituciones de derecho privado para irradiarlos. Corrobora lo anterior, la consagración expresa en el artículo 86 de la acción de tutela contra particulares cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, sin embargo, surge el desaliento derivado de la práctica judicial por la poca utilización y aplicación de los derechos fundamentales del trabajador.



1.6. CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y LA LIBERTAD DE EMPRESA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

En las relaciones de trabajo concurren dos intereses contrapuestos y asimétricos, de orden constitucional, por un lado los derechos fundamentales del trabajador, y por el otro los derechos del empleador a través de la libertad de empresa consagrada en nuestra Constitución Política en el artículo 333 y demás normas concordantes, que para los efectos de nuestro trabajo conlleva libertad para iniciar en el mercado, libertad para organizar y modificar la estructura de la misma y libertad para finalizar la actividad.

Los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador tienen tal categoría, pero por ello, en principio, no tienen una supremacía sobre otros derechos constitucionales, pues, su diferencia específica se centra en los mecanismos de garantía de tutela que tienen unos u otros.

Se han establecido diversas teorías sobre los derechos fundamentales, entre ellas las atinentes al núcleo esencial, que nos llevan a entender la extensión de un determinado derecho fundamental, sin que tengan la virtud de resolver los conflictos que se puedan suscitar entre derechos constitucionales.

De manera más concreta, se deben resolver los problemas concernientes a la compatibilización entre el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador y las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, ora, ¿en qué medida los derechos fundamentales del trabajador pueden limitar los poderes empresariales o viceversa?

Quizás el método más aceptado para entender y solucionar esta colisión es el principio de proporcionalidad¹⁶, en donde el sacrificio de un derecho fundamental para satisfacer otro de la misma categoría o constitucional sólo es admisible en la medida en que sea imprescindible para salvaguardar otro derecho fundamental que en el caso concreto resulte prevalente, teniendo en cuenta el sistema de valores de la Constitución y las circunstancias de cada caso.

¹⁶ En este punto seguimos a SANGUINETI RAYMON, WILFREDO, *Derechos Fundamentales del Trabajador y Libertad de Empresa: El Juicio de Ponderación*, en *Derechos Fundamentales del Trabajador y la Libertad de Empresa*, WILFREDO SANGUINETI y CÉSAR A. CARBALLO, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2018, Págs. 45 a 72.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

Para ROBERT ALEX¹⁷ los derechos fundamentales operan como principios que implican mandatos de optimización que deben cumplirse en la mayor medida de lo posible, en función de la existencia de otros derechos constitucionales y las circunstancias específicas de cada caso.

Cuando se produce el choque entre principios, uno de los derechos debe ceder, respecto a lo cual surge el interrogante, ¿cuál de los derechos en juego debe ceder? Al respecto se puede, en principio, decir que el más constitucional, esto es, el que implique que su garantía supone una aplicación más intensa de los valores constitucionales. El derecho derrotado sólo se deja de aplicar en ese caso, porque puede suceder que bajo otras circunstancias de otro caso pueda triunfar.

La estructura del principio de proporcionalidad consta de tres pasos que deben seguirse en estricto orden y que implican diversos tipos de valoraciones.

Juicio de idoneidad: con el que se busca establecer si la medida tiene un fin constitucionalmente posible y si con la medida que normalmente es empresarial se satisface el interés tutelado por el Derecho Fundamental o constitucional afectante.

Juicio de necesidad: se busca entre las diversas opciones determinar si la medida tomada es la más benigna para el Derecho Fundamental afectado. Se debe descartar la posibilidad de aplicar otras medidas, pues, si existe otra menos onerosa para el derecho afectado, la medida a tomar o tomada se torna inconstitucional.

Juicio de proporcionalidad en sentido estricto, con el cual se busca determinar si la importancia de la satisfacción de uno de los derechos fundamentales es capaz de justificar el sacrificio del otro, para lo que deben mirarse la optimización en la aplicación de los valores constitucionales.

Un punto de partida clave es que la pretensión del trabajador de respeto del Derecho Fundamental es tan legítima, *prima facie*, como la del empleador por el respeto de su medida con base en la libertad de empresa.

Otro aspecto importante, consiste en que la limitación del Derecho Fundamental del Trabajador debe proceder de manera excepcional, cuando siendo adecuada y necesaria la medida, satisfaga un interés empresarial constitucionalmente prioritario, suficientemente intenso como para prevalecer.

¹⁷ ALEX^Y, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición, Madrid 2008.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

Un derecho fundamental sólo puede ser sacrificado por otro si la importancia de la satisfacción de éste es mayor. En ese orden, cuanto mayor sea la limitación del Derecho Fundamental del Trabajador, más importante debe ser el interés a satisfacer por el empleador. Asimismo, cuanto mayor sea la limitación de la libertad de empresa, más importante debe ser el interés a satisfacer por el trabajador.

Para mirar el peso de los derechos en conflicto se debe acudir a dos variables: el peso abstracto, que implica la importancia material de cada derecho fundamental dentro del sistema constitucional, para lo cual debe considerarlo en función de su conexión con los valores nucleares de éste (elemento cualitativo); el peso concreto presupone la intensidad de la intervención sobre cada derecho fundamental.

¿Cómo valorar el peso abstracto de cada derecho? Entre los derechos constitucionales pueden distinguirse jerarquías según la proximidad a la base de la Constitución, lo que permite atribuir una relevancia especial al ejercicio de la libertad ideológica, de expresión e información, de reunión y manifestación, los cuales guardan relación con la idea de democracia; de igual manera, los derechos al mínimo vital, a la integridad física y moral, al honor, a la intimidad y a la propia imagen que guardan relación íntima con la dignidad humana.

El paso a seguir es calcular el grado de afectación que sufriría cada derecho fundamental de verse limitado o no poderse ejercer, para lo cual se exige una valoración empírica que ha de efectuarse caso por caso; debe mirarse las facultades afectadas, su importancia, su duración etc.

La ponderación debe realizarse comparando el peso de cada derecho para establecer la precedencia del mayor peso. En los casos fáciles no resulta problemática la situación pues los pesos son distintos, la dificultad se presenta en los casos difíciles donde existen empate.

Estos empates se pueden resolver en atención a la presencia de otros bienes o valores constitucionales, como la vida, la salud y la seguridad de las personas.

También se ha indicado por algunos autores que, la afectación del Derecho Fundamental será indispensable cuando sea necesaria para dar ejecución al contrato de trabajo, o cuando sea preciso valorar la incidencia de la autonomía de la voluntad para admitir su validez. Esta posición es discutible en la medida en que es más importante el contrato o la autonomía de la voluntad que la misma libertad de empresa, lo cual es



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

tanto como decir que el desarrollo del derecho fundamental depende del contrato mismo, aspecto superado y contrario al efecto directo de los Derechos fundamentales.

Hay otra posición que invita a que los empates se resuelvan bajo la égida del principio *pro-operario*, en donde el empate es la duda que debe favorecer en la interpretación y aplicación del derecho es en favor del trabajador.

Siguiendo estrictamente el procedimiento indicado impide el sacrificio de la libertad de empresa cuando el ejercicio del derecho fundamental del trabajador le impone un daño desproporcionado y permite su prioridad si su protección demanda una restricción menor del Derecho Fundamental del Trabajador, o si es necesaria para la satisfacción de otro derecho fundamental o bien constitucional.

En cuanto al trabajador, la limitación de sus derechos fundamentales sólo cabe de manera excepcional: cuando se les ocasione un perjuicio inferior al que experimentaría el empleador; en caso contrario, se debe promover la acomodación del marco contractual al ejercicio del Derecho Fundamental cuando no cause daño extraordinario al empleador.

En verdad, no existe un método para cerciorarnos de que el resultado de la ponderación sea perfecto, lo que sí puede intentar asegurar las garantías del proceso de ponderación, si se siguen los tres pasos del principio antes explicados.

Existen muchas críticas a la ponderación, tales como que no da gran certeza de la solución del conflicto, puesto que, existe mucha discrecionalidad en la aplicación del mismo, ya de por sí el derecho y su concreción presenta mucha indeterminación. Se dice que con los métodos de interpretación constitucional se puede llegar a resultados semejantes e incluso se manifiesta que las normas no se pueden pesar, pues, ello corresponde a la física y a las matemáticas.

Es interesante que se analice la situación laboral de muchos trabajadores derivada de la pandemia del Covid 19, en los que se puede apreciar la conflictividad de la libertad de empresa con los derechos fundamentales del trabajador, como la vida, integridad física, mínimo vital etc.

Instituciones como la suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor, puede ser analizada desde el ámbito de las reglas que trae el Código Sustantivo del Trabajo, a partir de los elementos de imprevisibilidad e



irresistibilidad, con la problemática de si hay una imposibilidad de la prestación y para quién, ora si se trata de una sobrevenida dificultad de la prestación, que da lugar a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* que dé pie a la aplicación de la teoría de la imprevisión (art. 50 CST), con el problema que la revisión del contrato debe ordenarla un juez a través de un proceso ordinario, y bien es sabido que la especialidad jurisdiccional laboral se encuentra congestionada, es por lo que, debe tomarse medidas prontas.

Pero la suspensión del contrato también puede hacerse desde el ámbito de la interpretación desde la Constitución, en donde para el caso concreto, el deber de solidaridad (art. 95.2 C.P.), en armonía con la función social de la empresa que implica obligaciones, sumado a la intervención estatal y al derecho al mínimo vital y móvil, puedan rejuvenecer la institución de la suspensión del contrato de trabajo y traer conclusiones distintas en aras de asegurar los derechos de los trabajadores.

Con fundamento en el principio de proporcionalidad se puede analizar la institución con los derechos en juego y analizar en cada caso concreto si la medida es idónea, necesaria o si existe otra y sopesar los derechos en juego para determinar si resulta constitucional tal decisión, ora si es dable imponer otra medida e incluso, de manera excepcional en un momento dado podría el empleador reducir salarios en forma proporcional, situación en la que puede estar en juego el principio de irrenunciabilidad, mínimo vital etc., por un lado, y por otro, la libertad de empresa, buscando antes que el sacrificio de uno u otro derecho, su armonización concreta.

Desde el ámbito del despido, a simple vista éste resulta injustificado, pues, la fuerza mayor no es causal para ejercer esta potestad empresarial, sin embargo, más allá de la ley están en juego derechos fundamentales que se ven afectados con la medida empresarial, de tal manera que si usamos el principio de proporcionalidad se puede analizar si esa medida es la justificante en ese caso, o si existía la posibilidad de otra opción.

El debate es amplio y no se pueden dar respuestas anticipadas, dependerá de las particularidades de cada caso y del manejo que le den los jueces a las diversas situaciones que se le planten.



1.7. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS¹⁸

El actor pidió que se declarara que *«por culpa o disposición de la FUNDACIÓN BATUTA ... no pudo prestar servicios a partir del 25 de febrero de 2005»*, y que en consecuencia le asiste derecho al pago de salarios y prestaciones sociales; subsidiariamente, se declare la existencia del contrato entre el 1 de octubre de 1993 y el 24 de febrero de 2005, que terminó de manera unilateral e injusta, y por tanto debe reconocérsele la indemnización del artículo 6° de la Ley 50 de 1990, los salarios dejados de percibir, las vacaciones, cotizaciones a la seguridad social, todo ello indexado, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Refirió que nació el 1° de enero de 1963, y se vinculó a la demandada el 1° de octubre de 1993; suscribió diversos contratos, el último del 16 de enero de 1995 al 24 de febrero de 2005 a término indefinido, para fungir como Coordinador de Centro Orquestal, Director de Banco de Música y Director Musical General; María Errázuriz Cox ingresó a dicha entidad el 1° de junio de 1994 y contrajo matrimonio con ella el 27 de marzo de 1997, asunto del que tuvo conocimiento la Fundación, sin manifestar su oposición, porque además no existe prohibición legal o constitucional al respecto; el 14 de septiembre de 2004 se llevó a cabo una reunión de la Junta Directiva en la que se planteó la inconveniencia de «la existencia de un vínculo familiar entre la Gerente María Errázuriz y el Director Musical Maestro Gustavo Parra», y en el acta quedó constancia de la necesidad de pedir su renuncia, dejando la salvedad de que “no hay razón técnica ni musical diferente a la aquí expresada y decide entonces por unanimidad que la señora Ministra de Cultura María Consuelo Araújo hablará con el Maestro Gustavo Parra y le comunicará esta decisión»; que se negó a dimitir de su cargo y en una nueva reunión la citada Junta optó por terminar su vinculación a partir del 16 de diciembre de 2004, pero solo se materializó hasta el 24 de febrero de 2005; que a su esposa la desvincularon tiempo después sin razones jurídicas válidas; que su despido está viciado de objeto y causa ilícita y por ello debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo; su último salario ascendió a \$6.430.145 (folios 3 a 17).

Al contestar, la Fundación Batuta se opuso a lo pedido; aceptó la relación laboral y los extremos, dijo no constarle la fecha de matrimonio, pero acotó que esa situación generó un conflicto de intereses; que el contenido de las actas es verdadero, pero debe mirarse en contexto. Como excepciones formuló las de falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido y prescripción (folios 86 a 100).

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 10106-2014, radicación 38288 de 30 de julio de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Descongestión de Bogotá, el 30 de noviembre de 2007, dictó fallo, en el que absolvió de las pretensiones con costas a la parte actora (folios 116 a 122).

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver la apelación del demandante, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 31 de julio de 2008 confirmó la determinación de primer grado, con costas al actor (folios 150 a 157).

DECISIÓN DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia dictada el treinta y uno (31) de julio de dos mil ocho (2008) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **Gustavo Parra Arévalo** contra **Fundación Nacional de Orquestas Sinfónicas Juveniles e Infantiles –Batuta-**.

ACLARACIÓN DE VOTO

En forma concreta, manifiesta el Dr. Echeverri Bueno en su aclaración, que se encuentra de acuerdo con la decisión mayoritaria tomada por la Sala, pero precisa su criterio *"... en cuanto a un tema no tratado en el fallo y que [le] parece debió ser abordado por la Sala, toda vez que venía planteado en los cargos, así sea de manera implícita, y es el relacionado con el despido por discriminación."*

Indica al respecto, que *"... parece proponer el recurrente en sus alegaciones una nulidad supra-legal de despido del actor por haber obedecido a un acto discriminatorio debido a su relación de afinidad con la gerente de la fundación, quien era su esposa."*

Expone que apoyó la decisión y sus consideraciones respecto de la estabilidad relativa *"... porque considero no se da la discriminación planteada, ya que el motivo que generó la ruptura del contrato no fue en sí el vínculo matrimonial del actor, sino la relación de dependencia jerárquica existente entre este y su esposa, lo que a ciencia cierta generaba inconveniencias respecto al organigrama gerencial de la entidad."*



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

Que "si bien, esos inconvenientes son generados por el vínculo de parentesco, no por ello podemos hablar de discriminación, pues precisamente el matrimonio y, en general la relaciones de consanguinidad hasta ciertos grados, han sido considerados por el legislador como causales de inhabilidad..." y que aunque "... en este caso, esas inhabilidades no estuvieren establecidas en la ley para el actor ejercer su cargo, no convierte la decisión en discriminatoria, sino simplemente en injusta y, por lo tanto, indemnizable a la luz de la legislación colombiana..."

Los discentes deben estudiar este caso a la luz de los derechos fundamentales, deben realizar el ejercicio con base en las teorías de los derechos fundamentales entre particulares y usar las herramientas sobre despido de que trata la unidad uno.

1.8. AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cuáles son las dos principales teorías que se aplican en materia de Derechos Fundamentales entre particulares?
2. ¿Qué teoría de Derechos Fundamentales entre particulares de índole laboral consagra el artículo 53 de la Constitución Política?
3. ¿Qué derechos fundamentales inespecíficamente laborales tienen en su favor los trabajadores en la Constitución Política Colombiana?
4. ¿Cuáles son las tres consecuencias del carácter objetivo de los Derechos Fundamentales?
5. ¿Cuál es el efecto que tiene el carácter normativo de la Constitución sobre la aplicación práctica de los Derechos Fundamentales de los trabajadores en el ordenamiento colombiano?

1.9. JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

- » T-406 de 1992 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón. T-596 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.
- » C-491 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero. C-1026 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. T- 055 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.
- » T-792 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

- » T-191 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SU 938 de 2010 M.P. Humberto Sierra Porto.
- » C-878 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
- » T-214 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio.
- » C-796 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

SENTENCIAS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL

- » SL 10106-2014, radicación 38288 de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

1.10. BIBLIOGRAFÍA

- » ALEXY, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición, Madrid 2008.
- » BELTRAN DE HEREDIA IGNASI, *Derechos laborales de carácter fundamental*, editorial Universidad Oberta de Catalunya, Barcelona 2013
- » BENÍTEZ PINEDO, JORGE MARIO, *Contrato de Trabajo y derechos fundamentales en Colombia y España: una mirada a la reparación del daño*, Serie de Investigaciones No 13 en Derecho Laboral, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2016.
- » BENÍTEZ PINEDO, JORGE MARIO, Límites constitucionales a la facultad de despido de parte del empleador. *La influencia de la Constitución Política en el Derecho Laboral: escritos sobre algunos temas AAVV*, Serie de Investigaciones No 23 en Derecho Laboral, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2019.
- » GOLDIN, ADRIÁN, *El Derecho del Trabajo, Conceptos, Instituciones y Tendencias*, editorial Ediar, Buenos Aires 2014.
- » JULIO ESTRADA, ALEXEI, *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2000.
- » KANT, EMMANUEL, *Metafísica de las Costumbres*, editorial Tecnos, Madrid 1989



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

- » MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, La Dignidad de la Persona como eje del Sistema de Derechos Fundamentales, *Derechos Laborales Fundamentales Inespecíficos*, MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, VILA TIerno, FRANCISCO y ÁLVAREZ CORTÉS, JUANCARLOS (Dir.), LÓPEZ INSUA, BELEN DEL MAR (Cord.), editorial Comares, Granada, 2020.
- » OLIVER GALÉ, CARLOS ALBERTO, *Los Derechos Fundamentales del Trabajador en el Derecho Colombiano, Panorama Clarooscuro*, XV Encuentro Latinoamericano de Abogados Laboristas de Trabajadores y Trabajadoras, Santiago de Cali, noviembre de 2019 (sin publicar).
- » PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL CARLOS, Los Derechos Laborales en la Constitución Española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.
- » PRECIADO DOMENECH, CARLOS HUGO, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en el Contrato de Trabajo*, Aranzadi, Pamplona 2018.
- » PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL, La Estructura de Las Normas de Derechos Fundamentales, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Editorial Tecnos, 2004
- » SANGUINETI RAYMON, WILFREDO, Derechos Fundamentales del Trabajador y Libertad de Empresa: El Juicio de Ponderación, en *Derechos Fundamentales del Trabajador y la Libertad de Empresa*, WILFREDO SANGUINETI y CÉSAR A. CARBALLO, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2018.
- » TOLE MARTÍNEZ, JULIÁN, La teoría de la doble dimensión de los Derechos Fundamentales en Colombia, *Revista Derecho Del Estado* No 16, Universidad Externado de Colombia, 2004.



UNIDAD II - CONTRATO DE TRABAJO

OBJETIVO GENERAL

Explicar la normatividad relacionada con el contrato de trabajo, a fin de garantizar la realización del principio de justicia social en la práctica judicial.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- » Analizar la normatividad nacional e internacional relacionada con el contrato de trabajo, buscando garantizar los derechos de las partes involucradas en las relaciones laborales, en especial los derechos del trabajador.
- » Brindar a los jueces pautas para identificar las diversas situaciones en las que se pretende encubrir verdaderas relaciones de trabajo.
- » Efectivizar la aplicación del principio de equidad y justicia social, orientador de las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores, de conformidad con el art. 1º del Código Sustantivo del Trabajo.

2.1. CONTRATO DE TRABAJO - CONTRATO REALIDAD - ELEMENTOS ESENCIALES

El contrato individual de trabajo es el negocio jurídico mediante el cual se regula el intercambio de la prestación de un servicio personal subordinado a cambio de un salario.

2.2. DEFINICION DEL CONTRATO DE TRABAJO.

El artículo 22 del C.S.T., define el contrato de trabajo como aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

2.3. PRESUNCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

2.3.1. PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

Uno de los principios trascendentales del Derecho del Trabajo, es el de prevalencia de la realidad sobre las formas, que se consagra y, además, se justifica, en tanto procura equilibrar una ecuación desigual e inequitativa que se presenta en las relaciones laborales dependientes, cual es el de la imposibilidad de predicar plena libertad para convenir las condiciones en las que aquella se va a ejecutar.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

Consecuente con lo anterior, el legislador frente a la dificultad probatoria que conlleva la prueba de la subordinación, produjo la disposición contenida en el artículo 24 del C.S.T., estipulando en ella una ventaja de ese carácter a favor de la parte débil de la relación de trabajo personal, presumiendo *"que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*.

De manera que, le es suficiente al trabajador demostrar en juicio el servicio personal prestado a favor de una persona natural o jurídica y los extremos temporales, para que, en virtud de la presunción legal comentada, se entienda que dicha relación se haya regida por un contrato de naturaleza laboral caracterizado por la concurrencia de los elementos que se dejan citados.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹⁹ ha precisado lo siguiente:

"Vale la pena recordar, al igual que lo hizo el juez plural, que como expresión de la finalidad protectora del derecho del trabajo, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma".

Para que se pueda desvirtuar la presunción de contrato de trabajo del artículo 24 del CST, es preciso que, se acredite por el presunto empleador que la persona está libre de su control y dirección, que el prestador del servicio se encuentra fuera del alcance normal de la actividad de la entidad contratante, ora, que el servicio no es complementario, accesorio o necesario para el desarrollo de la actividad, y finalmente, que el prestador del servicio se dedica habitualmente a una actividad, ocupación o negocio establecido de manera independiente.

El inciso 2 del artículo 2 de la Ley 50 de 1990, intentó modificar tal figuración jurídica, al introducirle una modificación al anterior precepto, según la cual *"quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en el ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 1 de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o*

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 3 de mayo de 2017, SL 6621- 2017, radicación No 49346. Magistrados Ponentes Clara Cecilia Dueñas Quevedo y Rigoberto Echeverry Bueno.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

actividad contratada", lo cierto es que fue apartado del ordenamiento, a través de la sentencia de inexequibilidad C-665/1998, al estimarse que tal contenido quebrantaba el criterio de igualdad, angular en la estructura constitucional que irradia a la ley del trabajo y que por tanto era inadmisibile.

En todo caso, los jueces del trabajo tienen una herramienta muy importante que, si es bien utilizada, puede garantizar el carácter compensador del Derecho del Trabajo, y si a ello le sumamos el concepto de ajenidad y los indicios de laboralidad, resultarán fallos más justos sin que se distorsione la aplicación de la presunción como ocurre algunas veces en la práctica. En los procesos laborales se acompañan muchas veces certificaciones expedidas por quien se le atribuye la calidad de empleador y donde consta la prestación de servicios, horarios, órdenes, salarios etc, las cuales deben ser tenidas en cuenta por los falladores, correspondiéndole al presunto empleador desvirtuar el contenido de las mismas²⁰.

Reflexión

El denominado principio de la primacía de la realidad sobre las formas no sólo se aplica para develar la existencia de contrato de trabajo respecto al de prestación de servicios, sino que se aplica para mostrar que pagos que en realidad son salarios, contratistas independientes que celebran contratos de obras o servicios para en realidad suministrar personal a las empresas etc.

2.3.2. LA RECOMENDACIÓN 198 DE LA OIT

La Recomendación 198 de la OIT, adoptada en la CIT 95ª Reunión de 15 de junio de 2006, dispuso:

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 3 de mayo de 2017, SL 6621- 2017, radicación No 49346. Magistrados Ponentes Clara Cecilia Dueñas Quevedo y Rigoberto Echeverry Bueno, en la que se dijo: "En esta línea de pensamiento, es oportuno resaltar que esta Corporación, respecto a los hechos expresados en los certificados laborales, ha sostenido que deben reputarse como ciertos, a menos que el empleador demandado acredite contundentemente que lo registrado en esas constancias no se aviene a la verdad. Por ejemplo, en sentencia SL14426-2014, en la que se reiteró el criterio expuesto en los fallos SL 8360, 8 mar. 1996, SL 36748, 23 sept. 2009, SL 34393, 24 ago. 2010 y SL 38666, 30 abr. 2013"



ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

2.4. CONTRATO DE TRABAJO Y RELACIÓN DE TRABAJO

La doctrina distingue entre relación de trabajo y contrato de trabajo, siendo la primera la prestación de servicios personales, o en términos de Mario De la Cueva²¹ "el conjunto de derechos y obligaciones que derivan para trabajadores y patronos del simple hecho de la prestación del servicio". Por su parte, el contrato no supone la ejecución de lo convenido, pero implica el compromiso de las partes para llevarlo a cabo. En la relación de trabajo se encuentra la parte activa del contrato, su ejecución por los sujetos trabajador y empleador. De lo anterior, se desprende que basta con que se preste el servicio para que nazca la relación de trabajo, de lo cual a su vez se desprende que puede existir relación de trabajo sin que exista previamente contrato de trabajo, pero no lo contrario.

Con base en lo anterior, algunos doctrinantes consideran que los elementos de que trata el artículo 23 del CST no son del contrato de trabajo sino de la relación de trabajo, precisando que los elementos del contrato de trabajo son los comunes de todos los contratos: consentimiento, capacidad objeto y causa lícita.

Con independencia de las doctrinas contractualistas, de la relación de trabajo o de la institución, seguiremos el lineamiento que trae el Código Sustantivo del Trabajo, estudiando los requisitos generales del contrato de trabajo y los denominados esenciales.

21 DE LA CUEVA, MARIO, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo I, México, editorial Porrúa, 1943.



2.5. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO

Por su parte, el artículo 23 *ibídem* estipula los elementos esenciales del contrato de trabajo, así: (i) la actividad personal del trabajador, (ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, (iii) un salario como retribución del servicio.

2.5.1. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

La labor debe realizarse en forma personal por el trabajador, es decir, por sí mismo, sin que sea posible el reemplazo del trabajador en la ejecución pactada. Pese a ello se ha aceptado por la jurisprudencia nacional y extranjera que la sustitución esporádica y excepcional por familiares no implica ausencia del carácter personal de la prestación.

2.5.2. LA SUBORDINACIÓN

La subordinación o dependencia descarta la posibilidad del desarrollo de la actividad de manera autónoma por parte del trabajador. La subordinación implica que el empleador queda facultado para exigir el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en lo que respecta al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos al trabajador. También implica el poder de dirección y control de la actividad por parte del empleador.

La subordinación es de tipo jurídico, lo cual implica que el empleador puede imponer reglas, solicitar informes, sancionar etc.; su contenido es estrictamente laboral, no de carácter personal, puesto que, se limita a la ejecución del contrato de trabajo; es permanente y continuada. De la subordinación se desprende el denominado *ius variandi* que se analizará en otro aparte de este texto.

Por otro lado, debe examinarse con cuidado los casos particulares para evitar que actividades de coordinación propias de los contratos de prestación de servicios sean confundidas con la subordinación, así por ejemplo, la exigencia de carné, recibo y entrega de llaves en las instalaciones de la empresa, registros de entradas y salidas de la empresa, no son indicativos de subordinación, puesto que, son procedimientos que pueden ser aplicados al personal subordinado de la entidad, como a cualquier otra persona que tenga cualquier tipo de relación con la empresa, constituyendo medidas de seguridad y control, ora, constituir acciones propias de seguimiento del cumplimiento de los servicios en los términos contratados²².

²² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral SL 9801-2015, radicación 44519 de 29 de julio de 2015, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruíz.



2.5.3 LA AJENIDAD

Si bien la ajenidad no aparece en el texto legal antes citado como elemento esencial del contrato de trabajo, la doctrina y la jurisprudencia²³ lo han incorporado como elemento fundamental para entender cuándo existe contrato de trabajo e incluso, la recomendación 198 de la OIT la incorpora en su texto.

La ajenidad implica la apropiación directa del empleador de los frutos o el resultado económico del trabajo, accediendo el trabajador al salario como contraprestación del trabajo realizado (Ajenidad de los Frutos). De igual forma, el trabajador es ajeno al resultado y a los riesgos económicos de la actividad productiva (Ajenidad de los Riesgos). Otra manifestación de la ajenidad es la denominada ajenidad en el mercado: el trabajador no actúa directamente con los clientes, sino que lo hace a través del empresario que es quien controla la relación con el mercado y sus potenciales clientes. Otro componente es el de la ajenidad de los Medios de Producción, la cual implica que las maquinarias, las herramientas de trabajo son de propiedad del empresario y no del trabajador, sobre todo las herramientas más esenciales del proceso productivo, no las accidentales; por último, se ha detectado otro tipo de ajenidad denominado de la marca, en donde un signo distintivo es la parte más importante del proceso productivo, la cual pertenece al empresario, especialmente en los casos de plataformas tecnológicas. En efecto, el prestador del servicio no es dueño de la marca que distingue el negocio, amén de que le toca portar la misma en logotipos que usan en vehículos, elementos de trabajo, uniformes etc.

Esa ajenidad se percibe claramente a través de los indicios de laboralidad, muchos de los cuales se encuentran detallados en la Recomendación 198 de la OIT. Cabe resaltar que, tanto la ajenidad, como la dependencia van a constituirse en conceptos jurídicos que, en todos los casos de aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, van a requerir de valoración judicial y, sirven de indicadores para establecer cuándo es posible que se concrete una relación de trabajo.

²³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral SL 1021 de 2018, radicación 45430, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, en la que se acotó: "Tanto la ajenidad, como la dependencia van a constituirse en conceptos jurídicos que, en todos los casos de aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, van a requerir de valoración judicial y, en el caso de las profesiones liberales van a servir de indicadores para establecer cuándo es posible que se concrete una relación de trabajo, en una actividad a la que por esencia se le va a dificultar imponer las reglas laborales ante la marcada autonomía intelectual que se requiere, que pueden hacerlas incompatibles con el poder de dirección empresarial."

"Fue importante para que el Tribunal entendiera desvirtuada la subordinación, el que se tratara de consulta externa, realizada en consultorio privado y con los instrumentos propios del actor, y así aparece documentado a folio 18, en los que incluso se codificaron los distintos servicios a los que se comprometió, de acuerdo con su capacidad instalada, esto es la que derivaba de la organización empresarial de la que ya disponía aquel."



**MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL**

Se distinguen tres manifestaciones de la ajenidad, a saber: de los frutos, de los riesgos y de la marca. La ajenidad de los frutos se centra en que dentro del vínculo que existió entre las partes, los resultados netos de la actividad son recibidos por el empresario, en cuyo caso va demarcándose el contrato de trabajo, de lo contrario el vínculo tiene una connotación distinta. Por otra parte, la ajenidad en los riesgos se refiere a que el coste de la creación de la actividad desarrollada los asume en su totalidad la parte empresarial quien recibe el resultado económico de las operaciones en las cuales participó el trabajador, independientemente que dicho resultado económico fuese positivo o negativo, esto es, se consiguieran ganancias o se acumularán pérdidas. En sentido contrario si los riesgos los asume el trabajador, el contrato será de índole civil o comercial. La ajenidad de la marca se aplica mucho al trabajo en plataformas digitales, pues, el prestador del servicio no es dueño de la marca que distingue el negocio, amén de que le toca portar la misma en logotipos que usan en vehículos, elementos de trabajo, uniformes etc.

2.5.4. EL SALARIO

Es la retribución que recibe el trabajador por parte del empleador por los servicios personales que presta. En la unidad V de este módulo se analizará con detalle este elemento esencial del contrato de trabajo.

2.6. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO COMUNES A LOS DEMÁS CONTRATOS

2.6.1. CAPACIDAD

Es la aptitud que tienen las personas para celebrar el contrato de trabajo, para lo cual el artículo 29 CST le otorga esta capacidad a quien haya cumplido 18 años. Los adolescentes pueden trabajar con autorización del Inspector del Trabajo, a solicitud de los padres, del representante legal o del defensor de familia, tal como lo prevé el artículo 30 CST, modificado por el art. 113 de la Ley 1098 de 2006, precisando que la edad mínima para trabajar es de 15 años. Ahora bien, la autorización puede concederse si se cumplen los requisitos previstos en la referida disposición y podrá ser negada o revocada en caso de que no se den las garantías mínimas de salud, seguridad social y educación del adolescente.

Desde el ámbito internacional los Convenios 5 de 1919, 7 de 1920, 10 de 1921, 59 y 60 de 1937 establecieron la prohibición de trabajo de menores de 14 años para ciertas actividades, precisando en el último de dichos instrumentos la prohibición de trabajo para menores de 15 años.



2.6.2. CONSENTIMIENTO

La manifestación de la voluntad de los contratantes debe estar libre de vicios como el error, la fuerza y el dolo (arts. 1502 y 1508 C.C).

2.6.3. OBJETO LICITO

La prestación debe estar exenta de ilicitud. Normalmente el objeto para el empleador es utilizar la capacidad, conocimientos, fuerza del trabajador a su actividad productiva; para el trabajador normalmente lo constituye la retribución de sus servicios.

En materia de ilicitud del objeto del contrato de trabajo puede ser discutible si la prostitución no forzada, ni inducida podría ser objeto de un contrato de trabajo. Partimos de la base de que un empleador organiza un establecimiento y contrata a personas para que presten los servicios a los clientes, dándose el eventual contrato entre quien presta el servicio y el propietario del establecimiento, siendo éste quien fija condiciones, precios y con la posibilidad de parte del trabajador de rechazar o aceptar clientes. Con todo lo polémico que pueda ser el caso, el objeto de la prestación no es ilícito porque no hay prohibición en Colombia de la prostitución, lo que si no es permitido es la inducción o coacción a la misma.

Discutible el caso de si existe objeto ilícito en los casos de los cobradores contratados por prestamista y que utilizan el denominado método gota a gota y en algunos casos con posibilidad de amenazas por medio de armas de fuego etc.

2.6.4. CAUSA LÍCITA

El motivo de la celebración del contrato de trabajo debe estar regido para ambas partes por la licitud. Para el empleador la causa es salir adelante con su empresa y para el trabajador lo conforman la satisfacción personal propia del trabajo y de sus necesidades materiales.

2.7. MODALIDADES DEL CONTRATO DE TRABAJO

2.7.1. CONTRATO A TÉRMINO INDEFINIDO

El contrato a término indefinido cuando no se estipule un término fijo o cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada. O no se refiera a un trabajo ocasional, accidental o transitorio (art. 47CST). Esta modalidad de contrato debe ser la regla general de la contratación laboral en Colombia sobre todo cuando se pretende desarrollar labores permanentes.



2.7.2. CONTRATO A TÉRMINO FIJO

El contrato a término fijo es aquél cuyo vencimiento está determinado previamente por las partes, es decir, se conoce desde cuando comienza (*dies a quo*) y cuando finaliza (*dies ad quem*); el mismo debe constar por escrito, de no cumplirse con esta formalidad, el contrato se entiende que es a término indefinido. El término del contrato no puede ser superior a 3 años, pero renovable de manera indefinidamente (art. 46 CST). Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente (art. 46.1. CST); si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente. De acuerdo con el Decreto Reglamentario 1127 de 1991 estableció que no se requiere el previo aviso para la terminación del contrato de trabajo cuya duración se a igual o inferior a treinta (30) días.

La Corte Constitucional se pronunció sobre la renovación indefinida del contrato de trabajo en la sentencia C-016 de 4 de febrero de 1998²⁴, en los siguientes términos:

"Lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 46 demandado, activa para el trabajador un mecanismo de protección para su derecho a la estabilidad laboral, pues si como allí se señala el patrono no le notifica la terminación del contrato, este se entenderá renovado por un término igual, y si lo hace, será porque existe justa causa para tomar esa decisión, esto es, que la materia de trabajo ya no subsiste, valga decir que las causas que lo originaron desaparecieron, o que el rendimiento del trabajador no fue suficiente para responder a las expectativas de la empresa, pues solo así se entenderá legítima y justa la decisión."

La renovación sucesiva del contrato a término fijo, no riñe con los mandatos de la Constitución, ella permite la realización del principio de estabilidad laboral...trasciende la simple expectativa de permanecer indefinidamente en un puesto de trabajo."

La situación problemática se presenta cuando en este tipo de contratos se proyecta por más de 10, 20 e incluso 30 años, como lo indica la práctica judicial, en cuyos casos el empleador con 30 días de anticipación al vencimiento de la última prórroga da por terminado el contrato de trabajo, sin que haya lugar a indemnización.

24 Corte Constitucional, Sentencia C-016 de 4 de febrero 1998, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

Habría que repensar en un abuso del derecho de contratar temporalmente e incluso, una afectación al núcleo esencial del derecho del trabajo, ya que la Corte Constitucional no tuvo en cuenta estos aspectos para emitir una sentencia de constitucionalidad condicionada y ante la insistente jurisprudencia de que el contrato de trabajo a término fijo no muta en indefinido. La experiencia comparada indica, verbigracia, en el Estatuto de los Trabajadores de España²⁵ frente a un contrato a término fijo durante 24 meses comprendidos en 3 años, se torna en indefinido.

2.7.3. CONTRATO DE OBRA O LABOR DETERMINADA

Respecto al contrato de obra o labor determinada (art. 45 CST), el legislador no exige formalidad alguna y en últimas este contrato está sometido al cumplimiento de una condición resolutoria.

Es preciso que la obra o labor esté determinada en forma precisa, por cuanto la formulación genérica de la obra o labor pueden tornar en indefinido el negocio jurídico laboral.

Discutible en este tipo de vínculo laboral es la cláusula en la que se pacte que la duración queda supeditada a la terminación total o parcial de la obra, dado la generalidad de la misma, frente a la cual la Sala de Casación Laboral dio su aval en la sentencia radicada 20626 de 6 de agosto de 2003²⁶.

Era más contundente el Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia de 22 de octubre de 1954²⁷, cuando señaló:

"Debe quedar clara la naturaleza de la labor y que el acuerdo se concluyó teniéndola en cuenta, pues de allí resulta que las partes entendieron que la duración del contrato quedaba condicionada a su ejecución, y aceptaron de antemano como plazo de la relación el que resultara de su cumplimiento. En esta clase de contratos ocurre lo que en aquello en que las partes desde el principio convinieron en fijarle duración cierta, porque en ambos ha existido acuerdo previo sobre la misma, con la diferencia de que mientras en uno el plazo es indeterminado pero cierto por cuanto se encuentra fijado por la naturaleza del servicio que se contrata, en el otro es cierto y determinada y surge la estipulación expresa de los contratantes. Mas en ambos las partes saben desde el momento de la celebración del contrato cuando cuándo va a verificarse su terminación."

²⁵ Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre, artículo 15.5.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 6 de agosto de 2003, radicación 20.626, M.P. Carlos Isaac Náder.

²⁷ Cita tomada de la sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral de 6 de marzo de 2013, radicación 39050 Magistrado Ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve.



Recientemente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que esta modalidad contractual está sometida a la ejecución de un determinado resultado, pero sus límites se circunscriben, entre otros, a la finalización o verificación de una serie de etapas precisas, con el fin de que no se perpetúe en el tiempo y no ostente el de un contrato de carácter indefinido²⁸.

De igual manera, se ha precisado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que, los contratos de enrolamiento entendidos como aquellos que se celebran por el viaje de ida y regreso no tienen la modalidad de contrato a término indefinido sino por labor u obra contratada²⁹.

2.7.4. CONTRATO ACCIDENTAL O TRANSITORIO

El artículo 6 del C.S.T., refiere la existencia del contrato ocasional accidental o transitorio, indicando que es aquel cuya duración no es superior a un mes y que está destinado a suplir necesidades del empleador, distintas a sus actividades normales, contrato que por su naturaleza y por efecto de las propias normas laborales estuvo exento del reconocimiento de prestaciones sociales, tales como: cesantías, primas, vacaciones y seguridad social, pues así lo determinaba el artículo 223 numeral 1º, literal B), artículo 229, literal B), artículo 247 y artículo 251, literal B).

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C – 823 del 4 de octubre de 2006³⁰, expresó: “la Corte encuentra que la expresión “a los trabajadores ocasionales o transitorios” del artículo 223, B) del C.S.T. referente a la exoneración de pagos por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales fue tácitamente derogado por la Ley 100 de 1993 y el Decreto Ley 1295 de 1994; de igual manera fue derogado por la misma Ley 100 de 1993, el auxilio monetario por enfermedad no profesional, contenido en el artículo 229, B), del C.S.T., suerte que también corrió el auxilio funerario de que trata el artículo 247 del C.S.T., lo mismo que el seguro colectivo contenido en el artículo 289 del C.S.T., por lo cual esta Corporación estima que las disposiciones examinadas... en los cuales se insertan los segmentos normativos impugnados no se encuentran vigentes por haber operado el fenómeno de la derogatoria tácita por virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993”.

²⁸ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión Laboral SL 3282- 2018, Magistrado Ponente Carlos Arturo Guarín Jurado.

²⁹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión Laboral SL 2576- 2018, Magistrada Ponente Dolly Amparo Caguasango Villota.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-823/2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.



En cuanto a la exclusión del pago del auxilio de cesantía en virtud del artículo 251, B), la H. Corte Constitucional declaró inexecutable dicha norma: “ al encontrar que la expresión “a los trabajadores accidentales o transitorios” del artículo 251, B) del C.S.T., estructura un desbordamiento de la potestad de configuración del legislador en materia laboral, en cuanto vulnera principios constitucionales que promueven valores de igualdad, de equidad, de justicia y dignidad en las condiciones laborales. (artículo 25 y 53), así como el de universalidad en la cobertura de todas las contingencias inherentes al trabajo, con miras a la realización de los fines sociales del estado de derecho”.

Así las cosas, y como corolario de la anterior decisión, todos los contratos de trabajo cualquiera sea su duración, están impactados por el pago de las prestaciones sociales y beneficios por seguridad social sin excepción alguna.

2.8. ACTIVIDAD PEDAGÓGICA

Los discentes deben consultar la sentencia No 374 de 4 de marzo de 2020 del Tribunal de Casación Francés, donde analiza el caso de los conductores de UBER; proveído que se puede consultar en el siguiente enlace: https://www.courdecassation.fr/IMG/20200304_arret_UBER_espanol.pdf.

Deberán analizar dicha sentencia a la luz del Derecho del Trabajo Colombiano y sacar conclusiones sobre la laboralidad o no de dichos servicios.

2.9. AUTOEVALUACIÓN

1. Establezca las diferencias entre relación de trabajo y contrato de trabajo
2. ¿En qué consiste la ajenidad?
3. ¿Cuál es la importancia del concepto de ajenidad para entender el contrato de trabajo?
4. Señale las diferentes clases de ajenidad que existen en el Derecho del Trabajo
5. ¿Cómo opera la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo?
6. ¿El contrato a término fijo que se prorroga de manera indefinida, se convierte en contrato de trabajo a término indefinido?



2.10. JURISPRUDENCIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- » Radicación 20.626 de 2003, Magistrado Ponente Carlos Isaac Náder.
- » Radicación 39050 de 2013 Magistrado Ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve.
- » SL 9801-2015, radicación 44519, Magistrado Ponente Jorge Mauricio Burgos Ruíz.
- » SL 6621-2017, radicación No 49346, Magistrados Ponentes Clara Cecilia Dueñas Quevedo y Rigoberto Echeverry Bueno.
- » SL 3282-2018, radicación 62065, Magistrado Ponente Carlos Arturo Guarín Jurado.
- » SL 2576-2018, radicación 58306, Magistrada Ponente Dolly Amparo Caguasango Villota.

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

- » C-016 de 1998, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.
- » C-823/2006, Magistrado Ponente Jaime Cordoba Triviño



2.11. BIBLIOGRAFÍA

- » AAVV *Manual de Derecho Laboral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- » AAVV *Lecciones de Derecho Laboral, homenaje por los 130 años de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá 2016.
- » AAVV *Derecho Laboral para el nuevo tiempo. Construcción conjunta*, MUÑOZ SEGURA, A.M. (Cord.), editorial Universidad de los Andes, Bogotá 2017.
- » AAVV *Derecho Individual del Trabajo*, Herrera Vergara J.R. y Camacho-Ramírez A (edts. académicos), editorial Universidad del Rosario, Bogotá 2019.
- » CERÓN DEL HIERRO, A. *Introducción al Derecho del Trabajo, Relaciones individuales*, editorial Derecho Vigente, Bogotá 1998.
- » DE LA CUEVA, MARIO, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo I, México, editorial Porrúa, 1943.
- » GATTI, ANGEL EDUARDO, *Derecho del Trabajo, Manual. De las Relaciones individuales*. Editorial B de F, Montevideo 2015.
- » GOLDIN, ADRIÁN, *El Derecho del Trabajo, Conceptos, Instituciones y Tendencias*, editorial Ediar, Buenos Aires 2014.
- » GONZÁLEZ CHARRIS, GUILLERMO. *Derecho Laboral Colombiano*, volumen 1, Relaciones Individuales, octava edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá 1994.
- » VALDÉS SÁNCHEZ, GERMÁN. *Derecho Laboral Individual*, editorial Legis, primera edición 2018.



UNIDAD III - TERCERIZACIÓN Y OTRAS FORMAS DE TRABAJO

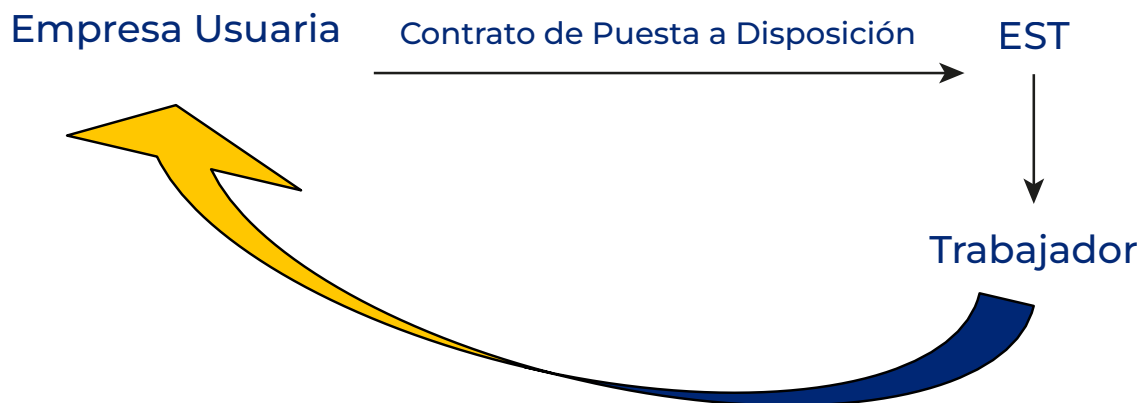
OBJETIVO GENERAL

Identificar las diversas modalidades de intermediación laboral, entendidas como alternativas tendientes a la generación de empleo, desde el cumplimiento de las garantías laborales, y el reconocimiento de las realidades socioeconómicas.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- » Individualizar, conocer y caracterizar las diferentes modalidades de intermediación laboral.
- » Aplicar en la práctica judicial, los criterios diferenciadores que permiten tipificar cada modalidad de intermediación laboral, a fin de emitir decisiones ajustadas a derecho, en cada caso concreto.
- » Identificar los problemas que suscita las diversas formas de tercerización con incidencia en la práctica judicial.
- » Brindar a los dispensadores de justicia criterios de creatividad y objetividad para reconocer cada modalidad de intermediación laboral, evitando confusiones, buscando una solución efectiva y aplicar las consecuencias jurídicas que cada caso particular pueda generar.

3.1. EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES (EST)³¹



³¹ Diagrama adaptado al ordenamiento colombiano a partir del gráfico realizado por la profesora ROSA MORATO GARCÍA, *Los Sujetos del Contrato de Trabajo. El Empleador, Materiales Docentes para el Estudio del Derecho del Trabajo, formación, fuentes y contrato de trabajo, segunda edición, editorial Ratio Legis, Salamanca 2014, pág. 185.*



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

El artículo 71 de la Ley 50 de 1990 indica que la Empresa de Servicio Temporal es aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene respecto de estas el carácter de empleador.

La Empresa de Servicios Temporales tiene dos clases de trabajadores, a saber; los de plantas que atienden sus funciones como empresa y los llamados en misión, quienes están encargados de prestar sus servicios a terceros que se requieran.

Las relaciones que se suscitan con respecto a la actividad que prestan estas empresas son de tipo triangular en la que interviene la EST, el trabajador y la empresa usuaria. En ese orden, la EST tiene una relación con el trabajador que contrata, respecto al cual es su empleador; a su vez, la EST tiene una relación comercial o civil con el tercero que requiere de trabajadores, a través de un contrato de puesta a disposición; entre el trabajador y la empresa usuaria, en principio, no hay ningún tipo de relación jurídica.

Amerita decir que normalmente el poder de dirección como elemento de la subordinación lo ejerce el empleador, pero en el caso de las EST lo ejerce el tercero por delegación de esta.

Los casos en los que se pueden usar Empresas de Servicios Temporales están expresamente señalados en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, a saber:

Cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del CST, respecto a las cuales es preciso recordar que las mismas no pueden durar más de un (1) mes, en cuyo caso la cesión de trabajador no puede ser superior a ese lapso.

Cuando se requiera para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad. En los eventos de licencias, vacaciones o maternidad se sabe a ciencia cierta cuánto va a demorar la cesión del trabajador. La dificultad se puede presentar en los casos de enfermedad, pues resulta más difícil la situación sobre todo cuando esta se prolonga por más de un (1) año, presupuesto en el que surge la duda de si se aplica el término máximo de un (1) año de que trata el numeral 3 del artículo 77 ibidem, o en ese caso es preciso que se contrate directamente al trabajador por parte de la usuaria.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

El tercer evento, se presenta para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses, prorrogable hasta por seis (6) meses más. En todo caso, dentro de este último presupuesto no podrá superar el año de labores.

La distorsión en el empleo de EST ha sido grande y frente a ello la reacción de la jurisprudencia no se hizo esperar afirmando que la distorsión en sobrepasar los límites temporales antes referidos genera que la usuaria adquiera la calidad de empleador del trabajador en misión³², siendo la EST solidariamente responsable por considerarse simple intermediaria³³. Si se cumple el término de seis meses y su prorrogación, no es posible que la empresa usuaria prorrogue el contrato inicial ni celebre uno nuevo con la misma o con otra EST para contratar el mismo trabajador, puesto que se atenta contra la legalidad y legitimidad de esta forma de vinculación laboral.³⁴ La EST debe requerir información a la empresa beneficiaria con la que pretende contratar para verificar si el trabajador en misión ha estado vinculado anteriormente en otra EST desarrollando la misma labor, esto con el fin de no desbordar el término de contratación de un año establecido por la ley y así liberarse de la responsabilidad solidaria³⁵

Otros problemas que se suscitan tienen que ver con el acoso laboral cuando concurren trabajadores de la empresa usuaria y de la EST, corriendo a cargo de la primera la actividad preventiva en estos casos, y con la posibilidad de responsabilidad solidaria frente a los daños y perjuicios derivado del acoso.

Los riesgos laborales, en general corresponden a la EST, sin embargo, la usuaria pueda recobrar en contra de la usuaria sobre todo al no integrarlos al programa de salud ocupacional. Cuando la usuaria ocupa a los trabajadores en misión para actividades distintas para los que lo contrató responde directamente³⁶.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Sentencias radicadas 25717 de 21 de febrero de 2006, Magistrado Ponente Carlos Isaac Náder; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión, radicación 51427, SL874-2018, de 7 de marzo de 2018, Magistrada Ponente Ana María Muñoz Segura.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Sentencia, radicada 69399, SL 3520-2018, de 15 de agosto de 2018, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia radicada 69399, SL 3520-2018, de 15 de agosto de 2018, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia radicada 69399, SL 3520-2018, de 15 de agosto de 2018, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Sentencia radicada 8978 de 12 de marzo de 1997, Magistrado Ponente José Roberto Herrera Vergara.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

La usuaria no responde por los salarios y las prestaciones que le adeude la Empresa de Servicios Temporales, ello en razón al sobrecosto que paga la usuaria por tener a disposición dichos trabajadores en misión.

Otra problemática es la atinente al salario que debe devengar, respecto a lo cual el artículo 79 de la Ley 50 de 1990 establece que tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores que desempeñen la misma actividad, aplicando para tal efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa, así mismo tienen derecho a los mismos beneficios establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo en materia de transporte, alimentación y recreación.³⁷

La disposición citada no soluciona la situación frente a casos donde la empresa indique que no existen trabajadores que desempeñen la misma actividad, así mismo se torna difícil la situación por no existir la obligatoriedad de categorías o grupos profesionales en el ordenamiento colombiano.

3.2. EMPRESAS ASOCIATIVAS DE TRABAJO (EAT)

El artículo 1 de la Ley 10 de 1991 las define como organizaciones económicamente productivas cuyos asociados aportan su capacidad laboral, por tiempo indefinido y algunos además entregan al servicio de la organización una tecnología o destreza u otros activos necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la empresa.

Este tipo de organización tiene muchas similitudes con las Cooperativas de Trabajo Asociado, con la diferencia que el vínculo de las personas con la empresa no es cooperativo sino asociativo.

Lo dicho sobre las Cooperativas de Trabajo Asociado se aplica en este tipo de organización, en cuanto a que no pueden ser utilizadas para suministrar personal, pues las únicas con competencia para hacerlo son las Empresas de Servicios Temporales.

3.3. COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO (CTA)

La Ley 79 de 1988 definió la cooperativa como la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objetivo de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o

³⁷ *Sobre el desarrollo jurisprudencial, vid. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia radicada 9435 de 24 de abril de 1997, Magistrado Ponente Francisco Escobar Henríquez.*



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios. Se caracterizan porque el ingreso y el retiro de los socios es voluntario.

Las CTA son definidas como aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios.

En cuanto al personal de las CTA en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de las empresas; el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes.

Las CTA pueden tercerizar servicios, lo que no pueden es tercerizar personal, ni fungir como Empresas de Servicios Temporales para de esa manera ceder o suministrar trabajadores, puesto que dicha actividad se torna ilegal a la luz de nuestro ordenamiento jurídico.

Frente a la distorsión de la CTA, la Corte Suprema ha insistido que las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden ser utilizadas o instrumentalizadas para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada. Puntualmente, la cita Corporación ha indicado que: *"No se puede desconocer que la organización del trabajo autogestionario, en torno a las cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, pero dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada."*³⁸

Las CTA no pueden ser utilizadas de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica. Esa conducta no cuenta con respaldo jurídico y constituye una reprochable tergiversación del objetivo que persiguió la ley al permitir el funcionamiento de esos entes cooperativos, en los que debe prevalecer real y efectivamente,

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia radicada 46289, SL6441-2015 de 15 de abril de 2015, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

mas no sólo en apariencia, el trabajo cooperado y mancomunado de los trabajadores que de manera libre hayan tomado la decisión de organizarse para desarrollar su capacidad laboral³⁹.

3.4. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES

Se encuentra regulado en el artículo 34 del CST, a partir del cual se extrae que una empresa contrata con otra los servicios u obras, sean de la propia actividad o de la actividad accesorio de la empresa, por cuenta y riesgo de ese tercero; no se trata de una intermediación laboral o suministro de personal; el contratista es el verdadero empleador, ejerce directamente la subordinación y debe cumplir las obligaciones propias de cualquier empleador; los riesgos de la labor, obra o servicio corre a cuenta de ese tercero; los medios son propios del tercero, así como a su cargo está la dirección técnica y productiva de la labor u obra contratada.

Se consagra una responsabilidad solidaria con el beneficiario de la obra o servicio, siempre que se trate de actividades normales de su empresa o negocio y respecto a salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores del contratista, solidaridad que se extiende hacia los subcontratistas.

De acuerdo con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para que proceda la reclamación respecto al beneficiario de la obra debe demandarse en el proceso tanto al contratista como a dicho beneficiario.

Se debe acreditar en el proceso el contrato de trabajo entre contratista y el trabajador; el contrato de obra o labor con el beneficiario; la relación de causalidad entre los dos contratos.

Existen varias subreglas jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a saber:

La solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste⁴⁰.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Sentencia radicada 25713 de 6 diciembre de 2006, Magistrado Ponente Gustavo José Gnecco Mendoza.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Sentencia radicación 40541 de 20 de marzo de 2013, Magistrado Ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Sentencia, radicada 39000, SL 4400 de 26 de marzo de 2014, Magistrado Ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve, entre otras.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

1. Lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que, si bajo la subordinación del contratista independiente adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad en el artículo 34 del CST.⁴¹
2. Las actividades complementarias como la construcción de plantas o rellenos sanitarios, como inherentes al servicio público esencial de aseo, son actividades propias de un proceso productivo inescindible, por ende, se aplica la solidaridad.⁴²
3. Son extrañas al giro ordinario de los negocios las actividades de mantenimiento de la infraestructura física del establecimiento productivo, o a empresas del sector servicios en las que su equipamiento son de apoyo a la labor, pues resulta claro que, para cumplir con su objeto, se requiere que las diferentes instalaciones físicas sean funcionales al servicio que la entidad presta, pero la construcción de ellas, así como su mantenimiento, reparación o adecuación, no hacen que esa entidad usuaria de dichos servicios se convierta en solidaria por las acreencias laborales del contratista que las ejecuta, porque ellas tan solo son un soporte para el cabal cumplimiento de su labor y no como sucede en el asunto bajo escrutinio, cuando, a no dudarlo, la obra no se trata de la obtención de una materia prima o insumo, sino que, por el contrario, es imprescindible y específica para la consecución del fin propio y perseguido para el cumplimiento óptimo del servicio público de aseo, es decir, que hace parte imprescindible de la «unidad técnica»⁴³

En cada caso, el intérprete debe determinar cuándo una labor es de la propia actividad o no de la empresa para que opere la responsabilidad solidaria.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Sentencia, radicada 33082 de 2 de junio de 2009, Magistrado Ponente Gustavo José Gnecco Mendoza y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Sentencia, radicada 45272, SL 14692 de 13 de septiembre de 2017, Magistrado Ponente Fernando Castillo Cadena.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Sentencia, radicada 45272, SL 14692-2017 de 13 de septiembre de 2017, Magistrado Ponente Fernando Castillo Cadena.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Sentencia, radicada 25505 de 30 de agosto de 2005, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Sentencia, radicada 39000, SL 4400 de 26 de marzo de 2014, Magistrado Ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

Además de la solidaridad se pueden presentar otros problemas con respecto a la figura del contratista independiente, entre las que destacamos los casos de acoso laboral cuando se presentan entre trabajadores de la principal y de los contratistas independiente, cuando concurren en el mismo lugar de trabajo, a quién compete la actividad preventiva, en general, cuando los trabajadores del tercero concurren en el mismo lugar de trabajo.

También se puede suscitar el fenómeno del falso contratista independiente que en realidad está suministrando personal o cediendo trabajadores, so pretexto del contrato de obra o labor, para lo cual resulta ilustrativa la Resolución 2021 de 9 de mayo de 2018 emanada del Ministerio del Trabajo, resolución que debe consultarse por los discentes y examinar dichos casos con base en el principio de primacía de la realidad y todo el contenido de este módulo.

3.5. SIMPLES INTERMEDIARIOS

El numeral 1 del artículo 35 del CST los define como las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta de un empleador; y en el numeral segundo los considera como tales, aunque aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramienta u otros elementos de un empleador para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

El simple intermediario es un representante del empleador o se tiene como tal, interviniendo en el primer inciso como un mediador en la contratación de servicios por cuenta y a cargo de un empleador.

Si la persona que contrata los servicios personales de los trabajadores, en su beneficio, dirige el trabajo, lo remunera con su propio patrimonio, y toma la dirección y control del servicio, estamos en presencia de un verdadero empleador y no un intermediario; si solo agrupa o coordina y utiliza los medios de producción de otro, es un simple intermediario, debiendo advertir tal circunstancia, precisando quién es el empleador, so pena que se le considere responsable solidario con éste por las obligaciones respectivas.

Puede coexistir la condición de trabajador y de intermediario, muchas veces por encargo del empleador, pero lo que, si no es posible, es la coexistencia de las condiciones de intermediario y empleador respecto de los mismos trabajadores, dada la exclusión lógica de ambas figuras.



3.6. CONTRATO SINDICAL

El artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo lo define como el que celebren uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados.

El Decreto Reglamentario 36 de 2016 señala que este contrato es de naturaleza colectiva laboral, solemne, nominado y principal, su fin último es la de un verdadero *outsourcing*.

Tampoco puede ser utilizado dicho contrato para suministrar personal, ni para disfrazar verdaderas relaciones laborales.

Se puede consultar la sentencia T-303 de 28 de abril de 2011 donde la Corte Constitucional hace una diferenciación entre el contrato sindical y el contrato de trabajo⁴⁴.

A su vez en la sentencia de 11 de febrero de 2009, radicación 32756⁴⁵, se puede consultar para determinar si a un contrato sindical le es aplicable, para efectos de su extinción, el régimen laboral individual que contiene el Código Sustantivo del Trabajo, o el régimen laboral individual propio de los trabajadores oficiales.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia T-303 de 28 de abril de 2011, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez "El contrato de trabajo puede ser verbal y el contrato colectivo sindical tiene que ser siempre escrito; el contrato de trabajo se celebra con el trabajador y el colectivo sindical se celebra entre uno o varios patronos y uno o varios sindicatos; el contrato colectivo es solemne por cuanto según el artículo 482 C.S.T., uno de sus ejemplares tiene que depositarse ante el Ministerio del Trabajo, mientras el contrato individual no requiere de esta solemnidad. Adicionalmente, según el artículo 5° del decreto 1429 de 2010, "las organizaciones sindicales deben elaborar un reglamento por cada contrato sindical..."; Según el artículo 22 del C.S.T. el contrato individual de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal. En el contrato colectivo sindical, quien se obliga es el sindicato a través de su representante legal actuando en nombre de los afiliados que participan en el contrato sindical; En el contrato colectivo sindical, la relación jurídica entre contratante y contratista es equitativa. En el contrato individual del trabajo se configura una relación de subordinación y dependencia del trabajador con respecto al patrono; en el contrato colectivo sindical se presentan dos tipos de relaciones: una entre el afiliado y su sindicato y otra entre el sindicato y el contratante, mal denominado empleador en el artículo 482 C.S.T., aunque en ocasiones la relación del afiliado con su sindicato puede vertirse en un verdadero contrato individual de trabajo; los dos contratos pueden asemejarse en que la duración, revisión y extinción del contrato colectivo sindical puede regirse por las normas del contrato individual. (inciso final, artículo 482 C.S.T. De otra parte, según el artículo 483 C.S.T., el sindicato de trabajadores que suscriba un contrato sindical responde tanto por las obligaciones directas que surjan del mismo, como por el cumplimiento de las que se estipulen para sus afiliados, y tiene personería para ejercer tanto los derechos como las acciones que le correspondan a cada uno de sus afiliados."

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación 32756 de 11 de febrero de 2009, Magistrado Ponente Luis Javier Osorio López



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

En dicha sentencia se expresa que el contrato sindical tiene la naturaleza del contrato civil de prestación de servicios o de ejecución de obra o labor, porque siendo uno de los sujetos del negocio jurídico el sindicato y el otro el empresario, empleador o asociación de empleadores, pero sin que opere aquí la subordinación, la autonomía jurídica, propia del contrato civil, es la nota predominante en ese tipo de relación.

Se dice en dicho proveído que para regular el contrato sindical la ley ha utilizado instituciones propias del régimen laboral que, en principio, son extrañas a los negocios civiles. El depósito de aquel contrato que para algunos tiene fines de publicidad –sin que ella aparezca indispensable--, corresponde indudablemente a una asimilación al depósito de la convención colectiva. La extensión de las obligaciones derivadas del contrato sindical a los afiliados del sindicato contratante prevista en el artículo 484 del Código Sustantivo del Trabajo, inadmisibles en el campo civil en virtud del principio de la relatividad de los contratos, es también una asimilación a lo que ocurre cuando se disuelve el sindicato que es parte en una convención colectiva (art. 474). Y lo mismo puede decirse de las facultades de representación previstas en el artículo 483, propias del derecho colectivo del trabajo.⁴⁶(Sentencia del 13 de diciembre de 1994, Radicación 7136).

Por otra parte, por el hecho de que, el artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo tenga dispuesto que la duración, revisión y extinción del contrato sindical se rijan por las normas del contrato individual de trabajo, no significa una camisa de fuerza para los contratantes en cuanto no puedan convenir otras formas contractuales que se ajusten a la realidad en que pretenda desenvolverse.

Al respecto, la Corte se ha ocupado de este particular punto, pues en la sentencia del 25 de julio de 1981, dejó consignado que “Nada se opone, por tanto, a que las partes (el sindicato y el empresario) autónomamente, dentro del marco amplio y flexible de la ley, pacten distintas modalidades de acuerdo con las circunstancias concretas y las necesidades prácticas”. Lo anterior así puede afirmarse, por cuanto no puede dejarse pasar por alto que en un contrato sindical el sindicato actúa como persona jurídica y como tal tiene la fuerza y autonomía para contratar que trasciende más allá del marco individual en que se desenvuelve un contrato de trabajo, lo que supone que está frente a su contraparte en pie de igualdad.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, Sentencia radicada 7136 de 13 de diciembre de 1994, Magistrado Ponente Hugo Suescún Pujols.



El gran interrogante consiste en determinar ¿cuál es la naturaleza jurídica de las personas vinculadas al contrato sindical?

Una primera tesis indica que no existe relación laboral entre los afiliados partícipes y el sindicato, basándose esta tesis en lo dispuesto por el literal 9 del artículo 5 del Decreto 1429 de 2010, ya que se entiende que no hay subordinación, sino un principio participativo de los miembros del sindicato.

La ya citada sentencia T-303 de 2011 recalca que no hay contrato de trabajo entre sindicato y afiliados, basándose en la norma citada; misma conclusión de la sentencia T-457 de 2011⁴⁷.

El profesor Marcel Silva Romero⁴⁸ es del mismo criterio cuando precisa que son los mismos afiliados quienes en asamblea toman la determinación de suscribir el contrato sindical, precio de este, condiciones, etc., aspecto democrático fundamental que demuestra cómo el sindicato no es patrono, sino la decisión mayoritaria de los trabajadores interesados.

En sentido semejante, se tiene la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de 27 de marzo de 1975, M.P. Dr. Juan Hernández Saénz.

Una segunda tesis dice que existe relación laboral con el sindicato, siendo partidario de esta el profesor Guillermo Camacho Henríquez⁴⁹, quien asevera que existe vacío en la materia, señalando que paralelamente a la relación jurídica de afiliación se configura un contrato de trabajo, donde el sindicato se convierte en patrono.

Guillermo Guerrero Figueroa señala que, los afiliados respecto al sindicato tienen un contrato individual de trabajo. Realizan un trabajo a favor de un tercero denominado beneficiario de la obra o prestación del servicio.

Una tercera tesis, señala que existe contrato con la empresa y es acogida en el salvamento de voto de la sentencia de 27 de marzo de 1975 emitido por el magistrado José Eduardo Gnecco Correa cuando preciso que "Habiendo sido el...un intermediario y sus afiliados y la...fue esta sociedad el verdadero patrono de sus trabajadores y en consecuencia está obligada a pagar las

47 Corte Constitucional, T-457 de 27 de mayo de 2011, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

48 SILVA ROMERO, MARCEL Derribando los Obstáculos del Derecho Laboral, citado por BARONA BETANCOURT, RICARDO, El contrato colectivo sindical, AAVV Lecciones de Derecho Laboral, homenaje por los 130 años de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2016, pág. 630.

49 CAMACHO HENRÍQUEZ, GUILLERMO, Derecho del Trabajo, Bogotá ABC 1973, pág. 39



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

prestaciones sociales no solo las asumidas en la convención colectiva o contrato colectivo, como lo hizo, sino también la pensión de jubilación a quienes tuvieran derecho a ella por haber reunido los requisitos de edad y tiempos de servicios”.

De igual manera, comparte esta tesis el profesor Víctor Manuel Uribe Azuero⁵⁰, se basa en que las labores contratadas son permanentes y son enganchados a la empresa, realizan sus funciones en las instalaciones, jornadas, turnos, utilizan su maquinaria, sometidos a su reglamento; no se puede hablar de autonomía administrativa y técnica por parte del sindicato etc.

Si nos atenemos al discurso de este módulo y al principio de primacía de la realidad, así como en la forma en que se desarrollan las labores por parte de los afiliados en la empresa contratista, muestran una tendencia a que esta sea en realidad el empleador.

3.7. TELETRABAJO



La Ley 1221 de 2008 regula lo concerniente al teletrabajo en el ordenamiento jurídico colombiano, definiéndolo en el artículo 2 como 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. Esta Ley fue reglamentada por el Decreto 884 de 2012.

⁵⁰ *URIBE AZUERO, VICTOR MANUEL, Convenciones, pactos colectivos, contratos sindicales, Compendio Teórico práctico de Derecho del Trabajo, Colegio de Abogados del Trabajo Colombia, editorial Legis, Bogotá 2013, págs. 857 a 861.*



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

Según Manrique Villanueva⁵¹, el teletrabajo puede ser definido a partir de tres aspectos cruciales: la ejecución de la prestación laboral se desarrolla en un lugar diverso de aquél donde se encuentra el empleador, dando lugar a la descentralización productiva; la utilización de la tecnología de la información y comunicación para el desarrollo de la actividad laboral; y, el establecimiento de una metodología u orden en el desarrollo de la actividad que se ejecuta a distancia.

Se plantea en la ley referida, tres modalidades, a saber:

Autónomos son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, que puede ser una pequeña oficina o un local comercial. En este tipo se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y sólo acuden a la oficina en algunas ocasiones.

Móviles son aquellos teletrabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuyas herramientas primordiales para desarrollar sus actividades profesionales son las tecnologías de la información y la comunicación en dispositivos móviles.

Suplementarios, son aquellos teletrabajadores que prestan servicios dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina.

Se define al teletrabajador, como la persona que desempeña actividades laborales a través de tecnologías de la información y la comunicación por fuera de la empresa a la que presta sus servicios.

En el artículo 6 se consagran una serie de Derechos y garantías laborales, sindicales y de seguridad social para los teletrabajadores:

1. Los teletrabajadores, dada la naturaleza especial de sus labores, no les serán aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno. No obstante, el Ministerio de Trabajo debe vigilar que los teletrabajadores no sean sometidos a excesivas cargas de trabajo.
2. El salario del teletrabajador no podrá ser inferior al que se pague por la misma labor, en la misma localidad y por igual rendimiento, al trabajador que preste sus servicios en el local del empleador.

⁵¹ MANRIQUE VILLANUEVA, JORGE ELIECER, *El Teletrabajo, Derecho del Trabajo Actual, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pág. 191.*



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

3. En los casos en los que el empleador utilice solamente teletrabajadores, para fijar el importe del salario deberá tomarse en consideración la naturaleza del trabajo y la remuneración que se paga para labores similares en la localidad.
4. Una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará teletrabajador por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio o en lugar distinto de los locales de trabajo del empleador, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual.
5. La asignación de tareas para los teletrabajadores deberá hacerse de manera que se garantice su derecho a contar con un descanso de carácter creativo, recreativo y cultural.
6. Se debe promover la igualdad de trato entre los teletrabajadores y los demás trabajadores, teniendo en cuenta las características particulares del teletrabajo y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en una empresa.

La igualdad de trato deberá fomentarse, en particular, respecto de: a) el derecho de los teletrabajadores a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades; b) la no discriminación en el empleo; c) la protección en materia de seguridad social (Sistema General de Pensiones, Sistema General de Seguridad Social en Salud, riesgos laborales y subsidio familiar según la sentencia C-337/11; d) la remuneración; e) la protección por regímenes legales de seguridad social; f) el acceso a la formación; g) la protección a la maternidad h) la edad mínima de admisión al trabajo; o, en fin, i) respeto al derecho a la intimidad y privacidad del teletrabajador.

Los empleadores deberán proveer y garantizar el mantenimiento de los equipos de los teletrabajadores, conexiones, programas, valor de la energía, desplazamientos ordenados por él, necesarios para desempeñar sus funciones. Los elementos y medios suministrados no podrán ser usados por persona distinta al teletrabajador, quien al final del contrato deberá restituir los objetos entregados para la ejecución del mismo, en buen estado, salvo el deterioro natural.

Si el teletrabajador no recibe los paquetes de información para realizar sus tareas, o los programas para desempeñar su función, o éstos no son reparados, a pesar de haberlo advertido, tiene igualmente derecho al salario. Otro tanto sucede cuando el lugar de trabajo sea facilitado por el empleador, y el trabajador no puede realizar la prestación debido a un corte en las líneas telefónicas o en el flujo eléctrico.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

El empresario debe contemplar el puesto de trabajo del teletrabajador dentro de los planes y programas de salud ocupacional, asimismo debe contar con una red de atención de urgencias para atender al teletrabajador que sufre un accidente o enfermedad cuando esté trabajando.

La vinculación a través del teletrabajo es voluntaria, tanto para el empleador como para el trabajador. Los trabajadores que actualmente realicen su trabajo en las instalaciones del empleador, y pasen a ser teletrabajadores, conservan el derecho de solicitar en cualquier momento, volver a la actividad laboral convencional.

Las empresas cuyas actividades tengan asiento en Colombia y estén interesadas en contratar teletrabajadores deben hacerlo con personas domiciliadas en el territorio nacional, quienes desarrollarán sus labores en Colombia.

A todas las relaciones de teletrabajo que se desarrollen en el territorio nacional les será aplicada la legislación laboral colombiana, en cuanto sea más favorable para el teletrabajador.

3.7.1. PROBLEMAS DEL TELETRABAJO

Quizás el problema más importante que presenta la ley es el tema para identificar la subordinación en el caso del teletrabajador autónomo, que por su naturaleza dicho trabajo se realiza fuera de la empresa, para lo cual es preciso acudir al elemento de la ajenidad tanto en los riesgos, en los medios de producción (dueños del *software*, de los equipos, ordenes etc.), la marca etc.; órdenes, protocolos y su seguimiento por el empleador etc. Lo mismo es aplicable a las otras dos formas de teletrabajo. En todo caso, se puede acudir a la prueba indiciaria y a la presunción del artículo 24 del CST para establecer si ese trabajo es subordinado o no.

En estos eventos, se da una subordinación matizada y en la cual se tiene en cuenta que el modo de producción es digital. Lo que más adelante se diga sobre el trabajo en plataformas digitales se puede aplicar guardadas las particularidades del teletrabajo.

Temas inexplorados en el derecho colombiano como el del derecho a la desconexión digital laboral y la prevención de los riesgos laborales de los trabajadores tecnológicos, para evitar el tecnoestrés y la tecnoadicción, el *burn out* (o trabajador quemado), y el ciberacoso son puntos oscuros en esta materia.



3.8. TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES

En la nueva dimensión de la economía, las empresas tecnológicas utilizan las plataformas digitales para ofrecer un punto de encuentro entre oferta y demanda de determinados productos o servicios, sin intervenir en las condiciones de ese encuentro. De igual manera, se usan las plataformas digitales para que una persona conectada entre en contacto con terceros para prestar servicios remunerados, recibiendo el titular de la plataforma una comisión por cada servicio que se lleve a cabo.

El problema jurídico a que se pueden ver enfrentados los jueces consiste en determinar, si frente a la última situación, la misma está cubierta por un trabajo dependiente sometido al Código Sustantivo del Trabajo, ora, se trata de un trabajador autónomo, sometido a la normatividad comercial o civil.

Son cuatro los presupuestos que se requieren para entender a un trabajador dependiente: a) prestación del servicio voluntaria, b) ajenidad, c) dependencia y d) remuneración. Lo anterior, sin perjuicio de que en nuestro ordenamiento jurídico laboral solamente al trabajador le basta con acreditar la prestación para que opere la presunción de contrato de trabajo prevista en el artículo 24 antes estudiado.

Existen algunas características que podrían dar a entender que, en las labores antes descritas, el trabajador que presta sus servicios no encuadra con las características de trabajador por cuenta ajena: libertad de tiempo de trabajo (horario, momento de la prestación), volumen de trabajo, utilización de medios de producción propios y asunción de los costos asociados al servicio.

Por otro lado, se dan otras circunstancias o indicios que, en esta forma de trabajo implican ajenidad y dependencia, a saber: los trabajadores están sujetos a la dirección, organización y control del dueño de la plataforma virtual; los costos de la actividad y de la plataforma son de cargo de las empresas; los trabajadores no tienen una auténtica organización empresarial propia y autónoma; no asumen el riesgo ni su patrimonio; el trabajador no es libre para conectarse, ni aceptar un servicio, escoger el trayecto, fijar el precio del servicio; puede verse sancionado por su desconexión abrupta; la plataforma no le pertenece ni la controla; el trabajador no escoge el cliente ni pacta nada con éste.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

Se dice que existen formas de dirección empresarial indirectas en la fijación o determinación del tiempo de trabajo, asignación de tareas y el control del rendimiento de trabajo. Se controla el tiempo de trabajo de manera indirecta al reconocerle incentivos económicos por servicios mínimos a realizar; en la incentivación de la prestación de servicios en días y horarios concretos, sobre todo en momentos de gran demanda. Por vía de ejemplo, UBER mantiene el derecho de desactivar a los conductores que no se conectan en un período prolongado; reconoce incentivos económicos para los conductores que se conectan durante las franjas y en las zonas geográficas de máxima demanda. Estas plataformas signan un puntaje de 0 a 5 por los servicios prestados, con el derecho a desconectar de la plataforma a los conductores con puntuaciones bajas.

Bajo el panorama antes descrito, se puede considerar que uno de los componentes característicos del contrato de trabajo, como lo es la subordinación debe entenderse en sentido dinámico, adaptable a las diversas formas de producción, especialmente las generadas a partir de las plataformas digitales; dinamismo que no sólo implica entender que lo que en el ayer-hoy, no era subordinación, mañana si lo sea, sino también comprender que van apareciendo nuevas formas de empresario, de trabajadores y de tecnologías que quieren encubrir bajo el rótulo de autónomos, realidades de trabajo dependiente.

Los cambios tecnológicos permiten entender de una forma diferente el centro de trabajo, desconectándolo de la forma tradicional de fábrica, siendo posible encuadrar la situación de los trabajadores para plataformas digitales bajo una dependencia modulada, desligándose del modo tradicional de concebir el contrato de trabajo.

La finalidad reguladora y compensadora del Derecho del Trabajo se cumplirá en la medida en que se adapte a las nuevas formas de organización del trabajo, especialmente, las derivadas de la era digital en la que nos encontramos inmersos, sin que pueda escapar el test de laboralidad a la prestación de servicios que tienen la apariencia de ser autónomos, pero que encierran verdaderos trabajadores dependientes, dándole primacía a la realidad sobre la forma, para de esta manera proseguir con la misión compensadora de las desigualdades entre capital (tecnológico) y trabajo, evitándose con ello retroceder a estadios históricos ya superados, tal como el arrendamiento de servicios.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

En ese orden de ideas, los intérpretes del Derecho del Trabajo deben tener la capacidad de adaptar la noción de dependencia a las nuevas realidades económicas y sociales en aquellos eventos en que se usan tecnologías, telecomunicaciones etc., como lo ha hecho en los casos de trabajo a distancia, teletrabajo⁵² etc., destacando en ellas formas de contrataciones que no han perdido su esencia de la laboralidad. Por otro lado, no estamos ante la presencia física en el lugar de trabajo, sino una presencia virtual a través de la plataforma, por medio de la cual se ejerce una especie de poder de vigilancia y control.

Tal como lo ha dicho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵³ sobre el caso UBER, sin la app *"...estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por tanto, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores."*

Las notas de dependencias, también se pueden ver desde el momento en que el trabajador se encuentra sometido al esquema del dueño o administrador de la plataforma de donde salen las órdenes de los servicios a prestar; a su vez, se manifiesta en el control de los vehículos que se van a utilizar, si bien de propiedad del trabajador deben cumplir con los patrones indicados por UBER, la desconexión abrupta, la localización, los puntos asignados y la consecuencia de no tener el puntaje adecuado.

Resulta trascendental lo dicho por el profesor Alarcón,⁵⁴ cuando señaló que el criterio definitorio menos útil para identificar el contrato de trabajo es de la dependencia, e identificó como criterio llamado a rendir mejores servicios como indicio determinante de la laboralidad, es el de la ajenidad en el mercado, más aún que el de titularidad de los medios de producción "puesto que una de las características de la economía descentralizada consiste, muchas veces, en 'descentralizar' también dichos medios, puesto que, en el fondo, lo que de verdad cierta es 'controlar el mercado', no tener fabricas".

En ese orden, las plataformas identifican clientes potenciales, adoptan estrategias de *marketing*, establecen la prohibición de desarrollar actividades fuera de la plataforma (exclusividad), aspectos que son relevantes para entender la ajenidad del mercado.

52 SIERRA BENÍTEZ, E. M., *Trabajo decente y subordinación jurídica y económica en la era digital*, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J Y DE VAL TENA A.L.(DIRS.) *EL TRABAJO DECENTE*, editorial Comares, Granada 2018, págs. 22 y 23.

53 Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea TJUE, asunto C-434/15 de 20/12/2017.

54 ALARCÓN CARACUEL, MANUEL RAMÓN. *La ajenidad del mercado: Un criterio definitorio del Contrato de Trabajo*, Revista Española Derecho del Trabajo No 28 (1986), p.536.



Conforme a lo anterior, los trabajadores que prestan sus servicios por medio de plataformas en la forma analizada están sometidos a un contrato de trabajo, sin que sea necesario crear una nueva categoría para trabajadores en plataformas digitales, ni considerarlos trabajadores autónomos dependientes.

3.9. OUTSOURCING

"Es en esencia un contrato de prestación de servicios entre empresas, mediante el cual se regula la subcontratación o externalización de los procesos de negocio que la empresa contratante no pueda asumir, bien por no tener un departamento especializado o personal cualificado para desarrollar una determinada tarea o bien porque la realización de la misma de manera interna supondría una elevada inversión"⁵⁵

3.9.1. PARTES DEL CONTRATO

En un contrato de *outsourcing* intervienen dos partes:

- A. El contratante, es decir la empresa cliente que decide cuál es la actividad que se delegara a la empresa de *outsourcing*.
- B. El contratista, es decir quien realizará la actividad delegada por la empresa cliente.

3.9.2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

Podemos decir que es un contrato bilateral, por cuanto para su construcción se requieren dos partes; consensual, puesto que obedece al consentimiento de las partes y oneroso porque las acciones a realizar tienen un costo; también se puede decir que es un contrato de organización, pues el contratista va a imponer criterios organizativos tendientes a mejorar la producción y reducir los costos. El contrato de *outsourcing* también puede ser un contrato de duración, ya que su cumplimiento es de tracto sucesivo, es decir, se ejecuta en el tiempo, lo cual debe quedar especificado de manera clara en el contrato de *outsourcing*. Finalmente, podemos decir que es un contrato de resultados por cuanto el contratista u *outsourcer* debe conseguir los resultados exigidos en el contrato.

⁵⁵ Aspectos Legales del Outsourcing: Los cinco puntos claves de los contratos de externalización de servicios. Recuperado <https://www.ctisoluciones.com>blog>.



3.9.3. TÉRMINOS DEL CONTRATO

En el contrato de *outsourcing* una condición principal es determinar por las partes la duración de la prestación del servicio, de igual manera se debe estipular la forma de terminación del contrato, el tipo de servicio, forma de revisión, vigencia del mismo, cláusulas penales y propiedad intelectual en caso dado de incumplimientos por una de las partes, al igual que la posibilidad de renovación.

3.9.4. PERSONAL DE SERVICIO

En el contrato de *outsourcing* debe quedar consignado con claridad la relación de personas que integrarán el equipo del contratista y si personal del contratante es necesario en el desarrollo del contrato, el cual quedaría al servicio del contratista.

3.9.5. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL CONTRATO DE OUTSOURCING

Para los entendidos el contrato de *outsourcing* presenta ventajas de carácter financiero, pues la justificación del mismo se expresa en la reducción de costos, los cuales pueden servir para mejorar las condiciones de operación de la empresa contratante; en cuanto a las desventajas que tiene este tipo de contrato, se puede señalar sin lugar a equívocos que el personal utilizado por el contratista no necesariamente desarrolla sentido de pertenencia hacia la empresa contratante en razón de la posible ocasionalidad de su contrato laboral, y en caso de que personal de la parte contratante haya pasado al servicio de la parte contratista no se garantiza el reenganche al momento de terminar el contrato de *outsourcing* si dicha obligación no está consignada en el contrato objeto de realización, lo cual trae como consecuencia la baja calidad del servicio prestado. También es común encontrar como desventaja que algún personal utilizado por el contratista carezca de la respectiva habilidad y experiencia para el desempeño de la labor contratada, lo cual puede traducirse en ineficiencia.

Desde el punto de vista laboral, podemos decir que los contratistas que ejercen actividades mediante la modalidad del contrato de *outsourcing*, se reputan independientes con respecto de la empresa contratante, por lo cual se encuadran dentro de los lineamientos del artículo 34 del C.S.T., el cual fue modificado por el decreto 2351 de 1965, artículo 3º, el cual dispone en su numeral 1º: "Son contratistas independientes, y por tanto verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos por sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva”, pero dicha normativa lleva implícita la figura de la solidaridad, salvo que como se indica en el mismo artículo: “pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones o indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipula con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores”.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T – 307 del 30 de abril de 2010⁵⁶, al revocar las sentencias de primera y segunda instancia ordenó el reintegro de un trabajador, condenando por consiguiente a la empresa beneficiaria del *outsourcing* y a la contratista con fundamento en el principio de la solidaridad, para lo cual dijo: *“la obligación in solidum se justifica por que garantiza de un mayor modo el cumplimiento cabal, pleno y definitivo de los deberes prestacionales que, de acuerdo con la constitución, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la ley, contribuirían al mejoramiento sustancial de las condiciones de existencia de ... Se trata pues de una distribución justa de las cargas prestacionales que el mismo tiempo contribuye a garantizar la eficacia de la decisión judicial y la protección de los derechos fundamentales del peticionario”*.

De manera más concluyente, la Corte Constitucional en Sentencia T – 021, de 20 de febrero de 2018⁵⁷ reafirmó el criterio de la responsabilidad solidaria contenida en el artículo 34 del C.S.T., así fundamento su decisión: *“... de conformidad con los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia sobre la responsabilidad solidaria consagrada en el artículo 34 del C.S.T., y que ha sido acogida por la Honorable Corte Constitucional en varias oportunidades, el artículo 34 del C.S.T. tiene como finalidad proteger al trabajador ante la eventualidad de que un empresario pretenda realizar su actividad económica a través de contratistas independientes con el propósito de evadir su responsabilidad laboral. Si ese empresario termina beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios por intermedio de un contratista debe responder de manera solidaria por los salarios y prestaciones a que dé lugar. Para ello, entre el contrato de obra y el de trabajo debe mediar una relación de causalidad*

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia T – 307 del 30 de abril de 2010, Magistrada Ponente María Victoria Calle.
⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia T – 021 de 20 de febrero de 2018, M.P. Doctor Jose Fernando Reyes Cuartas.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

que permita identificar si la obra o labor realizada por el trabajador hace parte de las actividades normales de quien encargo su ejecución; es decir, que este tipo de solidaridad no es de aplicación inmediata, pues debe existir una afinidad de las actividades sociales desarrolladas por el contratista y el beneficiario de la obra. Sin embargo, no puede exigirse exactitud en integralidad en tales objetos sociales, pues tal proceder desdibujaría la solidaridad, ya que en la práctica no se encuentra tal precisión".

Lo anterior, como corolario para indicar que el contrato de obra celebrado entre contratante y contratista a través de la figura del outsourcing tiene riesgos para el contratante, pues además de las desventajas antes descritas en la eventualidad de conflicto entre el contratista y sus trabajadores, las consecuencias pueden recaer sobre el contratante con lo cual se desvirtuaría el éxito del contrato externalizado.

3.10. FREELANCE

El término inglés freelance es reconocido por la Real Academia Española como *free lance* traducido como lanza libre y por extensión "mercenario", por no estar al servicio de un señor en concreto y, por ende, podían ser contratados por quien podía pagar sus servicios. Se le llama *freelancers* al trabajador que desarrolla su actividad de manera autónoma.

Muchos periodistas, fotógrafos, diseñadores gráficos, traductores, programadores son *freelancers*, reciben encargos específicos de trabajos: artículos, entrevistas, diseños de un folleto etc. Una vez que cumplen con el encargo obtienen una determinada suma de dinero que previamente acuerdan.

El gran cambio que se ha dado en los modos de producción tradicional y más específicamente el trabajo a través de plataformas digitales ha permitido la configuración de una nueva modalidad de prestación del trabajo humano: el trabajo de la multitud o "*crowdworking*". En ese orden, no existe una única y homogénea multitud de trabajadores, sino varios grupos o multitudes que están dispuestos a realizar tareas o trabajos directamente para los consumidores o clientes o bien para grandes corporaciones de internet.

Muchas empresas publican sus necesidades en la Web, obteniendo los trabajadores que están dispuestos a hacerlos, normalmente por un precio más bajo. De lo anterior, se desprende un trabajo a destajo en línea, o



"crowdwork," representando un cambio radical en la forma en que se define el propio empleo, pues, para los administradores de las plataformas, estos trabajadores no son empleados tradicionales, aunque tampoco son trabajadores independientes; son tratados como usuarios, ora, clientes.

Otra modalidad es el *Crowdsourcing* el cual se inicia como una convocatoria a una multitud de usuarios o colaboradores, *Crowdsourcers*, cuyo fin es la resolución de problemas, aportes de ideas y/o consecución de tareas, por medio de las contribuciones de estos; canjeables por dinero, por bienes consumibles, entretenimiento, y en ocasiones reconocimiento social. Se caracteriza por que se inicia con una convocatoria masiva, se ejecuta mediante una plataforma digital o espacio físico, se visualiza una persona que dicta parámetros y lineamientos, se utiliza para buscar soluciones, estrategias y / o consecución de tareas; puede retribuirse o no; en algunos casos, se realizan concursos para seleccionar los aportes derivados de la multitud participante.⁵⁸

Por *Coworking* se entiende el trabajo cooperativo o trabajo en oficina integrada, y en el que se busca compartir un espacio de trabajo entre varias personas, *Coworkers*, los cuales se constituyen como trabajadores autónomos, teletrabajadores y empresarios, sean de igual profesión o no, que interactúan entre ellos, enriquecen sus propósitos individuales o efectúan proyectos comunes. Se caracteriza por alquiler de espacios de trabajo (oficinas, mobiliarios, computadores, impresoras, y hasta el servicio de recepcionistas y secretarías; confluyen distintos profesionales trabajadores independientes, autónomos o freelance; se ejecutan proyectos individuales y/o comunes entre los *coworkers*; cuando se refiere a proyectos comunes pueden retribuirse o no; en ocasiones interviene una persona que intermedia entre los *coworkers* y empresas o particulares que necesitan proyectos específicos, dictando parámetros y lineamientos a seguir⁵⁹

El *Microtasking* se refiere a la realización de micro tareas. A través de una plataforma digital, una persona indica una necesidad postulando una tarea específica, propone una tarifa para quien la realice; otro usuario se postula para llevarla a cabo y recibir la recompensa. Se califica el servicio,

⁵⁸ LEÓN ORDOÑEZ, GISELA. C. *Ausencia de regulación, desprotección y encubrimiento de las relaciones de trabajo, ante las nuevas tendencias de prestación de servicio derivadas de la economía colaborativa. Trabajos en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y Mercado. TODOLÍ SIGNES, ADRIÁN y HERNÁNDEZ BEJARANO, MACARENA (Dir.), editorial Aranzadi, Pamplona 2018, pág. 114.*

⁵⁹ León Ordóñez, GISELA. C. *Ausencia de regulación, desprotección y encubrimiento de op. cit. pág. 115*



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

creando un sistema de reputación para quien presta el servicio. Se caracteriza porque se ejerce a través de una plataforma digital; se utiliza para la ejecución de servicios o tareas específicas; se visualiza una persona que manifiesta sus necesidades, solicita un servicio dictando lineamientos y establece una remuneración⁶⁰.

La profesora MARÍA LUZ RODRÍGUEZ⁶¹ precisa que lo importa para el Derecho del Trabajo es la realidad de los hechos, dando lo mismo que las partes se llamen o se consideren trabajadores o *freelancers*, porque serán lo que a la postre se derive de los hechos que envuelven su relación, esto es, de la forma y el modo en que realmente una parte presta sus servicios para la otra, o mejor dicho, si de esa forma responde o no a lo que los laboristas denominamos ajenidad y dependencia.

En cuanto a la categorización y las garantías que deben tener este tipo de trabajadores VEGA RUÍZ⁶² señala que los nuevos trabajadores en contratos atípicos o formas indefinidas, así como los trabajadores independientes son también un nuevo sujeto de consideración. Teletrabajadores, franquicias, *freelancers*, pasantes, etc., pueden ser categorías de trabajo muy próximas a los independientes o dependientes, pero que necesitan igualmente de criterios básicos de protección y de determinadas garantías sociales y desde esa perspectiva todas estas categorías difusas y propias de los nuevos mercados de trabajo deben gozar de una serie de criterios mínimos de protección que permitan el desarrollo social de los individuos, las entidades económicas y el país. El ingreso adecuado en función del trabajo prestado, el acceso a la protección social y condiciones de seguridad que garanticen su vida y su salud son derechos mínimos indispensables que deben ser otorgados a todos los que prestan una actividad laboral con independencia de su estatuto jurídico.

3.11. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá necesitaba construir un desarenador en el río Bogotá, a efectos de que no se pasara el sedimento del río hacia la planta de tratamiento. Para tal efecto celebró un contrato de obra con la sociedad Construcciones La Montaña experta en

⁶⁰ León Ordóñez, GISELA.C. *op.cit.* Ausencia de regulación, desprotección y encubrimiento de págs. 117 y 118.

⁶¹ RODRÍGUEZ, MARÍA LUZ, https://www.infolibre.es/noticias/luces_rojas/2017/12/06/trabajadores_freelancers_apuntes_sobre_trabajo_las_plataformas_digitales_727461121.html.

⁶² VEGA RUÍZ, MA. L, *Trabajo, Relación de Trabajo y Derecho del Trabajo: ¿Crisis o Renacimiento?. En Futuro del Trabajo: Cien años de la OIT XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019. pág. 97.*



**MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL**

la elaboración de desarenadores. Dicha compañía celebró varios contratos de trabajo con personal encargado de realizar el trabajo en físico para cumplir con la obra. Construcciones La Montaña venía cumpliendo con el pago de salarios, prestaciones y aportes a seguridad social, de repente dejó de pagar los salarios, las prestaciones sociales durante 6 meses. Los trabajadores afectados presentaron demanda en contra de Construcciones La montaña en la que pretenden el pago de los salarios de 6 meses, las prestaciones sociales, los aportes parafiscales e indexación. Demandaron de manera solidaria a la Empresa de Acueducto de Bogotá para que cubra dichos salarios, prestaciones e indemnizaciones. La empresa pública alega en su contestación de la demanda que la obra del desarenador es extraña a sus actividades, razón por la cual no es responsable solidario. Se pregunta a los discentes ¿si existe solidaridad en ese evento? La respuesta debe justificarse con base en lo establecido en esta unidad y la jurisprudencia citada. En el evento de que exista solidaridad ¿por qué conceptos debe responder la empresa pública?

3.12. AUTOEVALUACIÓN

1. Señale los tres casos en que operan lícitamente las Empresas de servicios Temporales
2. ¿Qué consecuencias jurídicas trae para quién contrata el suministro de personal con Empresas de Servicios Temporales por fuera de los casos de ley?.
3. ¿Cuál es el principal problema del teletrabajo?
4. ¿El Teletrabajador está sometido a jornada ordinaria de trabajo?
5. ¿Para ustedes el trabajador de plataformas digitales en los casos de Uber y de los Repartidores, está regido por contrato de trabajo?
6. ¿Cuándo y bajo qué circunstancia se da la solidaridad respecto al contratista independiente?

3.13. JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA

- » Radicación 7136 de 1994, Magistrado Ponente Hugo Suescún Pujols.
- » Radicación 9435 de 1997, Magistrado Ponente Francisco Escobar Henríquez.
- » Radicación 8978 de 1997, Magistrado Ponente José Roberto Herrera Vergara.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

- » Radicación 25505 de 2005, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas.
- » Radicación 25717 de 2006, Magistrado Ponente Carlos Isaac Náder.
- » Radicación 25713 de 2006, Magistrado Ponente Gustavo José Gnecco Mendoza.
- » Radicación 32756 de 2009, Magistrado Ponente Luis Javier Osorio López.
- » Radicación 33082 de 2009, Magistrado Ponente Gustavo José Gnecco Mendoza.
- » Radicación 40541 de 2013, Magistrado Ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve.
- » Radicación 39000, SL 4400-2014 de 2014, Magistrado Ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve.
- » Radicación 39000, SL 4400 de 2014, Magistrado Ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve.
- » Radicación 46289, SL6441-2015 de 2015, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- » Radicación 45272, SL 14692-2017 de 2017, Magistrado Ponente Fernando Castillo Cadena
- » Radicación 51427, SL874-2018, de 2018, Magistrada Ponente Ana María Muñoz Segura.
- » Radicación 69399, SL 3520-2018, de 2018, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

- » T – 307 de 2010, Magistrada Ponente María Victoria Calle.
- » T-303 de 2011, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.
- » T-457 de 2011, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- » T – 021 de 20 de 2018, M.P. Doctor José Fernando Reyes Cuartas.

SENTENCIA TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- » STJUE, asunto C-434/15 de 20/12/2017.



3.14. BIBLIOGRAFÍA

- » ALARCÓN CARACUEL, MANUEL RAMÓN. La ajenidad del mercado: Un criterio definitorio del Contrato de Trabajo, *Revista Española Derecho del Trabajo* No 28, 1986.
- » CAMACHO HENRÍQUEZ, GUILLERMO, *Derecho del Trabajo*, Bogotá ABC 1973.
- » LEÓN ORDOÑEZ, GISELA. C. Ausencia de regulación, desprotección y encubrimiento de las relaciones de trabajo, ante las nuevas tendencias de prestación de servicio derivadas de la economía colaborativa. *Trabajos en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y Mercado*. TODOLÍ SIGNES, ADRIÁN y HERNÁNDEZ BEJARANO, MACARENA (Dir.), editorial Aranzadi, Pamplona 2018.
- » GARCÍA ROMERO. BELÉN, *El Teletrabajo*, editorial Civitas, Madrid 2012
- » MANRIQUE VILLANUEVA, JORGE ELIECER, *El Teletrabajo, Derecho del Trabajo Actual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
- » SIERRA BENÍTEZ, ESPERANZA MACARENA, Trabajo decente y subordinación jurídica y económica en la era digital, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J Y DE VAL TENA A.L.(DIRS.) *EL TRABAJO DECENTE*, editorial Comares, Granada 2018.
- » PÉREZ CAPITÁN, LUIS, La controvertida delimitación del trabajo autónomo y asalariado. *EL TRADE* y el trabajo en las plataformas digitales. Aranzadi, Pamplona 2019.
- » SILVA ROMERO, MARCEL Derribando los Obstáculos del Derecho Laboral, citado por BARONA BETANCOURT, RICARDO, *El contrato colectivo sindical, AAVV Lecciones de Derecho Laboral, homenaje por los 130 años de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá 2016.
- » URIBE AZUERO, VICTOR MANUEL, Convenciones, pactos colectivos, contratos sindicales, *Compendio Teórico práctico de Derecho del Trabajo*, Colegio de Abogados del Trabajo Colombia, editorial Legis, Bogotá 2013.
- » VALDÉS SÁNCHEZ, GERMÁN. *Derecho Laboral Individual*, editorial Legis, primera edición 2018.
- » VEGA RUÍZ, MA. L, Trabajo, Relación de Trabajo y Derecho del Trabajo: ¿Crisis o Renacimiento?. En *Futuro del Trabajo: Cien años de la OIT XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019.

WEBGRAFÍA

- » *Aspectos Legales del Outsourcing: Los cinco puntos claves de los contratos de externalización de servicios*. Recuperado <https://www.ctisoluciones.com>blog>.
- » RODRÍGUEZ, MARÍA LUZ https://www.infolibre.es/noticias/luces_rojas/2017/12/06/trabajadores-freelancers-apuntes-sobre-trabajo-las-plataformas-digitales-727461121.html



UNIDAD IV - TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO - DESPIDO

OBJETIVO GENERAL

Conocer las formas de terminación del contrato de trabajo, así como las justas causas de terminación del mismo; de igual manera, los diferentes criterios expuestos por la jurisprudencia que le permitan al discente distinguir la causal aplicable en cada caso específico.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- » Generar criterios claros para caracterizar las justas causas de terminación del contrato de trabajo.
- » Dar pautas para solucionar los conflictos laborales que surjan de la interpretación de las diferentes causales de terminación del contrato de trabajo.
- » Incentivar la valoración de los supuestos fácticos, jurídicos y probatorios a partir de criterios constitucionales e internacionales que pueden ser aplicables en cada caso concreto.

4.1. ESTABILIDAD LABORAL

Dentro del núcleo esencial del derecho del trabajo se encuentra la estabilidad laboral, que no necesariamente conlleva al mantenimiento o consecución de un puesto de trabajo, siendo las circunstancias específicas las que determinen en qué caso podría dar lugar al reintegro, o a la reparación a través de indemnización, como por ejemplo en los casos de discriminación, abuso del derecho del empleador de su libertad de empresa etc.

Sobre la estabilidad laboral relativa en nuestro ordenamiento jurídico tenemos la sentencia de 30 de enero de 2013, radicación 38272 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁶³ y por parte de la Corte Constitucional la sentencia T-445/14⁶⁴. En esta última se dijo *"La estabilidad laboral impropia suele acompañar a todo contrato laboral ...busca proteger al trabajador de un despido injusto, pues el empleador*

⁶³ Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia radicación 38272 de 30 de enero de 2013, Magistrado Ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve.

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-445 de 2015, de 4 de julio de 2014, Magistrada Ponente María Victoria Calle.



solo está autorizado para terminar la relación laboral cuando existe una justa causa para tal efecto, o cuando ante la ausencia de una justa causa, indemniza adecuadamente al trabajador."

4.2. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La terminación del contrato de trabajo es el fenecimiento del mismo, sea por voluntad de ambas partes, por causas ajenas a éstas, ora, por voluntad del empleador o del trabajador.

Los efectos de la terminación del contrato de trabajo conllevan unas consecuencias específicas, a saber: a) fenece el vínculo contractual; b) cesa la obligación del trabajador de prestar los servicios; c) cesa la obligación del empleador de pagar los salarios y algunas prestaciones sociales que se generaban durante el vínculo; y, d) se hace exigible el pago de la cesantía y eventuales indemnizaciones.

Son nueve modalidades de terminación consagradas en la ley de manera taxativa, a saber:

a. Muerte del trabajador. Siendo el contrato de trabajo *intuite persone* en cuanto a quien presta el servicio, no es posible que se transmita a los herederos del trabajador la posibilidad de continuar con el contrato de trabajo. No ocurre lo mismo con la muerte del empleador, en cuyo caso, por regla general, se transmiten a sus herederos las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, muchas veces bajo la figura de la sustitución de empleador.

b. Terminación por mutuo consentimiento. En este caso opera por la voluntad conjunta de las partes de ponerle fin al contrato de trabajo que los une. Los problemas se suscitan cuando existen vicios del consentimiento sobre todo en el trabajador, como cuando se le presiona para que renuncie, en cuyo caso el despido se torna nulo⁶⁵, con la posibilidad de ordenar su reintegro, previa declaración judicial, teniendo el trabajador la carga de la prueba del vicio respectivo.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia Radicación No 22842 de 2004, Magistrado Ponente Gustavo José Gnecco Mendoza.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha admitido los acuerdos de terminación de contrato de trabajo producto de los planes de retiro voluntarios, sea de manera individual o masiva, en los que se involucra incentivos económicos por parte del empleador, con la salvedad de que debe haber libertad del trabajador de aceptarlos o no.⁶⁶

Debe tenerse mucho cuidado cuando el mutuo consentimiento se da en los casos de estabilidad reforzada sea por salud, ora, mujer en estado de embarazo, que no estén en juego derechos que el trabajador no pueda renunciar.

c. Por expiración del plazo fijo pactado. Se aplica a los contratos a término fijo, cuando cualquiera de las partes manifiesta a la otra, su voluntad de no prorrogar el contrato de trabajo vigente entre ellas. El término de preaviso por escrito para el empleador de dar por terminado el contrato es de 30 días, con anticipación al vencimiento del término inicial o la prórroga, so pena de que se entienda prorrogado. Cuando el contrato es igual o inferior a 30 días no opera la prórroga en los términos antes descritos de acuerdo con lo establecido por el artículo 1 del Decreto 1127 de 1991.

En el caso de las mujeres en estado de embarazo o lactancia, no es posible terminar el contrato con 30 días de anticipación, los cuales deben ser renovados hasta que subsista la protección.⁶⁷ Igual garantía se le da al trabajar en estado de debilidad manifiesta en los términos antes indicados, por lo menos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la matización de la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

d. Por culminación de la labor u obra contratada. Esta causal implica una sustracción de materia respecto al objeto contractual. Ocurre esta causal al momento de la terminación de la obra, sin que se requiera preaviso de algún tipo, sin embargo, es aconsejable probatoriamente que el empleador dirija una comunicación en este sentido al trabajador. Las limitantes para el despido de las trabajadoras en estado de embarazo o período de lactancia, así como los trabajadores en estado de debilidad manifiesta, se aplican a esta modalidad, en la que deberá solicitarse permiso al Inspector del Trabajo.

e. Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento. Cuando la empresa desaparece, conlleva por sustracción de materia la terminación del contrato de trabajo. Ahora bien, para que se materialice

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia Radicación 43846, SL1275-2016 de 9 de febrero de 2016, Magistrado Ponente Rigoberto Echeverry Bueno.

⁶⁷ Corte Constitucional SU 070 de 2013 de febrero de 2013, Magistrado Ponente Alexei Estrada Julio y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia Radicación 38239, SL 3535 de 25 de marzo de 2015, Magistrados Ponentes Elsy del Pilar Cuello Calderón y Rigoberto Echeverry Bueno.



esta causal es preciso que se cuente con autorización del Ministerio del Trabajo conforme a lo previsto por el artículo 67 de la Ley 50 de 1990. Si no se obtiene la autorización, por ministerio de la ley se entiende que los contratos subsisten, con la consecuencia de que se mantiene la obligación de pagar salarios y prestaciones sociales.

Está exceptuada de la autorización del Ministerio de Trabajo y se presenta cuando el cierre de empresa se basa en una decisión judicial en un proceso de insolvencia empresarial, tal como lo establece el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006.

f. Por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de 120 días. Para que se estructure esta causal se requiere de permiso del Ministerio del Trabajo; en caso de no obtenerse el permiso aludido se torna ineficaz el despido con las consecuencias de pago de salarios y prestaciones sociales.

g. Por sentencia ejecutoriada. En estos eventos debe existir un pronunciamiento de los jueces laborales con carácter de cosa juzgada donde autorice el despido, siendo el caso más común el de levantamiento de fuero sindical.

h. Por decisión unilateral en los casos de los artículos 7 del Decreto 2351 de 1965 y 6 de la Ley 50 de 1990. Este el caso específico del despido sea directo indirecto, el cual trataremos en otro acápite de este trabajo.

i. Por no regresar el trabajador a su empleo al desaparecer las causas de la suspensión del contrato. En el artículo 51 del CST se regulan los casos en los que hay lugar a la suspensión del contrato de trabajo, lo cual implica la interrupción de las obligaciones principales del contrato de trabajo, prestar servicios y remuneración de dichos servicios. La causal se estructura cuando desaparecen las causas de suspensión y el trabajador no se presenta a laborar. Lo más adecuado es que medie una notificación del empleador cuando haya cesado la causa de suspensión.

4.3. DESPIDO

De manera general se entiende como despido todo acto unilateral del empleador que busca la terminación del contrato de trabajo fundado o no en una causa establecida en la ley. Asimismo, en nuestra legislación se



consagra el despido indirecto o auto despido, el cual se presenta cuando el trabajador manifiesta una causa legal basada en un incumplimiento del empleador de sus obligaciones.

En materia de carga de la prueba, en el despido directo le corresponde al trabajador acreditar el despido, para que se traslade la carga de la prueba al empleador quien debe probar el supuesto de hecho de una de las causales taxativamente señaladas en la ley; en el despido indirecto, le corresponde al trabajador acreditar el incumplimiento del empleador para que luego, este deba acreditar que si cumplió con sus obligaciones respectivas.

No existe norma que establezca que el despido debe constar por escrito, sin embargo, lo ideal es que tanto en el despido directo como en el indirecto se manifieste por este medio.

Fundamental es el contenido del párrafo del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965 cuando señala que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación, sin que posteriormente pueda alegarse válidamente causales o motivos distintos, lo cual implica un actuar de buena fe por la parte que busca la extinción, sin que pueda alegar otra causal, independientemente de que la misma sea comprobada.

Del anterior precepto también se ha derivado el principio de causalidad del despido, según el cual, debe existir una relación de temporalidad entre la falta y el despido, de tal manera que no se esté alegando una causal que por el tiempo se entienda perdonada, salvo que se trate de hechos antiguos que el empleador o el trabajador, según el caso conocieren recientemente.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte ha sido enfática que el despido no es una sanción, lo que conduce a que no deba realizarse un procedimiento previo para despedirse, salvo que, en la ley, el reglamento, la convención u otro acto esté establecido el mismo.

Respecto a las causales 9 a 15 para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días.

De manera breve se hará un repaso de las causales de despido, así:



4.3.1. JUSTAS CAUSAS POR PARTE DEL EMPLEADOR

Consagradas en el literal a, del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965:

Numeral 1. Sufrir engaño por parte del trabajador mediante presentación de certificados falsos para su admisión o tendiente a obtener un provecho indebido. Se busca que prime la buena fe tanto en el inicio como en el desarrollo de la relación laboral. Según la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se requiere que el engaño se dé para la obtención de un provecho indebido.⁶⁸ Por otro lado, no es necesario que exista un proceso civil o penal que declare falso el documento, basta con que se acredite tal hecho.

Numeral 2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo. Como se puede ver, esta causal se estructura en el lugar de trabajo, sin que sea necesario que sea o no en horario de trabajo. No todo altercado que ocurra entre el trabajador y el empleador configura esta causal, ya que, este tipo de relaciones permite disenso y el deber de obediencia no va hasta el punto de que el trabajador abandone de su punto de vista, opinión etc.⁶⁹ Responder vigorosamente y con carácter a un superior jerárquico no puede equipararse a falta de respeto.⁷⁰

Numeral 3. A diferencia del anterior numeral se estructura el acto de violencia fuera del lugar de trabajo y requiere de un procedimiento previo de acuerdo con la sentencia C-299 de 1998⁷¹ emanada de la Corte Constitucional.

Numeral 4. Todo daño material causado a los edificios, obras, maquinarias etc., así como toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas y las cosas. Esta causal requiere en su primera parte un daño de manera intencional a la estructura física de la empresa y de equipos de trabajo; en la segunda parte se consagra como justa causa un acto de mera conducta por parte del trabajador que ponga en peligro a las personas y cosas, sin que se requiera que se haya consumado un daño.

Numeral 5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores. Se parte de la base de que acto inmoral es un concepto indeterminado

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia Radicación 42582, SL 700-2013 de 2 de octubre de 2013, Magistrado Ponente Jorge Mauricio Burgos Ruíz.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia radicación 30911 de 2 de marzo de 2009, Magistrado Ponente Gustavo José Gnecco Mendoza.

⁷⁰ Ibidem

⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia C-299/98 de 17 de junio de 1998, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

que dependerá de muchas circunstancias ideológicas, religiosas, políticas etc. En ese orden de ideas, se debe consultar la sentencia C-931 de 2014⁷² que declaró exequible dicho numeral, para entender que se trata de un comportamiento inmoral como aquel contrario al criterio de moralidad pública, el cual remite a los principios y valores fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos que constituyen el soporte de una convivencia libre, digna y respetuosa.

No se requiere que el acto delictuoso esté fundado en una sentencia judicial que lo determine, pues, y tal como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el juez laboral es competente para definir en juicio si el trabajador ha incurrido en actos inmorales o delictuosos

Numeral 6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del CST, o cualquier falta grave, calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

En la primera hipótesis la calificación de la falta le corresponde al juez; en el segundo evento la calificación de la falta está a cargo del reglamento, contrato de trabajo etc., sin que el juez pueda interpretar tal calificación. Por otro lado, no se requiere que exista daño o perjuicio al empleador, basta con que la falta sea grave, sin que se requiera acreditar la intención de causar daño.

En cuanto a la calificación hecha en cualquiera de los actos indicados, puede ser fuente de muchas arbitrariedades por parte del empleador, es por lo que, en ningún caso consideramos a pesar de la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que con dicha cláusula se pueden afectar derechos fundamentales, ni puede implicar un abuso del derecho por parte del empleador de su poder disciplinario, ni puede evadirse a través de dicha cláusula de situaciones que requieran un procedimiento previo. En todo caso, sería pertinente entender esta causal a partir de un diálogo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos anteriormente citada.

⁷² Corte Constitucional, Sentencia C-931/14 de 3 de diciembre de 2014, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

Es interesante analizar esta causal bajo la óptica de la sentencia C-636 de 2016⁷³ en cuanto a que se analizó la constitucionalidad del numeral 2 del artículo 60 CST en cuanto a que le está prohibido presentarse en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes, encontrando la Corte Constitucional ajustada la norma bajo el condicionante que la prohibición solo se configura cuando el consumo de alcohol, narcóticos y otras sustancias que afecte de manera directa el desempeño laboral del trabajador.

Numeral 7. La detención preventiva por más de 30 días, a menos que después sea absuelto. La detención preventiva sin que se permita asistir al lugar de trabajo impide la prestación del servicio, causal que desaparece si el trabajador es absuelto por el juez penal, lo que en la práctica dificulta aplicar esta justa causa⁷⁴.

Numeral 8. El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa. Se requiere que exista un perjuicio para la empresa, perjuicio que no necesariamente es de tipo económico. Esta norma debe concordarse con el artículo 58 numeral 2 del CST.

Numeral 9. El deficiente rendimiento en el trabajo, en relación con capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador. Esta causal requiere de un procedimiento especial establecido en el artículo 2 del Decreto 1373 de 1966 compilado en el Decreto 1072 de 2015, consistente en requerir al trabajador dos veces, cuando menos, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso inferior a ocho días; si subsiste el deficiente rendimiento debe presentar al trabajador un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efectos de que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes. Si empleador no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de los ocho días siguientes.

Numeral 10. La sistemática inexecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales. Debe tratarse de un incumplimiento sistemático de obligaciones convencionales o legales.

⁷³ Corte Constitucional, Sentencia C-636/16 de 17 de noviembre de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo
⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia Radicación 7979, Magistrado Ponente Rafael Méndez Arango, que es una reiteración de las sentencias SJ SL de 5 de julio de 1984, de 18 de octubre de 1985, de 17 de octubre de 1989; Corte Constitucional C-079/96, de 29 de febrero de 1996, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

Debe ser un incumplimiento regular, periódico o continuo por parte del trabajador. El empleador debe acreditar esa continuidad, además que cada vez que ello ocurrió, efectuó la correspondiente reconvención.⁷⁵

Numeral 11. Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento. En esta causal se debe establecer que el vicio causó efectivamente una perturbación en el centro de trabajo.

Numeral 12. La renuncia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del empleador o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes. Dentro de las obligaciones del empleador se encuentran las de garantizar la seguridad y salud en el trabajo, a fin de evitar accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En ese orden de ideas, la causal se estructura cuando de manera sistemática desatiende las medidas de seguridad que establece el empleador, las Administradoras de Riesgos Laborales y las autoridades respectivas.

Numeral 13. La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada. Esta causal se da cuando el trabajador no es apto para realizar la tarea encomendada, presentándose dificultades en cuanto a que muchas veces el ingreso de personal a la empresa viene precedido de diversas pruebas, amén de que, se suele pactar en los contratos de trabajo un período de prueba, interregno en el cual si el empleador no se convence de las labores desempeñadas puede desistir del contrato de trabajo sin que haya lugar a la indemnización.

Debe referirse a labores encomendadas en el contrato de trabajo, y no al referente al cambio abrupto de funciones sin la debida capacitación y la espera razonable de adaptación. Suscita problema esta causal frente a la extensión de la capacitación que se le dé al trabajador por parte del empleador.

Numeral 14. Reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación, vejez o invalidez estando al servicio de la empresa. Debe descartarse la hipótesis de que se estructura la causal cuando se reconoce la pensión de sobrevivientes, pues, nada tiene que ver con el servicio del trabajador a la empresa, como es obvio.

Por otro lado, la norma sólo habla del reconocimiento de la pensión de jubilación, sin decir nada respecto a la pensión de vejez, la cual se debe tener por incluida dado que en la época en que se redactó la norma, no

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia Radicación 8313, de 6 de junio de 1996, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.



existía un verdadero sistema de seguridad social como el vigente en este momento, en donde la pensión se construye con los aportes de trabajadores y empleadores al Sistema general de Pensiones.

Esta causal debe concordarse con el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 en la que se establece que el empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones. Este artículo fue declarado exequible de forma condicionada por la sentencia C-1037 de 2003 bajo el entendido de que además de la notificación del reconocimiento de la pensión, es necesaria la notificación al trabajador de su inclusión en nómina de pensionados correspondiente.

Numeral 15. La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador. Sea lo primero indicar que esta causal fue declarada exequible mediante sentencia C-79 de 1996⁷⁶ por parte de la Corte Constitucional. Con el advenimiento de la Ley 361 de 1997 y el fuero de estabilidad por salud se encuentra sin aplicación efectiva.

Mediante sentencia C-200 de 2019⁷⁷ declaró exequible dicha causal en el entendido de que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona por razón de su situación de salud cuando no exista autorización previa del inspector de trabajo.

4.3.2 JUSTAS CAUSAS POR PARTE DEL TRABAJADOR

Están previstas en el literal b del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, así:

Causal 1

El haber sufrido engaño por parte del empleador, respecto de las condiciones de trabajo. El contrato de trabajo debe ejecutarse de buena fe, obligando no solo a los que en dicho acto se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la relación de trabajo.

Como se explicará en otro aparte, el empleador cuenta con la posibilidad de ejercer el *ius variandi*, pero esta potestad no es absoluta ni irrazonable, por lo tanto, la causal se configura cuando el empleador, entre otras cosas, cambia

⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-079/96 de 29 de febrero de 1996, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-200/19 de 15 de mayo de 2019, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.



de manera sustancial y abrupta las condiciones de trabajo, sobrepasando los límites del contrato, de la convención colectiva, del reglamento interno de trabajo, así como los límites constitucionales y legales⁷⁸.

Causal 2

Violencia, malos tratamientos o amenaza grave contra el trabajador o su familia, dentro o fuera del servicio, o inferidas dentro del servicio por los parientes, representantes o dependientes del empleador con el consentimiento o tolerancia de este.

Para efectos de esta causal deben tenerse en cuenta la magnitud del hecho, las repercusiones del mismo que este tenga y las circunstancias en que se presentaron.⁷⁹ Los meros altercados en la forma analizada para la causal 2 de despido por parte del empleador, se predicán de esta causal.

Causal 3

Cualquier acto del empleador o de sus representantes que induzcan al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas.

En materia de actos ilícitos se debe acudir a las conductas punibles establecidas en el Código Penal. Por su lado, los actos contrarios a sus convicciones políticas y religiosas, se debe tener en cuenta lo dicho acerca de que el trabajador por el solo hecho de entrar a la empresa no pierde sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho al voto, ser miembro de partidos políticos, o, su libertad religiosa etc.

Esta causal se estructura sin que se tenga que obtener el resultado de la ilicitud, o que se consuma el acto contrario a las convicciones políticas y religiosas. En ese orden de ideas, es reprochable que el empleador o sus representantes induzcan al trabajador a realizar un acto ilícito, debido a que se espera un comportamiento ejemplar y en el que se garantice el respeto de la dignidad del trabajador.

⁷⁸ Corte Constitucional sentencia T-485 de 1998 de 9 de septiembre de 1998, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷⁹ Corte Constitucional sentencia C-299 de 1998 de 17 de junio de 1998, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

Causal 4

Todas las circunstancias que el trabajador no pueda prever al celebrar el contrato de trabajo, y que ponga en peligro su seguridad o su salud, y que el empleador no se allane a modificar.

Esta causal va ligada a la prevención de riesgo laborales y la garantía del derecho a la integridad física y psíquica del trabajador, respecto a los cuales el empleador debe tomar todas las medidas que sean necesarias para prevenir los riesgos y para evitar los daños, advirtiendo que es imposible llegar al riesgo cero.

La actitud del empleador debe ser renuente y sistemática a modificar las condiciones laborales que ponen en peligro la seguridad y salud de los trabajadores.

Causal 5

Todo perjuicio causado maliciosamente por el empleador al trabajador en la prestación del servicio. Un aspecto importante de esta causal es el elemento subjetivo que expresa la norma "maliciosamente", la cual es equivalente a dolo, el cual debe ser demostrado por el trabajador. De igual manera se debe acreditar el perjuicio causado y la relación de causalidad entre el perjuicio y la conducta del empleador, para que se pueda estructurar la causal.

Causal 6

El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales. Esta es la causal más socorrida por parte de los trabajadores en la práctica judicial. El incumplimiento debe ser sistemático, es decir, repetido o darse en varias oportunidades; no deben existir razones que justifiquen dicho incumplimiento; las obligaciones que se incumplen pueden ser legales o convencionales.

Causal 7

La exigencia del empleador, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se contrató.

Las partes acuerdan al celebrar el contrato de trabajo, la labor a desempeñar, objeto del contrato, y el lugar o los lugares en los cuales deben realizarse las actividades.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

Es indudable, que el empleador a partir del poder de dirección tiene la posibilidad de variar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar y tiempo, sin que tal variación pueda ser desproporcionada e irrazonable, y en caso de que se presenten unas alteraciones irrazonables y en lugares distintos, sin razones que se justifiquen, puede dar lugar a que el trabajador termine con justa causa el contrato de trabajo.

Causal 8

Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo de Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

La explicación dada respecto la causal sexta de justificación por parte del empleador, se aplica a esta causal, pero obviamente partiendo de la base de quien incumple es el empleador de sus obligaciones o prohibiciones.

4.4. OTROS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN QUE GENERAN UNA ESTABILIDAD SUPERLATIVA

4.4.1. TRABAJADORAS EN ESTADO DE EMBARAZO, LICENCIA DE MATERNIDAD O LACTANCIA.

Con fundamento en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, se presume que el despido fue efectuado por motivos de embarazo o lactancia, con la consecuencia de ser ineficaz el despido, cuando se da durante el período de gestación o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, si el mismo no es autorizado por el Ministerio de Trabajo.

La protección va más allá de los tres meses posteriores al parto y hasta el mes seis (6), pero invirtiéndose la carga de la prueba, debiéndose acreditar por la trabajadora que su desvinculación se dio por ocasión a su condición de lactante.

Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia e incluso Corte Constitucional el empleador debe conocer el estado de embarazo para que opere la protección a la madre en las condiciones antes referidas, suscitando en nuestro sentir una falta de protección a la mujer embarazada, pues, no existe norma en el sistema jurídico que establezca que el empleador deba conocer dicho estado, debiendo ser un sistema objetivo y no subjetivo como lo impone la jurisprudencia.



Pareja, cónyuge o compañero permanente de mujer embarazada o en lactancia que dependa económicamente del trabajador. En la sentencia C-005 de 2017 la Corte Constitucional amplió el ámbito de protección laboral de la maternidad extendiéndolo a la pareja, cónyuge o compañero permanente de mujer en estado de embarazo que dependa económicamente del trabajador y que tenga la condición de beneficiaria de este ante el Sistema de Seguridad Social. En este caso, opera la ineficacia del despido si no existe autorización del Ministerio de Trabajo.

4.4.2. PREPENSIONADOS

La Corte Constitucional ha considerado sujetos de especial protección a los prepensionados ante la dificultad de poder conseguir una alternativa laboral dada su edad. En estos eventos el despido se torna ineficaz si no media una justa causa para despedir. Ahora bien, se entiende como prepensionados a aquellos trabajadores que le falten tres años o menos para pensionarse, con la precisión hecha en la sentencia SU 003 de 2018 de que si el trabajador tiene las semanas cotizadas para acceder a la pensión y le falten solo tres (3) años o menos para cumplir la edad exigida en la ley, resulta improcedente la garantía.

4.4.3. TRABAJADORES BENEFICIARIOS DEL FUERO SINDICAL LEGAL O CONVENCIONAL

Estos trabajadores no pueden ser despedidos si no media autorización del juez laboral. En el evento en que sean despedidos sin mediar esta autorización resulta procedente el reintegro.

4.4.4. MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA

Mediante sentencia T-638 de 2016⁸⁰, la Corte Constitucional extendió al sector privado la estabilidad laboral reforzada para las madres o padres cabeza de familia establecida en la Ley 790 de 2002.

En efecto, el retén social, consagrado en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, precisa igualmente de un requisito temporal, al establecer que no se podrán retirar del servicio, en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, entre otros sujetos vulnerables.

⁸⁰ Sentencia T-638 de 2016 de 16 de noviembre de 2016, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.



En el caso especial de la mujer busca preservar las condiciones dignas de los menores y de las personas que se encuentren a cargo de ella, y esencialmente, se busca apoyar a la mujer frente a las cargas que ha tenido que soportar por razones sociales, culturales e históricas, para de esa manera abrirle oportunidades en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, garantizándole acceso a recursos escasos.

4.4.5. TRABAJADORES QUE HAYAN PRESENTADO QUEJA DE ACOSO LABORAL O HUBIEREN SIDO TESTIGO DE ACOSO.

El artículo 11 de la Ley 1010 de 2006 establece como garantía para los trabajadores que presenten peticiones, quejas o denuncias de acoso laboral y para quienes hubieren sido testigos en estos procedimientos, la ley le otorga la garantía de no poder ser despedidos dentro de los seis (6) meses posteriores a la presentación de la queja, al disponer expresamente que se tendrán como ineficaces las desvinculaciones unilaterales que ocurran durante ese lapso.

4.4.6. FUERO CIRCUNSTANCIAL.

De acuerdo con el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 se prohíbe a la empresa despedir a los trabajadores de sin justa causa, cuando hayan presentado pliegos de peticiones durante el conflicto colectivo, garantía que va desde la presentación del pliego de peticiones por parte del sindicato hasta la firma de la convención colectiva o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral.

4.4.7. TRABAJADORES A LOS QUE SE LES APLICA EL ARTÍCULO 6 DE LA LEY 50 DE 1990.

Esta norma mantuvo la garantía del reintegro para aquellos trabajadores que al 1 de enero de 1990 cuenten con 10 años o más de servicios y sean despedidos de manera unilateral y sin justa causa comprobada.

4.4.8. DESPIDOS COLECTIVOS.

El artículo 67 de la Ley 50 de 1990 establece el despido colectivo, el cual consiste en la desvinculación unilateral y sin justa causa de un porcentaje determinado en la norma según el número de trabajadores de la empresa en un período de seis meses. Para que proceda estos despidos se requiere de autorización del Ministerio de Trabajo, so pena de que si no cuentan con la misma el despido se torna ineficaz.



4.5. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIO FRENTE AL DESPIDO INJUSTIFICADO

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, en todo contrato va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

Partiendo de la disposición citada, el concepto de perjuicio derivado de la terminación injustificada del contrato de trabajo comprende el daño patrimonial, el cual está tarifado de acuerdo con la modalidad de contrato con base en el número de años laborados, salarios devengados y modalidad de contrato.

Así para los contratos a término fijo, la indemnización consiste en el pago de los salarios del tiempo que le faltare para cumplir el plazo estipulado en el contrato; o el lapso que faltare para terminar la obra o labor contratada, sin que en ningún caso pueda ser inferior a 15 días.

En los contratos a término indefinido se distingue si, el trabajador devengaba un salario inferior a 10 salarios mínimos mensuales legales, la indemnización consiste 30 días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor a un (1) año; 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.

Para los trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales, se le pagan veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviese un tiempo de servicio no mayor de un (1) año; si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

Se estableció una transición para los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la Ley 789 de 2002, tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, se les aplicará la tabla de indemnización establecida en los literales b, c, y d del artículo 6 de la Ley 50 de 1990, exceptuando el párrafo transitorio, el cual se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez (10) o más años al primero de enero de 1991.



4.5.1. PERJUICIOS MORALES

La Doctrina y la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, han considerado que el despido injustificado, además de la indemnización tarifada, puede producir otros tipos de daño, especialmente el moral, en el que no solo se ve afectado el patrimonio económico de la persona, sino que también se involucran los sentimientos.

Respecto a los perjuicios morales, recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁸¹, ha precisado que:

"Aun cuando el Código Sustantivo del Trabajo prevé una indemnización ante la terminación unilateral del contrato sin justa causa, la misma únicamente comprende, en los términos de su artículo 64, el lucro cesante y el daño emergente. Esto significa que es posible que se resarza el daño moral cuando quiera que se pruebe que este se configuró ante una actuación reprochable del empleador, que tenía por objeto lesionarlo, o que le originó un grave detrimento no patrimonial.

Es que la indemnización tarifada ante la terminación del contrato, como se dijo, solo cubre el daño patrimonial y deja por fuera que en excepcionales eventos, el trabajador puede demostrar que el despido realizado de manera injusta y arbitraria trajo consigo el menoscabo de aspectos emocionales de su vida tanto en lo íntimo, como en lo familiar o social.

Aunque es obvio que toda pérdida del empleo produce en el individuo frustración, tristeza o sentimientos negativos, tal situación no es la única que debe mirarse para imponer una condena por daño moral, dado que es necesario ponderar la manera como el trabajador se vio afectado en su fuero interno, y cómo la actividad de la empresa lo lesionó injustificadamente."

El daño extrapatrimonial, no afecta bienes patrimoniales económicos, pero si son todos aquellos que afectan la personalidad, derechos a la vida, la integridad, el buen nombre, la tranquilidad, por conductas hechas por el empleador.

El daño moral está circunscrito a la esfera sentimental y afectiva del sujeto, es decir, le corresponde a su órbita subjetiva, íntima o interna del sujeto, aspectos que se reflejan en el dolor, la perturbación de ánimo, angustia, zozobra, pena, desolación, sufrimiento, impotencia etc.

⁸¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Sentencia Radicación 39642, SL 14618-2014, Magistrada Ponente; Elsy del Pilar Cuello Calderón y Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Sentencia Radicación 42706, SL1715/2014, de 12 de febrero de 2014 Magistrada Ponente Elsy del Pilar Cuello Calderón.



4.5.2. DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN

Independientemente del nombre que se le asigne, además de los daños materiales y morales derivados de la terminación del contrato de trabajo, se puede generar el denominado daño a la vida de relación, conocido así por la Doctrina de la Sala de Casación Civil de la Corte, terminología que abandonó el Consejo de Estado, conociéndolo hoy como daño por la alteración de las condiciones de existencia, e incluso ha ido más allá reconociendo otra tipología de daño conocido como daño a otros bienes constitucionalmente protegidos.

El daño a la vida de relación hace referencia a las consecuencias del daño en cuanto al entorno de la persona y las actividades que realiza, tales como practicar deportes, escuchar música, departir con la familia, tener relaciones íntimas etc.

Este tipo de daño tiene las siguientes características: i) el perjuicio que se pretende indemnizar no lo constituye la lesión en sí misma, si no las consecuencias en la vida de relación de quien la sufre; ii) el perjuicio puede ocurrir no solo por una lesión corporal, sino por la afectación de cualquier derecho de la personalidad que afecte o pueda afectar la vida de relación de las personas; iii) lo puede sufrir la víctima directa del daño o un tercero, sea un pariente o un amigo; iv) este daño no se limita a los casos en que la víctima se ve imposibilitada respecto a actividades rutinarias, comprendiendo situaciones en las que las actividades pueden continuar efectuándose, pero implica un esfuerzo excesivo para el perjudicado; v) cubre los cambios bruscos y relevantes en las condiciones de una persona; vi) se puede probar con indicios o presunciones de hombre⁸².

4.6. DESPIDO NULO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe disposición que consagre el despido nulo por violación de derechos fundamentales del trabajador, solamente se dan unos casos muy puntuales de estabilidad reforzada, a saber: mujer embarazada, en cuyo evento procede despido siempre que exista una justa causa para lo cual se requiere de previa autorización del Ministerio de Trabajo; fuero sindical para proteger a directivos sindicales,

⁸² CSJ Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de mayo de 2008, radicación 1997-09327-01, Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete; Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Sentencia Radicación 30621 de 22 de enero de 2008, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia Radicación 73505, SL 5195- 2019 de 27 de noviembre de 2019, Magistrado Ponente Fernando Castillo Cadena.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

fundadores, miembros de comisión estatutaria de reclamos etc.; situaciones de acoso laboral; estabilidad o fuero por salud al trabajador discapacitado, incapacitado y en general en estado de debilidad manifiesta; los casos de retén social y prepensionados, despido colectivo sin autorización del Ministerio del Trabajo, fuero circunstancial etc.

Si se tiene en cuenta lo dicho en la unidad I, bajo los presupuestos de carácter normativo de la Constitución, aplicación directa de derechos fundamentales, tutela contra particulares en caso de subordinación o indefensión, resulta pertinente aplicar dichos derechos fundamentales disponiendo la nulidad del despido, lo cual trae como consecuencia el restablecimiento del contrato de trabajo con el pago de salarios y demás componentes restitutorios.

Ahora bien, por vía de la teoría mediata o indirecta, en la cual aplicamos derechos fundamentales a particulares a través de instituciones de derecho privado, como la nulidad, la buena fe, el abuso del derecho, es factible declarar nulo un despido aplicando normas del Código Civil, en donde se dice que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación (art. 1519 C.C); los derechos fundamentales hacen parte del derecho público de la nación; hay nulidad absoluta cuando existe objeto o causa ilícita (art. 1741 C.C); por lo tanto, cuando se desconoce un derecho fundamental en el acto de despido se torna nulo absolutamente.

La Corte Constitucional al despido nulo por violación de derechos fundamentales lo bautiza con el nombre de despido injustificado con pago de indemnización inaceptable constitucionalmente el cual se presenta cuando en la facultad de despedir se advierte un motivo inconstitucional que afecta los derechos fundamentales del trabajador, siendo el reintegro la manera de resarcir los derechos fundamentales conculcados.

Se puede consultar tal doctrina en las sentencias SU-256/96⁸³, SU 667/98⁸⁴, T-476/98⁸⁵, T-982/01⁸⁶, T-1328/01⁸⁷, T-965/11⁸⁸, T-616/12⁸⁹, T-735/12⁹⁰,

⁸³ Corte Constitucional, Sentencia SU-256/96, de 30 de mayo de 1996, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-667 de 1998, de 12 de noviembre de 1998, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia 476/98 de 8 de septiembre de 1998, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-982/01 de 13 de septiembre de 2001, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-1328 de 2001, de 10 de diciembre de 2001, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia T/965 de 2011 de 16 de diciembre de 2011, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-616/2012 de 2 de agosto de 2012, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-735/12, de 24 de septiembre de 2012, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

T-842 A/13,⁹¹ T-462/2015⁹² y T-239/18⁹³ entre otras, en las que se le han desconocido los derechos de asociación, libertad de expresión, libertad religiosa etc., a los trabajadores accionantes por parte del poder empresarial.

También se han presentado casos en donde se declara la ineficacia de la terminación contrato de trabajo por denunciar actos de acoso laboral y en otro evento se ordenó que volvieran a contratar a una persona a quien se le canceló su contrato de prestación de servicios por aparecer en una página de internet desnudo con su esposa. Se resalta la jurisprudencia de La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en materia de acoso laboral.

4.7. REINTEGRO SEGÚN LA SALA DE CASACIÓN LABORAL

En la sentencia SL 34424 del 2018, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo⁹⁴, se puede ver la doctrina de la Corte respecto al reintegro consagrado en el Decreto 2351 de 1965, así:

"(...)

Por otra parte, en relación con la figura del reintegro, la Sala considera oportuno señalar que esta fue inicialmente consagrada en el ordinal 5.º del artículo 8.º del Decreto 2351 de 1965 y procedía cuando el trabajador que tenía diez años continuos de servicios era despedido sin justa causa. No obstante, era al juez del trabajo a quien correspondía decidir entre ordenar la readmisión del empleado en las mismas condiciones laborales o el pago de la indemnización prevista en tal precepto, para lo cual debía estimar las circunstancias específicas acreditadas en el proceso, de suerte que si consideraba que la primera medida no era aconsejable, en razón de las incompatibilidades creadas por el despido, podía optar por imponer el pago de la indemnización".

4.8. DESPIDO SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Colombia aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos a través de la Ley 16 de 1972 y su Protocolo Adicional de San Salvador, incorporado al ordenamiento jurídico mediante la Ley 319 de 1996.

⁹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-842 A/13 de 18 de noviembre de 2013, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹² Corte Constitucional, Sentencia T-462/15 de 22 de julio de 2015, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹³ Corte Constitucional, Sentencia T – 239 de 26 de junio de 2018, Magistrada Ponente, Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia radicación 70342, SL 3424 -2018 de 9 de agosto de 2018, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.



El protocolo de San Salvador en su artículo 7, literal d, expuso:

“Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados parte en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional...”

A partir de los casos Lagos del Campo vs Perú, Trabajadores de Petro Perú y otros Vs Perú y Rocío San Miguel y otras vs Venezuela extraemos la siguiente doctrina de la Corte Interamericana de derechos Humanos en materia de despido.

El derecho al trabajo no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto del trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido, se realice bajo causas justificadas o debidamente motivadas; lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para proceder con dicha acción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.

Todo despido o terminación de contratos de manera arbitraria —sin mediar justificación o motivación— importa una sanción de máxima gravedad, y que en algunos casos se presenta con particulares características sancionatorias de mayor o especial gravedad, que requieren ampliamente una protección judicial. Así, al privársele a una persona de un derecho fundamental y en ocasiones indispensable para la supervivencia y realización de otros derechos, la lesión arbitraria al derecho al trabajo es susceptible de afectar incluso la propia identidad subjetiva de la persona e incluso trascender, afectando a terceros vinculados.

“...se desprende que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización [del derecho al trabajo]; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado, c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos."

4.9. FUERO DE ESTABILIDAD REFORZADA POR ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA

Con base en el artículo 13 Constitucional que da protección especial a los discapacitados y a las personas en estado de debilidad manifiesta, resulta razonable proteger no solo al que tenga un grado de discapacidad calificado, sino a aquellas personas que por sus condiciones físicas y psíquicas merecen un tratamiento especial del Estado y de los particulares.

Respecto a los particulares, le es aplicable la protección aludida en razón a la relación horizontal de los derechos fundamentales en su dimensión objetiva, como verdaderas normas que imponen obligaciones entre otros a los actores de una relación subordinada, como la derivada del contrato de trabajo.

El efecto de irradiación de los derechos fundamentales tiene la consecuencia de permear el ordenamiento jurídico y es por lo que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 debe interpretarse desde la Constitución Política, para cobijar no solo a los calificados con grado de pérdida severa y profunda, sino a todos los que presenten una debilidad manifiesta, más si se tiene en cuenta que para el caso fue ordenada la reubicación del empleado en otro puesto de trabajo.

El respeto de los derechos fundamentales por parte de los particulares tiene su origen en el cumplimiento de los deberes previstos en el artículo 95 de la Carta Política, cuando impone a toda persona el cumplimiento de la Constitución y de las Leyes; el respeto de los derechos ajenos y no abusar de los propios; así como, se les impone obrar conforme al principio de solidaridad social.

De la misma manera, el artículo 6 de la Carta Política prescribe que los particulares sólo son responsables por infringir la Constitución y las leyes.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

Igualmente, bebe su fuente la aplicación de los derechos fundamentales entre particulares, cuando el inciso final del artículo 53 de la Carta Política, expresa que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Tal enunciado, impone de manera directa la aplicación de las garantías de los trabajadores como tales y como ciudadanos; lo que muestra más trascendencia cuando se trata de trabajadores en condiciones de debilidad manifiesta, pues, despedirlos sin acudir al Ministerio del Trabajo para que autorice el mismo, afecta su dignidad humana, ya que implica un tratamiento como medio y no como fin en sí mismo, por ende, desconocedor de la misma.

Debe acotarse que, el último inciso fue declarado exequible de manera condicionada por la sentencia C-531/2000⁹⁵, en el entendido que, en aplicación de los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad, “carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”.

Ahora bien, para que prospere la ineficacia del despido por estabilidad reforzada con base en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es preciso que se cumplan varias condiciones, a saber:

- a) El trabajador se encuentra en debilidad manifiesta o en estado de vulnerabilidad, que se expresa a través de factores que afectan su salud, bienestar físico, mental o fisiológico, sin que sea necesario estar calificado, ni requerir un determinado porcentaje para tener derecho a la prerrogativa analizada (Entre otras, sentencia C-824/2011⁹⁶ y C- 606 de agosto 1º de 2012⁹⁷, en donde se precisó que la norma no excluye de la asistencia y protección necesarias a las personas con discapacidad leve o moderada).
- b) La desvinculación del empleado se produjo sin autorización previa de autoridad competente (Ministerio de Trabajo).

⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis

⁹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-824/11 de 2 de noviembre de 2011, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-606/12 de 1 de agosto de 2012, Magistrada Ponente Adriana María Guillén Arango



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

c) La terminación del contrato o desvinculación del trabajador por motivos discriminatorios se entenderá demostrada si se acreditan las dos primeras reglas señaladas, porque la carga de la prueba se traslada al empleador, quien debe demostrar que despidió al empleado con base en una justa causa, para poder oponerse válidamente a la protección constitucional.

d) Se debe pagar al trabajador una indemnización de 180 días de salario.

e) Si ello no ocurre, el despido será ineficaz y por tanto se deberá reintegrar y, según el caso, reubicar al trabajador.

Recientemente, en sentencia SU-049 de 2017⁹⁸, la Corte Constitucional ratificó su criterio en cuanto a que no solo se protege a las personas con pérdida de la capacidad moderada, severa y profunda, sino que cobija a toda persona en estado de debilidad manifiesta.

En consecuencia, el despido resulta discriminatorio debido a la situación de salud del trabajador si se acredita en el caso particular:

(a) Que el peticionario pueda considerarse una persona incapacitada, discapacitada, o en estado de indefensión, vulnerabilidad o debilidad manifiesta por su estado de salud;

(b) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación;

(c) Que se halle probado el nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador; y

(d) Que no medie la autorización del inspector del trabajo en los casos en que ella resulta menester.⁹⁹

Por su parte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia cambió su criterio acerca de que solo procedía la ineficacia del despido cuando el trabajador se encontraba calificado y su pérdida de capacidad laboral era igual o superior al 15%.

⁹⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU 049/ 2017 de 2 de febrero de 2017, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.

⁹⁹ Corte Constitucional Sentencia T-217/14 de 1 de abril de 2014, Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa y Corte Constitucional Sentencia T-461/ 2015, de 22 de julio de 2015, Magistrada Ponente Myriam Ávila Roldán



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

En sentencia SL 1360-2018, RAD 53394 de 11 de abril de 2018¹⁰⁰, se dijo:

"...Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

Con todo, la decisión tomada en tal sentido puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa.

De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Es en tal dirección que, a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se transformen en otros problemas sociales."

4.10. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Debe el discente comparar la actual posición en materia de protección del trabajador (a) en estado de debilidad manifiesta en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema, Sala de Casación Laboral (Sentencia SL 1360-2018, RAD 53394 de 11 de abril de 2018) con la sentencia SU 049 de 2017, establecer convergencias y divergencias, encuentros y desacuerdos, luego comparar con la sentencia de la Sala de Descongestión Laboral SL-2981 de 2019 y determinar en este último caso si se desconoce la jurisprudencia de la Sala Principal.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia Radicación 53394, SL-1360 de 11 de abril de 2018, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.



4.11. AUTOEVALUACIÓN

1. Diferencie entre estabilidad absoluta y relativa
2. Distinga entre terminación del contrato por causa legal y despido
3. Señale los casos en los diversos casos que dan lugar a reintegro en el derecho colombiano
4. ¿Qué importancia puede tener la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de despido en el Derecho Laboral Colombiano?
5. ¿Se puede seguir interpretando la causal sexta acerca de la calificación que hace el empleador en el contrato, reglamento u otro acto de la manera como lo viene haciendo la Corte Suprema Sala de Casación Laboral frente a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?
6. Además del perjuicio material tarifado que consagra el legislador, ¿qué otro tipo de perjuicio o daño se le puede causar al trabajador por el despido?
7. ¿En qué consiste el despido injustificado con indemnización inaceptable constitucionalmente?
8. Explique cómo opera el fuero por estabilidad por salud de que trata la Ley 361 de 1997

4.12. JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

- » C-079 de 1996, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.
- » C-079 de 1996, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.
- » T-485/1998, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.
- » C-299/1998, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.
- » SU/667 de 1998, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.
- » T-476/1998, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.
- » C-299/1998, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz
- » C-531/2000, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

- » T-982/ 2001, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- » T-1328/ 2001, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa
- » C-824/2011, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- » T-965/2011, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- » C-606/2012, Magistrada Ponente Adriana María Guillén Arango
- » T-616/2012 Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- » T-735/2012, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.
- » SU 070 / 2013, Magistrado Ponente Alexei Estrada Julio
- » T-842 A/2013, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- » T-217/2014, Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa
- » C-931/2014, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- » T-445/ 2015, Magistrada Ponente María Victoria Calle.
- » T-461/ 2015, Magistrada Ponente Myriam Ávila Roldán
- » T-462/2015, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.
- » C-636/2016 M.P Alejandro Linares Cantillo
- » T-638/ 2016 Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.
- » SU 049/ 2017, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.
- » T – 239/ 2018, Magistrada Ponente, Gloria Stella Ortiz Delgado
- » C-200/ 2019 Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

SENTENCIAS SALA DE CASACIÓN LABORAL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- » Radicación 7979 de 1996, Magistrado Ponente Rafael Méndez Arango.
- » Radicación 8313 de 1996, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.
- » Radicación 22842 de 2004, Magistrado Ponente Gustavo José Gnecco Mendoza.
- » Radicación 30621 de 2008, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

- » Radicación 30911 de 2009, Magistrado Ponente Gustavo José Gnecco Mendoza.
- » Radicación 38272 de 2013, Magistrado Ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve.
- » Radicación 42582, SL 700-2013 de 2013, Magistrado Ponente Jorge Mauricio Burgos Ruíz.
- » Radicación 39642, SL 14618-2014 de 2014, Magistrada Ponente Elsy del Pilar Cuello Calderón
- » Radicación 42706, SL1715/2014, de 2014 Magistrada Ponente Elsy del Pilar Cuello Calderón.
- » Radicación 38239, SL 3535-2015 de 2015, Magistrados Ponentes Elsy del Pilar Cuello Calderón y Rigoberto Echeverry Bueno.
- » Radicación 43846, SL1275-2016 de 2016, Magistrado Ponente Rigoberto Echeverry Bueno.
- » Radicación 53394, SL-1360 de 2018, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- » Radicación 73505, SL 5195-2019 de 2019, Magistrado Ponente Fernando Castillo Cadena.

SENTENCIAS SALA DE CASACIÓN CIVIL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- » Radicación 1997-09327-01 de 2008, Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete



4.13. BIBLIOGRAFÍA

- » BENÍTEZ PINEDO, JORGE MARIO, Límites constitucionales a la facultad de despido de parte del empleador. La influencia de la Constitución Política en el Derecho Laboral: escritos sobre algunos temas AAVV, Serie de Investigaciones No 23 en Derecho Laboral, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2019.
- » DACOSTA HERRERA, ANDRÉS FERNANDO, Las justas causas ben la terminación unilateral del contrato de trabajo, Derecho Individual del Trabajo, AAVVHerrera Vergara J.R. y Camacho-Ramírez A (eds académicos), editorial Universidad del Rosario, Bogotá 2019.
- » HERRERA VERGARA, JOSÉ ROBERTO Consecuencias de la terminación ilegal y sin justa causa del contrato, Derecho Individual del Trabajo, AAVV Herrera Vergara J.R. y Camacho-Ramírez A (eds académicos), editorial Universidad del Rosario, Bogotá 2019.
- » OLIVER GALÉ, CARLOS ALBERTO, Los Derechos Fundamentales del Trabajador en el Derecho Colombiano, Panorama Claroscuro, XV Encuentro Latinoamericano de Abogados Laboralistas de Trabajadores y Trabajadoras, Santiago de Cali, noviembre de 2019 (sin publicar).
- » OLIVER GALÉ, CARLOS ALBERTO, Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casos Lagos del Campo Vs Perú, Trabajadores Cesados de Petroperú y San Miguel Sosa y otras vs Venezuela. Encuentro de Jurisdicciones del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Cali, noviembre de 2019 (sin publicar).
- » PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL CARLOS, Los Derechos Laborales en la Constitución Española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.
- » PRECIADO DOMENECH, CARLOS HUGO, Teoría General de los Derechos Fundamentales en el Contrato de Trabajo, Aranzadi, Pamplona 2018.
- » VALDÉS SÁNCHEZ, GERMÁN. Derecho Laboral Individual, editorial Legis, primera edición 2018.



UNIDAD V - SALARIO

OBJETIVO GENERAL

Comprender el marco teórico relacionado con el concepto de salario y las diferentes formas de compensación del trabajo.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- » Permitir que se distinga por parte de los diversos operadores jurídicos los criterios establecidos por las normas y la jurisprudencia para diferenciar los conceptos constitutivos de salarios de los que no tienen esa condición.
- » Aplicar los criterios establecidos por las normas y la jurisprudencia para garantizar la defensa de los salarios de los trabajadores frente a las situaciones concretas que se le presenten a los jueces, así como garantizar la igualdad salarial a partir de patrones constitucionales e internacionales.

5.1. CONCEPTO DE SALARIO

El concepto de salario desde el ámbito de los instrumentos internacionales, en especial, desde la perspectiva de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Convenio 95 de 1949, aprobado por la Ley 54 de 1962, entiende por salario "...La remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre debe evaluarse en efectivo, fijada en acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o debe efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar."¹⁰¹

Desde el prisma de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en especial, la sentencia de 2 de Julio de 2008 Rad. 31089 MP. Dr. Camilo Tarquino Gallego¹⁰², en un caso en que la convención colectiva dice salario se entiende que es todo lo que lo constituya. Dice la Corte:

¹⁰¹ Sobre concepto de salario según la Organización Internacional del Trabajo y sobre el pago oportuno de salario, es pertinente: Corte Constitucional, Sentencia SU-955 de 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia radicada 31089 de 2 de julio de 2008, Magistrado Ponente. Camilo Tarquino Gallego



"El artículo 14 de la Convención (fls 115 cuaderno 1), en lo pertinente consagra que "En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del Banco, en los contratos a término indefinido la indemnización de que trata el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo que dará así: a) 50 días de salario mensual cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un año". Del texto reproducido no se desprende que las partes pactantes hubieran convenido que el salario a tener en cuenta fuera el básico, es decir, expresamente así no se plasmó. De modo que en este caso el salario pertinente es el promedio, dado que dentro de la definición, según lo prevé el artículo 127 del C.S.T., también deben incluirse "todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones".

Desde el ámbito de los trabajadores oficiales, el Decreto 1160 de 1947 artículo 6 y el artículo 2 de la Ley 65 de 1946, nos muestran que salario no solamente es el básico, sino todo lo que se perciba a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como prima móvil, las bonificaciones etc.

Al respecto, pueden verse las casaciones de 25 de mayo de 2009, radicación 32186¹⁰³ y radicación 7178 de 6 de febrero de 1995¹⁰⁴ entre otras. La jurisprudencia explica que en el caso de los trabajadores oficiales no existe norma legal que defina el concepto de salario, debiéndose acudir a las normas legales dictadas con relación a ese grupo de trabajadores, en particular los antes citados que precisan los factores salariales para liquidar el auxilio de cesantía.

5.2. PAGOS QUE CONSTITUYEN SALARIOS Y PAGOS QUE NO SON SALARIOS

Los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del trabajo han delimitado los aspectos integrantes del salario, estos son:

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 25 de mayo de 2009, radicación 32186, Magistrado Ponente Gustavo José Gnecco Mendoza.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 6 de febrero de 1995, radicación 7178 Magistrado Ponente Rafael Méndez Arango



"ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES.

Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS.

Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:

No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad."

Un pago es constitutivo de salario, cuando tiene carácter retributivo, oneroso, no gratuito ni por mera liberalidad e ingreso personal, siendo lo último equivalente a decir que, que el pago ingrese realmente al patrimonio del trabajador y es por lo que, no constituye salario lo concedido por el empleador al trabajador con el fin de mejorar el desempeño de las funciones asignadas, tal como los gastos de representación, los medios de transporte, los elementos de trabajo y semejantes.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en diversas sentencias ha manifestado sobre los criterios que identifican a un pago como salario. En sentencias de 10 de julio de 2006, radicación No 27325¹⁰⁵, reiterada en la sentencia de 29806, de 13 de mayo de 2008¹⁰⁶, señaló:

"Lo anterior indica que un elemento caracterizador del salario es que corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas, es decir, un salario fijo, o uno variable, o uno compuesto por una suma fija y otra variable, en dinero o en especie, así que cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario, como ocurre, por ejemplo, cuando se trata de trabajo suplementario, horas extras, trabajo en días de descanso obligatorio o en las ventas realizadas por el trabajador. En estos casos, cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, será ineficaz".

El fin del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, con la modificación sufrida por la Ley 50 de 1990, en cuanto a que se permite que convencional o contractualmente, las partes acuerden en forma expresa que algunos pagos habituales no constituyan salario, no permite excluir los componentes que normalmente son salarios como la remuneración habitual, las horas extraordinarias, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre las ventas y comisiones, respecto de los cuales el artículo 127, no permite que se excluyan como salarios.

Así lo ha entendido la Sala Laboral de la Corte Suprema, en la aludida sentencia 29806¹⁰⁷, cuando señaló:

Luego, si el pago realizado a la accionante tenía todas las características del salario y correspondía realmente al concepto de comisiones, independientemente de la denominación que se le diera, no podía excluirse como parte del salario retributivo del servicio, porque, tal cual lo señala el recurrente, esa naturaleza salarial proviene del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, y no se le puede desconocer por lo dispuesto en el 128, puesto que él no permite restar el carácter salarial de cualquier pago al que se refieran

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 10 de julio de 2006, radicación 27325, Magistrado Ponente Luis Javier Osorio López

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 13 de mayo de 2008, radicación 29806, Magistrados Ponentes Gustavo José Gnecco Mendoza y Eduardo López Villegas.

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 13 de mayo de 2008, radicación 29806, Magistrados Ponentes Gustavo José Gnecco Mendoza y Eduardo López Villegas.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

los acuerdos celebrados por los contratantes, sino que procede sólo frente a algunos auxilios o beneficios. Pero, como también lo ha dicho la Sala de manera reiterada, en modo alguno puede aceptarse que esa última normatividad incluya todos los conceptos o rubros, como las comisiones, que por su origen, naturaleza y finalidad, quedan por fuera de la posibilidad que ofrece el mencionado artículo 128, de negar la incidencia salarial de determinados pagos en la liquidación de prestaciones sociales o de otras acreencias laborales.

De allí que no podía el juez de primer grado, sin transgredir la ley, darle validez al pacto o escrito por medio del cual se desfiguraba la naturaleza salarial de las comisiones, porque el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo prevé la ineficacia de las estipulaciones o condiciones que sean contrarias a la ley”.

5.3. DERECHOS DEPORTIVOS NO SON SALARIOS

Los derechos deportivos fueron consagrados normativamente por los artículos 32, 34 y 35 de la Ley 181 de 1995, la cual estableció que:

“ARTÍCULO 32. Únicamente los clubes con deportistas profesionales o aficionados, podrán ser poseedores de los derechos deportivos de los jugadores o deportistas. En consecuencia, queda prohibido a aquéllos disponer por decisión de sus autoridades que el valor que reciban por tales derechos pertenezca o sea entregado a persona natural o jurídica distinta del mismo club poseedor.

ARTÍCULO 34. Entiéndase por derechos deportivos de los jugadores o deportistas, la facultad exclusiva que tienen los Clubes Deportivos de registrar, inscribir o autorizar la actuación de un jugador cuya carta de transferencia le corresponde, conforme a las disposiciones de la federación respectiva. Ningún club profesional podrá transferir más de dos (2) jugadores o deportistas en préstamo a un mismo club, dentro de un mismo torneo.

ARTÍCULO 35. Los convenios que se celebren entre organismos deportivos sobre transferencias de deportistas profesionales, no se consideran parte de los contratos de trabajo. En razón de estos convenios no se podrá coartar la libertad de trabajo de los deportistas. Una vez terminado el contrato de trabajo, el jugador profesional transferido temporalmente regresará al club propietario de su derecho deportivo. Si el club propietario del derecho deportivo, no ofreciere formalmente un nuevo contrato laboral o transferencia temporal al jugador, dentro de un plazo no mayor de seis (6) meses, el jugador quedará en libertad de negociar con otros clubes, de acuerdo con los reglamentos internacionales, sin perjuicio de las acciones laborales que favorezcan al jugador.”



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

Estas reglas deben de ser concordadas con lo preceptuado por la Corte Constitucional, en la Sentencia T- 740 de 14 de septiembre del 2010¹⁰⁸, así:

"En este contexto, el intérprete constitucional advirtió que el lenguaje empleado por el legislador parecía conferirle a los clubes una verdadera propiedad sobre sus jugadores, lo cual a la luz de la Constitución es incompatible "ya que desconoce la dignidad de los deportistas, a quienes cosifica, y vulnera la terminante prohibición de la esclavitud y la trata de personas (...), pues parece convertir a los clubes en propietarios de individuos", sin que ello implique que la figura de los derechos deportivos sea ilegítimo, los cuales deben ser entendidos desde el marco constitucional como compensaciones económicas que se pagan a un club deportivo específico, pues "los pagos por las transferencias no constituyen una venta del jugador, quien es persona y puede libremente contratar".

En el medio futbolístico, cuando el jugador es propietario de sus derechos deportivos y se vincula con un club profesional de fútbol, generalmente celebra un convenio por la cesión en préstamo, mediante el cual se negocia una retribución económica para registrar, inscribir o autorizar la actuación de un jugador cuya carta de transferencia le corresponde.

Se puede apreciar que dicho pago no remunera la prestación personal del servicio, sino que tiene una característica de estar condicionado a una cantidad exacta de tiempo y a una suma exacta de dinero, por lo tanto, a pesar de entrar a constituir parte del patrimonio del trabajador, no constituye un factor salarial.

5.4. COMISIONES

De acuerdo con los elementos que indican que un pago es salario, no queda duda que las comisiones por ventas son pagos que constituyen salarios. Respecto a ellas, hay que distinguir entre comisiones por venta y por recaudo, ya que las primeras se causan por el solo hecho de la venta por parte del empleador, en cambio las segundas se causan por lo que efectivamente recaude el trabajador.

5.5. VIÁTICOS

Se definen los viáticos como aquella suma de dinero que el empleador le suministra a su trabajador para cubrir los gastos que a este último le implique el cumplimiento de ciertas tareas o funciones encomendadas

¹⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia T 740 del 14 de septiembre del 2010, M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

en un lugar diferente de aquel en que habitualmente realiza su labor, tendientes a cubrir principalmente erogaciones por concepto de transporte, manutención y alojamiento.¹⁰⁹

Partiendo del contenido del artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, solo los viáticos permanentes son constitutivos de salario en aquella parte que se destina a manutención y alojamiento, aspecto que debe tenerse en cuenta para liquidar prestaciones sociales y aportes a la seguridad social. No es salario lo que se reserva para medios de transporte y gastos de representación.

El carácter de permanencia de que trata la disposición no solo se deriva de la periodicidad de los desplazamientos, sino de la actividad ejecutada por el trabajador por fuera de la sede habitual, la cual debe enmarcarse en el ámbito de su contrato de trabajo y del desempeño de la labor subordinada.¹¹⁰

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que los viáticos permanentes tengan incidencia salarial se requiere de la concurrencia de los siguientes requisitos: a) tengan el carácter de habitual; b) los desplazamientos sean por órdenes del empleador; c) las actividades encargadas estén relacionadas con funciones propias del cargo; d) se otorguen para gastos de manutención y alojamiento¹¹¹.

5.6. IGUALDAD SALARIAL

El Convenio 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, artículo 1, establece que la discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

¹⁰⁹ BOTERO ZULUAGA, G, *El Salario, Derecho Individual del Trabajo*, Herrera Vergara J.R. y Camacho-Ramírez A (eds académicos), editorial Universidad del Rosario, Bogotá 2019, pág 236

¹¹⁰ BOTERO ZULUAGA, GERARDO, op. cit. pág. 237

¹¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 27 de julio de 2001, radicación 15568 de 27 de julio de 2001, Magistrado Ponente Francisco Escobar Henríquez; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 27 de septiembre de 2002, radicación 18891, Magistrado Ponente José Roberto Herrera Vergara y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 11 de abril de 2018, radicación 52287, SL 416 de 2018, Magistrados Ponentes Gerardo Botero Zuluaga y Jorge Mauricio Burgos Ruíz.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

La Recomendación 111 de la OIT, precisa:

"2. Todo Miembro debería formular una política nacional encaminada a impedir la discriminación en materia de empleo y de ocupación. Esta política debería ser aplicada mediante medidas legislativas, contratos colectivos entre las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores u otros métodos compatibles con las condiciones y las prácticas nacionales, teniendo plenamente en cuenta los siguientes principios:

(a) el fomento de la igualdad de oportunidad y de trato en materia de empleo y ocupación es asunto de interés público;

(b) todas las personas, sin discriminación, deberían gozar de igualdad de oportunidades y de trato en relación con las cuestiones siguientes:

(i) acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación;

(ii) acceso a los medios de formación profesional y admisión en un empleo de su propia elección, basándose en la aptitud individual para dicha formación o empleo;

(iii) ascenso de acuerdo con la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona;

(iv) seguridad en el empleo;

(v) remuneración por un trabajo de igual valor;

(vi) condiciones de trabajo, entre ellas horas de trabajo, períodos de descanso, vacaciones anuales pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, servicios sociales y prestaciones sociales en relación con el empleo;..."

Sobre el derecho a la igualdad, es pertinente acotar lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-250/12¹¹², cuando indicó:

"De los diversos contenidos del principio general de igualdad, surgen a su vez el derecho general de igualdad, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, se trata entonces de un derecho fundamental que protege a sus titulares frente a los comportamientos

¹¹² Corte Constitucional, Sentencia C- 250 de 28 de marzo de 2012, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

discriminatorios o igualadores de los poderes públicos, el cual permite exigir no sólo no verse afectados por tratos diferentes que carecen de justificación sino también, en ciertos casos, reclamar contra tratos igualitarios que no tengan en cuenta, por ejemplo, especiales mandatos de protección de origen constitucional.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional colombiana ha diseñado una metodología específica para abordar los casos relacionados con la supuesta infracción del principio y del derecho fundamental a la igualdad, se trata del juicio integrado de igualdad, cuyas fases constitutivas fueron descritas en las sentencias C-093 y C-673 de 2001. Este juicio parte de un examen del régimen jurídico de los sujetos en comparación, precisamente con el objeto de determinar si hay lugar a plantear un problema de trato diferenciado por tratarse de sujetos que presentan rasgos comunes que en principio obligarían a un trato igualitario por parte del legislador. Posteriormente se determina la intensidad del test de igualdad de conformidad con los derechos constitucionales afectados por el trato diferenciado, para finalmente realizar un juicio de proporcionalidad con sus distintas etapas – adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto- sobre el trato diferenciado”.

Por otro lado, es trascendental la sentencia de 10 de diciembre de 2014 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en donde utilizó el sistema de bandas salariales para determinar si existía un trato diferente e injustificado que diera lugar a la vulneración al derecho a la igualdad, al respecto precisó en el radicado No. 44317, MP. Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve:

“Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia. Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adoctrinado anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de nov. 2005, Rad. 2457”.

Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7° de la L. 1496/2011, según la cual «Todo trato diferenciado en materia salarial o



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática- de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador dado que está en mejores condiciones para producir la prueba, justificar la razonabilidad de dicho trato.

...Ante lo cual cabe decir que si bien puede el empleador establecer un trato remuneratorio diferente para dos trabajadores que han desempeñado el mismo cargo, en la misma jornada, para que ese trato disímil sea legítimo tendrá que acreditar motivos relevantes, en cuanto a la diferente eficiencia de ellos, es decir, acreditar que el factor subjetivo es dispar. Pero para ese efecto deberá demostrar que, estando ambos en la misma “banda” salarial, quien devenga mejor remuneración exhibe o exhibió mejor eficiencia, conforme a criterios pre-establecidos, objetivos y medibles.

De ahí que la Sala considere que la aplicación del denominado “sistema de bandas” puede reputarse legítimo para establecer diferencias remuneratorias entre dos trabajadores que tienen el mismo puesto de trabajo, con la misma jornada, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: i) que los criterios de calificación sean objetivos, vale decir, que no impliquen segregación indebida, lo que significa que no sean contrarios a los principios y valores constitucionales y a las reglas legales; y ii) que el empleador compruebe que dichos criterios ha sido aplicados a los trabajadores objeto de comparación, de forma sistemática y periódica. No basta, pues, con acreditar la existencia de una política de remuneración, sin que se demuestre que ella ha sido aplicada regularmente a los trabajadores que se comparan.

Significa la anterior norma (lit. b), que, aparte de los motivos irrelevantes «clásicos» (raza, color, sexo, etc.), será inadmisibles como criterio de diferenciación en el trabajo «cualquier otra distinción exclusión o preferencia», que tenga por efecto la anulación o alteración de la igualdad de trato. De esta manera, las diferencias en las retribuciones de trabajadores que desempeñen iguales trabajos, solo podrán justificarse cuando ellas obedezcan a criterios objetivos, lo que no aconteció en este caso, ya que la accionada no acreditó significativamente cuáles habían sido los motivos para la diferencia de trato retributivo hacia el demandante. (...)



5.7. MODALIDADES DE SALARIO

A partir del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo se extraen diversas modalidades salariales que pueden pactar empleadores y trabajadores, a saber:

Jornal y sueldo: son modalidades por unidad de tiempo, el primero es el salario estipulado por días, teniendo en cuenta el número de horas laboradas en el día; el segundo es la remuneración acordada por períodos mayores de días, sea semanal, quincenal o mensual.

Ordinario o integral, en el primero se remunera única y exclusivamente la prestación directa del servicio; el segundo, comprende además de la prestación directa del servicio, el pago de tiempo suplementario, dominicales y festivos, prestaciones sociales.

De acuerdo con la forma de causación, puede ser fijo, variable o mixto, dependiendo de si se causa en la totalidad, independientemente de la productividad o eficiencia del trabajador, o si presenta variaciones, de acuerdo con la eficiencia del trabajador, ora, una combinación de ambas modalidades.

Por unidad de tiempo, cuando se remunera la actividad del trabajador en virtud de una jornada laboral cumplida por este y previamente establecida.

El salario se puede pactar en dinero o en especie, mediante el suministro de la alimentación, habitación o vestuario para el trabajador o su familia. El salario no puede pactarse en su totalidad en especie. Para quienes devengan un salario mínimo mensual legal vigente, el salario en especie no puede exceder del 30%; si se devenga más de un salario mínimo legal vigente se permite el pacto de salario en especie hasta el 50%. Debe quedar claro en el contrato el pacto del porcentaje, pues, de lo contrario debe acudir a la prueba pericial.

Sobre el salario integral resulta pertinente indicar que, a partir de la sentencia de 25 de abril de 2005, radicación 21396 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral¹¹³, se pueden extraer varias subreglas de esta modalidad salarial, a saber:

a. Esta modalidad salarial hace referencia a una suma única convenida libremente y por escrito constituida por dos elementos, a saber, uno que retribuye el servicio-salario ordinario-; incluye todas las sumas que la empresa paga al trabajador y que por mandato legal tengan naturaleza

¹¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 25 de abril de 2005, radicación 21396, Magistrada Ponente Isaura Vargas Díaz.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

salarial; en tanto que el segundo componente es la proporción o porcentaje de prestaciones sociales y beneficios, legales o extralegales, que no tengan naturaleza salarial, indemnizatoria o remuneratoria del descanso (vacaciones) y hubieren sido pagadas por el empleador a todos los trabajadores en la anualidad inmediatamente anterior, proporción ésta que se entiende compensatoria de tales prestaciones y beneficios cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie, denominado -factor prestacional-.

b. Cuando el salario ordinario pactado sea igual a 10 salarios mínimos legales mensuales, y no se cuente con el factor prestacional de la empresa, se tendrá por tal el 30% de aquella cuantía, equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales, es decir, el salario integral estará compuesto por 13 salarios mínimos legales mensuales.

c. Si el salario ordinario convenido es igual a 10 salarios mínimos y el factor prestacional de la empresa supera el 30%, este factor será el que deberá sumarse para cuantificar el salario integral.

d. Si el salario ordinario convenido es igual a 10 salarios mínimos y el factor prestacional de la empresa es inferior al 30%, se tendrá como factor prestacional el equivalente al 30%, que deberá adicionarse a los 10 SMLM, para efectos de totalizar el salario integral. Es decir, en total 13 SMLM.

e. Si el salario ordinario acordado supera los 10 SMLM, y no se demuestra el factor prestacional de la empresa, se tendrá como tal el que acuerden las partes, siempre y cuando no sea inferior al 30% del salario ordinario convenido.

Lo anterior, por cuanto es claro que el elemento teleológico de la norma fue proteger a los trabajadores al determinar una compensación mínima legal del componente prestacional, que la tasó en 30% aplicable sobre el salario ordinario que efectivamente perciba el empleado, y no la de determinar una cuantía mínima sin consideración al monto de la remuneración ordinaria pactada, porque de entenderse así, conduciría al absurdo de que ante ausencia de prueba del factor prestacional de la empresa, siempre se tomase el 30% como referente a los 10 S.M.L.M., desconociendo el real salario ordinario – respecto del cual se entiende debe compensar tales prestaciones y beneficios-; porque cuando el precepto legal alude al “respectivo salario”, lo hace refiriéndose al salario ordinario del trabajador, el cual como es obvio puede variar legalmente superando los 10 S.M.L.M., y es frente al devengado como ordinario bajo los parámetros legales, que debe operar ese componente prestacional.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

Para la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa y el período vacacional de trabajadores con salario integral, se debe partir del 100% del salario y en el evento de la cancelación de aportes parafiscales al Sistema General de Seguridad Social la base es del 70%.

Por otro lado, sobre el salario mínimo debe indicarse que es la suma que como mínimo debe pagarse al trabajador por una jornada ordinaria de labores. Este salario mínimo puede ser convencional o legal, en el primer caso la empresa se pone de acuerdo con el sindicato para establecer una remuneración superior al mínimo legal, pero en ningún caso puede ser inferior al mínimo legal. El legal se fija por el Gobierno Nacional previo consulta a la Comisión Permanente de Políticas Laborales y Salariales de carácter tripartita (gobierno, empleadores y trabajadores), prevista en el artículo 56 de la Ley 278 de 1996.

En principio, ningún trabajador puede devengar menos del salario mínimo legal mensual vigente, salvo que se acuerden jornadas inferiores a la máxima legal, en cuyo caso se fija en proporción a esa unidad de tiempo.

En un proceso en que se debate una relación de trabajo subordinado, si no es posible determinar el salario, pero sí la prestación del servicio y los extremos temporales, la jurisprudencia ha entendido que debe procederse a liquidar las prestaciones, descanso e indemnizaciones con base en el salario mínimo legal mensual vigente para cada año.



5.8. REMUNERACIÓN DEL TRABAJO SUPLEMENTARIO¹¹⁴



Uno de los temas más controvertidos en la práctica judicial colombiana es el del pago de horas extraordinarias, puesto que, en muchos casos se prueba que se realizó trabajo suplementario, pero no es posible la liquidación de dicho tiempo de trabajo, al no acreditarse el número de horas, ni los días en que se laboraron dichas horas extraordinarias.

Para hablar de horas extraordinarias se debe indicar antes que, la jornada ordinaria de trabajo es la que convengan las partes y a falta de convenio la máxima legal (art. 158 CST). Ahora bien, en ese orden de ideas, el trabajo suplementario o de horas extras es el que exceda de la jornada ordinaria y en todo caso el que exceda de la máxima legal (art. 159 CST).

El trabajo diurno va desde las 6:00 am hasta las veintiún horas (9:00 pm), y el trabajo nocturno es el que se realiza entre las veintiún horas (9:00 pm) y las seis horas (6:00 am) (art. 160 CST); la jornada ordinaria es de 8 horas al día y 48 horas semanales (art. 161 CST); quedan excluidos de la jornada máxima legal entre otros trabajadores los que desempeñen cargos de dirección, confianza o de manejo (art. 162 CST); se pueden repartir las 48 horas semanales de trabajo ampliando la jornada diaria hasta por 2 horas por acuerdo entre las partes, con el fin exclusivo de permitir a los trabajadores el descanso durante todo el sábado.

¹¹⁴ Dibujo tomado del libro *Derecho Sindical* del profesor Manuel Carlos Palomeque López, revisado por DJAMIL TONY KAHLE CARRILLO, editorial CEF, tercera edición, Madrid 2016, pág. 108.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

Por otro lado, las horas de trabajo deben distribuirse al menos en dos secciones con un intermedio de descanso que se adopte racionalmente a la naturaleza del trabajo y a las necesidades de los trabajadores; el trabajo de horas extraordinarias diurnas o nocturnas no podrán exceder de 2 horas diarias y de 12 semanales.

El trabajo nocturno se remunera con un recargo del 35% sobre el trabajo diurno, el extra diurno sobre el 25% y el extra nocturno sobre el 75% del trabajo ordinario diurno.

5.9. PROTECCIÓN DEL SALARIO

El legislador ha establecido diversos mecanismos tendientes a proteger el salario de los trabajadores, ello dado el carácter tuitivo y compensador de desigualdades propios del Derecho del Trabajo. Destacamos dentro de los mecanismos para proteger el salario, los siguientes:

a) Ineficacia del pacto del salario por debajo del mínimo legal mensual vigente, protección que devine del contenido del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo. Tal como se dijo en otro aparte de este trabajo, la única excepción que se presenta a esta regla es la atinente a que se puede cancelar una suma inferior al mínimo en el trabajo cuya jornada sea inferior a la ordinaria y de manera proporcionada.

b) Inembargabilidad del salario mínimo legal, salvo en el caso de cooperativas o alimentos. El salario superior al mínimo legal es embargable hasta en 1/5 parte de lo que exceda el mínimo legal. Esta protección deviene del contenido de los artículos 154, 155 y 156 del Código Sustantivo del Trabajo.

c) Prohibición de descuentos del salario por parte del empleador sin autorización escrita del trabajador. En ese orden de ideas, del contenido del artículo 149 del CST el empleador no puede deducir, retener o compensar el salario, sin orden escrita del trabajador, o por mandato judicial, o bien, sea por disposición legal. Dentro de los descuentos ordenados por ley, es decir, sin que sea precisa la orden del trabajador, se encuentran: el embargo de salario, descuentos a seguridad social, obligaciones contenidas en libranzas, cuotas sindicales.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema tiene adoctrinado, que cuando los descuentos o compensaciones se hacen después de terminado el contrato de trabajo, no se requiere para ello de autorización escrita del trabajador.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

Sobre el tema, se puede consultar las sentencias de 10 de septiembre de 2003 radicación 21057¹¹⁵, reiterada en decisiones del 12 de noviembre de 2004, 12 de mayo de 2006, 19 de octubre de 2006 y 3 de julio de 2008, radicaciones 20857¹¹⁶, 27278¹¹⁷ y 27425¹¹⁸, entre otras.

d) Prohibición de pago de salarios en cantinas o sitios de diversión, salvo que se trate de trabajadores al servicio de estos establecimientos, a efectos de evitar que el trabajador malgaste su salario. Hoy normalmente el pago se realiza a través de cuentas bancarias, sin que sea obligatorio por parte del trabajador abrir cuentas para recibir su salario, tal como se desprende de la sentencia C-041 de 2000¹¹⁹.

e) Prohibición de discriminación en materia de salarios, respecto a lo cual rige el principio a trabajo igual salario igual, a que hemos hecho referencia en otro aparte de este trabajo.

f) Prelación de pago frente a otros créditos que tenga el empleador, lo que implica que los créditos laborales causados y exigibles gozan de una ubicación privilegiada para su pago, tal como se desprende del contenido del artículo 157 del CST en concordancia con el artículo 2495 del Código Civil.

5.10. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

5.10.1. CASO I

A partir de la jurisprudencia citada anteriormente y del Convenio 100 de la OIT, los discentes deben analizar el siguiente caso:

El señor Pedro tiene contrato como aseo nivel 2 y a 2015 recibe como básico la suma de \$1'371.992 y según las pruebas obrantes en el proceso, el señor Jorge es aseo, nivel 01, con una asignación de \$2'720.776; Wilberto es aseo nivel 01, con una asignación de \$2'720.776, el señor Rafael a partir del mes de agosto de 2012 se le incrementó el salario básico de \$1'180.994 a \$2'575.408, estando dicho básico en 2014 en la suma de \$2'720.776,

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 10 de septiembre de 2003, radicación 21057, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas.

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 12 de noviembre de 2004, radicación 20857, Magistrada Ponente Isaura Vargas Díaz

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 12 de mayo de 2006, radicación 27278, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas.

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 19 de octubre de 2006, radicación 27425, Magistrado Ponente Francisco Javier Ricaurte Gómez.

¹¹⁹ Corte Constitucional Sentencia C-041 de 2000, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

ocupando el cargo de aseo nivel 2. Todos los trabajadores cumplen las mismas funciones. El señor Pedro se vinculó con la empresa e mediante varios contratos de trabajo sucesivos a término fijo desde el 16 de enero de 1993 hasta el 1 de agosto de 2001. A partir de esta última fecha celebró contrato a término indefinido. Los demás trabajadores estaban vinculados por contrato de trabajo a término indefinido con anterioridad al 1 de agosto de 2001.

La distinción de trato se basó en la siguiente cláusula convencional: A partir del primero (1º) de agosto de 2001 la empresa vinculará mediante contrato a término indefinido los trabajadores que ésta requiera dentro de sus posibilidades financieras, para ocupar cargos de aseo, jardinero, electricista y plomero, previa evaluación de su desempeño y/o del resultado del concurso que se establezca para ello.

Estos contratos, así sea respecto de personas que hubiesen tenido con la Universidad contrato de trabajo a término fijo en épocas anteriores, se harán bajo las prestaciones de ley, a saber: 30 días de prima de Navidad (15 días que se pagaran en junio y 15 días que se pagaran en diciembre), y 15 días de vacaciones. Por lo tanto. Lo aquí acordado se constituye para este propósito y para estos nuevos contratos, en una modificación, de común acuerdo entre las partes, de la Convención Colectiva vigente.

PARAFRAFO 1º.- Los trabajadores de que trata este artículo tendrán como requisitos para acceder al derecho de pensión de jubilación, los vigentes conforme a la ley y no a los pactados convencionalmente en fechas anteriores a la presente modificación de la Convención Colectiva de Trabajo.

PARAGRAFO 2º.- A los trabajadores de que trata este artículo no se les aplicará la Resolución de Empresarial No. 007 de 1995 y sus modificaciones ni lo pactado convencionalmente en fechas anteriores a la presente modificación, en relación con nivelaciones por estudio y/o experiencia de lo pactado convencionalmente en relación con la Resolución Empresarial No. 2276 de 1995 y sus modificaciones.

5.10.2. CASO II

Los discentes deben analizar la siguiente cláusula de un contrato de trabajo a efectos de determinar si en una controversia judicial de reliquidación de prestaciones sociales, sería factible incluir el rubro descrito como salario o no.



A. El **EMPLEADOR** otorgará un auxilio extralegal en dinero al **TRABAJADOR**. Dicho auxilio, aunque será de carácter habitual, es de naturaleza extralegal y sobre este las partes disponen que este no constituye salario, dado que dichos valores no tienen el sentido de enriquecer, aumentar o ingresar al patrimonio del trabajador, sino que su finalidad es incentivar la producción por viaje y carga movilizadas con el objeto de estimular y aumentar la productividad y eficiencia de los trabajadores de conformidad con el artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo.

B. El **EMPLEADOR** pagará al **TRABAJADOR** un incentivo de producción por viaje o carga movilizadas dependiendo de la cantidad de cajas entregadas a los destinatarios, las cuales se calcularán de manera diaria y al terminar la jornada de trabajo. Dicho incentivo será pagadero cada dos meses y dependerá exclusivamente de la autorización previa por parte del empleador.

C. Las partes acuerdan que las sumas recibidas no se tendrán en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, ni para la liquidación y pago de la seguridad social, ni aportes parafiscales, dado que estos no constituyen salario.

Este acuerdo podrá ser revocado en cualquier momento, ya que se entiende como un auxilio extralegal, voluntario e incentivo para la mejor prestación del servicio, aumento de la productividad y eficiencia de los trabajadores.

5.11. AUTOEVALUACIÓN

1. Explique el concepto de salario según la OIT
2. Señale los diversos mecanismos que trae el ordenamiento colombiano para la protección del salario
3. Diferencie los pagos constitutivos de salarios de que trata el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y los pactos de no salario previstos en el artículo 128 de la misma obra
4. ¿En qué consiste el salario integral?
5. A efectos de la igualdad salarial, ¿en qué consiste estar en la misma banda salarial?
6. Establezca las diferencias entre salario de igual valor, igual remuneración de que tratan los convenios 100 y 111 de la OIT y la normatividad interna.



5.12. JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- » Radicación 7178 de 1995, Magistrado Ponente Rafael Méndez Arango
- » Radicación 15568 de 2001, Magistrado Ponente Francisco Escobar Henríquez
- » Radicación 18891 de 2002, Magistrado Ponente José Roberto Herrera Vergara
- » Radicación 21057 de 2003, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas.
- » Radicación 20857 de 2004, Magistrada Ponente Isaura Vargas Díaz.
- » Radicación 21396 de 2005, Magistrada Ponente Isaura Vargas Díaz.
- » Radicación 27278 de 2006, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas.
- » Radicación 27325 de 2006, Magistrado Ponente Luis Javier Osorio López
- » Radicación 27425 de 2006, Magistrado Ponente Francisco Javier Ricaurte Gómez.
- » Radicación 29806 de 2008, Magistrados Ponentes Gustavo José Gnecco Mendoza y Eduardo López Villegas.
- » Radicación 31089 de 2008, Magistrado Ponente. Camilo Tarquino Gallego
- » Radicación 32186 de 2009, Magistrado Ponente Gustavo José Gnecco Mendoza.
- » Radicación 52287, SL 416 de 2018, Magistrados Ponentes Gerardo Botero Zuluaga y Jorge Mauricio Burgos Ruíz.

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

- » SU -955 DE 1999, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.
- » C-041 de 2000, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo
- » T- 740 de 2010, M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.
- » C- 250 de 2012, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.



5.13. BIBLIOGRAFÍA

- » BOTERO ZULUAGA, GERARDO, El Salario, *Derecho Individual del Trabajo*, Herrera Vergara J.R. y Camacho-Ramírez A (eds académicos), editorial Universidad del Rosario, Bogotá 2019.
- » CERÓN DEL HIERRO, A. *Introducción al Derecho del Trabajo, Relaciones individuales*, editorial Derecho Vigente, Bogotá 1998.
- » FUQUENABELLA, DIANA CAROLINA, El salario, *AAVV Manual de Derecho Laboral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- » LÓPEZ VILLEGAS, EDUARDO y BUITRAGO ARANGO, MARÍA CLARA, Salarios, *Compendio Teórico práctico de Derecho del Trabajo*, Colegio de Abogados del Trabajo Colombia. editorial Legis, Bogotá 2013.
- » VALDÉS SÁNCHEZ, GERMÁN. *Derecho Laboral Individual*, editorial Legis, primera edición 2018.



UNIDAD VI - IUS VARIANDI

OBJETIVO GENERAL

Apreciar todo el marco teórico relacionado con la asignación de nuevas labores para el subordinado o el cambio de lugar de trabajo, con ocasión de las potestades del empleador de variar ciertas condiciones de trabajo.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- » Detallar las razones que fundamentan la variación de las condiciones de trabajo, para poder aplicar la decisión adecuada a cada concreto objeto de su conocimiento.
- » Evaluar las razones que justifican la variación de las condiciones de trabajo.
- » Brindar herramientas a los discentes para analizar los límites del ius variandi como potestad del empleador.

6.1. IUS VARIANDI

El *Ius Variandi*, es la facultad del empleador para variar o modificar de manera unilateral las condiciones iniciales del contrato de trabajo, facultad que es derivada del poder de subordinación del empleador. Según la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia corresponde a una «*potestad subordinante del empleador*», la cual no puede ser ejercida de manera omnímoda y arbitraria, pues en realidad no tiene la condición de absoluta e irrestricta, sino que es esencialmente relativa y sometida a unos límites, radicados en los derechos del trabajador, su honor y su dignidad»¹²⁰

En cuanto a los límites de dicha facultad empresarial no puede ser ejercida de manera absolutas y arbitraria, ya que el poder subordinante está limitado por el honor, dignidad y respeto a los derechos del trabajador.¹²¹

La facultad del ius variandi, el cual emerge de la potestad jurídica de subordinación contenida en el artículo 23 del CST, no tiene un carácter absoluto e ilimitado, pues su ejercicio por parte del empleador está condicionado a que para ello existan circunstancias o «razones válidas»

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 26 julio de 1999, radicación 10969, Magistrado Ponente Fernando Vásquez Botero.

¹²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 30 de junio de 2005, radicación 25103, magistrado Ponente Luis Javier Osorio López.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

que ameriten la modificación de alguna o algunas de las condiciones laborales convenidas en el contrato de trabajo, potestad que bajo ninguna perspectiva puede acarrear o significar, por sí misma, la violación de derechos y garantías en perjuicio del trabajador. En esa dirección, se ha sostenido que la facultad del *ius variandi* no puede ser ejercida de manera absoluta y arbitraria, ya que el poder subordinante está limitado por el honor, la dignidad y respeto a los derechos del trabajador.¹²²

Así en sentencia de 30 junio de 2005, radicación 25103¹²³, señaló que el ejercicio de la referida facultad expresión del poder subordinante del empleador, le permite realizar modificaciones sobre las condiciones de trabajo, sin que ello implique la modificación del contrato o la violación de los derechos del trabajador, para lo cual indicó:

"En la sustentación del cargo el censor centró su ataque a demostrar que con el traslado dispuesto, luego de concluido el convenio con el Hospital San José de Bogotá, D.C., se le quiso imponer realizar actividades docentes y de investigación en otra sede, que en su sentir corresponden a un objeto diferente para el que fue contratado y que desarrolló a través de 20 años, haciendo el empleador un uso ilegal del ius variandi, lo cual le permitía no aceptar el cambio de lugar de trabajo; dejando libre de ataque otras conclusiones esenciales de la decisión impugnada que llevaron al juzgador a colegir que el cambio de lugar de trabajo no afectaba al trabajador en su dignidad ni en sus condiciones laborales [...].

[...]

Con todo y al margen de lo anterior, es pertinente recordar que mientras exista nítidamente expuesta la causa del traslado, y el cambio de sitio de trabajo no sea de tal identidad que afecte o desmejore al empleado en las condiciones de trabajo, en su situación personal, social o familiar que han de determinarse para cada caso en particular, es dable entender que esa variación respecto a lo que inicialmente se había sometido al trabajador, obedeció al poder legítimo o facultad que tiene el empleador para ejercer el ius variandi, sin que ello implique de ninguna manera una modificación del contrato de trabajo ni violación del mismo y menos violación de derecho alguno, donde es el trabajador el que está sujeto a las conveniencias y necesidades razonables del patrono, y no el empleador a las comodidades o ventajas de su servidor u operario."

¹²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 30 de junio de 2005, radicación 25103, magistrado Ponente Luis Javier Osorio López.

¹²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 30 de junio de 2005, radicación 25103, magistrado Ponente Luis Javier Osorio López.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

En sentencia SL14991-2016¹²⁴ se reiteró la potestad del empleador de efectuar cambios en algunos aspectos de la relación de trabajo, pero siempre y cuando no se afecten sustancialmente las condiciones esenciales del vínculo o se vulneren los derechos del empleado, sin que le sea oponible la libertad contractual o algún principio de bilateralidad en las reformas. Además, se precisó que el ejercicio de facultad del *ius variandi* no requiere el consentimiento previo del trabajador, por lo que puede ser ejercitada de manera unilateral, teniendo como límite, se reitera, el respeto, el honor, la dignidad y los derechos mínimos de este. En este proveído se precisó:

"...Esta Sala de la Corte, en desarrollo de la subordinación propia de los contratos de trabajo y del denominado ius variandi, ha legitimado el cambio patronal unilateral de algunos de los aspectos de la relación de trabajo, tales como el horario, siempre y cuando no se afecten de manera radical las condiciones esenciales de la misma o se vulnere la dignidad del trabajador o los derechos mínimos establecidos en las disposiciones laborales. En la sentencia CSJ SL, 31 jul. 2007, rad. 28097, la Corte señaló al respecto que: ...con las limitaciones respecto a las condiciones esenciales del contrato de trabajo, al honor, a la dignidad, a la seguridad y a los derechos mínimos del trabajador, el empleador está facultado para modificar el horario dentro del cual el trabajador debe desarrollar la labor para la cual fue contratado.

En concordancia con lo anterior, la Corte no puede suscribir una tesis como la que defiende la censura, relativa a que las cláusulas iniciales del contrato de trabajo son inmodificables de manera unilateral, en la medida en que, por el respeto a la libertad contractual, las reformas siempre deben constar por escrito y provenir de un acuerdo entre las partes. Ello en virtud de que, como anteriormente se mencionó, por la naturaleza especial del contrato de trabajo y sus diferencias sustanciales respecto de los contratos civiles y comerciales, en desarrollo del poder subordinante y por razones de eficiencia, racionalización de la producción y organización de la empresa, etc., es posible para el empleador alterar unilateralmente algunas de las condiciones no esenciales de la relación de trabajo, sin que le sea oponible la libertad contractual o algún principio de bilateralidad en las reformas."

La misma Corporación en sentencia de 2 de septiembre de 2008, radicación 31701¹²⁵, ha señalado al respecto:

¹²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 30 de junio de 2005, radicación 25103, magistrado Ponente Luis Javier Osorio López.

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 2 de septiembre de 2008, radicación 31701, Magistrada Ponente Isaura Vargas Díaz.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

"...Siendo el ius variandi un derecho del empleador, en aquellos eventos en donde estime pertinente hacerlo efectivo, en principio no requiere de la anuencia o el consentimiento previo del trabajador, pues se itera, son facultades que el empleador puede ejercitar de manera unilateral, siempre y cuando, desde luego, no afecte el respeto del honor, de la dignidad, de la seguridad y de los derechos mínimos del trabajador y al dimanar de la potestad subordinante del empleador se genera en todo contrato de trabajo sin necesidad de estipulaciones expresas. Se trata de que el empleador puede modificar por su cuenta algunas de la condiciones a las que se sometió originalmente el empleado, sin que ello implique un cambio de contrato ni violación del mismo..."

Podemos sintetizar la Doctrina de la Corte diciendo que, cualquier variación de las condiciones de trabajo deben obedecer a razones válidas y objetivas, teniendo que el empleador justificar la necesidad de la medida, para descartar que los cambios se deban a un intento de provocar la renuncia del trabajador/a, ora, que con dichos actos se pueda configurar una situación de acoso laboral.

Con la potestad de *ius variandi* no se puede modificar la duración del contrato o la remuneración, pues, como se verá son aspectos sustanciales que sólo son permitidos por acuerdos entre las partes. Podría modificar unilateralmente el plazo para ampliarlo o la modalidad que le sea más favorable al trabajador.

Con esta potestad se puede trasladar al trabajador a distintos centros de trabajo, sea de la misma ciudad o de otra ciudad, pero debe tener una justificación objetiva y válida, sean por razones técnicas, económicas u organizativas, que lo hagan indispensable, descartando el mero capricho del empleador, y tratando de que afecte en la menor medida posible las condiciones familiares y personales del trabajador, garantizando entre otros, que no sufra afectaciones económicas y demás, estableciendo al respecto compensación según el caso.

Se pueden cambiar funciones al trabajador, pero tal cambio no puede implicar disminución de salarios, degradación o semejante, normalmente dichos cambios deben ser horizontales o verticales. Se debe evitar que el trabajador pase del nivel directivo a un cargo meramente operativo, así el salario permanezca igual.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

El empleador puede cambiar de horario de trabajo, siempre que no se afecten las condiciones esenciales de la prestación o se afecte la dignidad humana o, los derechos mínimos de los trabajadores. También el *ius variandi* le da la posibilidad al empleador de exigir o asignar trabajo suplementario dentro del límite que señala la ley, pues, se descarta en nuestro ordenamiento que el trabajo suplementario sea voluntario como debería serlo.

6.2. LÍMITES DEL IUS VARIANDI

En cuanto a los límites de dicha facultad empresarial, se tiene que no puede ser ejercida de manera absoluta y arbitraria, ya que el poder subordinante está limitado por el honor, dignidad y respeto a los derechos del trabajador.¹²⁶

Así en sentencia 30 jun. 2005, radicación 25103¹²⁷ señaló que, en ejercicio de la referida facultad, expresión del poder subordinante del empleador, le permite realizar modificaciones sobre las condiciones de trabajo, sin que ello implique la modificación del contrato o la violación de los derechos del trabajador, para lo cual indicó:

En la sustentación del cargo el censor centró su ataque a demostrar que con el traslado dispuesto, luego de concluido el convenio con el Hospital San José de Bogotá, D.C., se le quiso imponer realizar actividades docentes y de investigación en otra sede, que en su sentir corresponden a un objeto diferente para el que fue contratado y que desarrolló a través de 20 años, haciendo el empleador un uso ilegal del ius variandi, lo cual le permitía no aceptar el cambio de lugar de trabajo; dejando libre de ataque otras conclusiones esenciales de la decisión impugnada que llevaron al juzgador a colegir que el cambio de lugar de trabajo no afectaba al trabajador en su dignidad ni en sus condiciones laborales [...].

[...]

Con todo y al margen de lo anterior, es pertinente recordar que mientras exista nítidamente expuesta la causa del traslado, y el cambio de sitio de trabajo no sea de tal identidad que afecte o desmejore al empleado en las condiciones de trabajo, en su situación personal, social o familiar que han de determinarse para cada caso en particular, es dable entender que esa variación respecto a lo que inicialmente se había sometido al trabajador, obedeció al poder legítimo o facultad que

¹²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 30 de junio de 2005, radicación 25103, magistrado Ponente Luis Javier Osorio López.

¹²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 30 de junio de 2005, radicación 25103, magistrado Ponente Luis Javier Osorio López.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

tiene el empleador para ejercer el ius variandi, sin que ello implique de ninguna manera una modificación del contrato de trabajo ni violación del mismo y menos violación de derecho alguno, donde es el trabajador el que está sujeto a las conveniencias y necesidades razonables del patrono, y no el empleador a las comodidades o ventajas de su servidor u operario.

6.3. MODIFICACIONES SUSTACIALES DE CONDICIONES DE TRABAJO

Los beneficios establecidos en normas jurídicas que regulen el trabajo, al ser de orden público no son objeto de disposición, es por lo que, en esos casos, no pueden ser derogados o reducidos por acto unilateral, bilateral o colectivo, por ser el piso mínimo a partir del cual las partes, en ejercicio de la autonomía de voluntad, pueden constituir y acordar lo que a bien tengan¹²⁸.

Esos mínimos pueden considerarse condiciones sustanciales del contrato de trabajo que bajo la lupa del artículo 53 de la Constitución Política cuando habla de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.

Aquí surge un concepto a interpretar: "establecidos en normas laborales". Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral solo son normas laborales las expedidas por el legislador¹²⁹, existiendo la posibilidad de que norma laboral sea la convención colectiva dado su carácter normativo.

Se ha destacado que el empleador no puede reducir unilateralmente el salario del trabajador, potestad que sólo puede realizar de mutuo acuerdo con el trabajador, sin afectar los mínimos legales establecidos por el legislador, respecto a lo cual puede existir discusión frente a conceptos como el mínimo vital y móvil que es de carácter cualitativo y no cuantitativo, ni corresponde a salario mínimo legal mensual vigente.

Consideramos que esta reducción se puede hacer de consuno y sometida al principio de proporcionalidad, a efectos de controlar el poder desmedido que puedan tener las partes en conflicto y sometido a todas las etapas explicadas en la unidad 1. Tampoco se puede revocar unilateralmente por parte del empleador, sino de manera consensuada con el trabajador, los beneficios establecidos en el contrato de trabajo.¹³⁰

¹²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 24 de septiembre de 2014, radicación 42082; SL16925-2014, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 24 de septiembre de 2014, radicación 42082; SL16925-2014, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

¹³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 1 de noviembre de 2017, radicación 54261, SL 17984 -2017, Magistrado Ponente Martín Emilio Beltrán Quintero.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

Por otro lado, los beneficios extralegales reconocidos de manera unilateral por parte del empleador pueden ser revocados de la misma forma, siempre que no se afecten los mínimos legales¹³¹.

Esta posición puede ser discutible, si se tiene en cuenta que existe otra dimensión del principio de la condición más beneficiosa¹³², bajo el entendido de que los reconocimientos unilaterales del empleador en condiciones de reiteración temporal se entienden incorporadas al contrato de trabajo y se convierten en condiciones más beneficiosas que para ser revocados deben acordarse con los trabajadores.

Aprovechando el estado de emergencia social, económica y ecológica de que trata el artículo 215 de la Constitución Política debido al Covid 19, lo dicho anteriormente, nos permite identificar algunas facultades que puede generar de manera unilateral el empleador, como cambio de horario, modalidad de teletrabajo, asignar horas extras, de manera discutible, tal como se dijo, reducir o suprimir beneficios extralegales reconocidos unilateralmente; además, de manera consensuada con el trabajador puede reducir salarios atendiendo la proporcionalidad, sin que se pueda reducir el salario mínimo; las prestaciones o derechos convencionales los puede modificar pero de manera consensuada con el sindicato.

Lo que si no puede hacer es desconocer los derechos mínimos legales. Muy discutible la suspensión de los contratos de trabajos y mayormente el despido, el cual podría ser hasta nulo por desconocimiento de los derechos fundamentales, al mínimo vital, el derecho al trabajo, la dignidad humana, la integridad física y psíquica del trabajador etc.

6.4. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

A SUSANA sin motivación alguna se le cambió de Directora Operativa adscrita a la Gerencia General a Profesional Universitario adscrito a la Secretaría General con el mismo salario. El cargo que ostentaba le daba dirección y el cargo al que es trasladada es de simple profesional.

Expresando las razones del cambio de cargo Susana presenta carta de renuncia, alegando despido indirecto o auto despido.

¹³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 24 de septiembre de 2014, radicación 42082; SL16925-2014, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

¹³² La más conocida en nuestro medio es la referente a la sucesión normativa y su procedencia se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro. Se puede consultar la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 25 de enero de 2017, radicación 44596, SL 2358 de 2017 MP. Fernando Castillo Cadena y Jorge Luis Quiroz Alemán.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

Está probado la carta de traslado, el buen comportamiento de la trabajadora; desempeñaba dicho cargo desde hace 5 años, puntaje de 5 sobre 5 en evaluaciones realizadas cada 6 meses; las funciones del primer cargo son de coordinación, organización, en general tiene funciones de representación y dirección. En el segundo cargo tiene funciones de ejecución.

¿Ejerció adecuadamente el *ius variandi* la empresa?
¿Tiene límites el *ius variandi*?
¿Se presenta en el caso un despido indirecto?
¿Se vulnera la dignidad y demás derechos de la trabajadora?
Explique las respuestas.

6.5. AUTOEVALUACIÓN

1. ¿En qué consiste el *ius variandi*?
2. ¿Cuáles son los límites al *ius variandi*?
3. ¿Puede el empleador disminuir unilateralmente el salario del trabajador?
4. ¿Qué facultades puede ejercer unilateralmente el empleador en cuanto a su potestad de *ius variandi*?
5. ¿Qué facultades solo puede ejercerlas consensuadamente con el trabajador en cuanto a variación de condiciones de trabajo?
6. ¿Cuáles son las dos dimensiones de la condición más beneficiosa?

6.6. JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- » Radicación 10969 de 1999, Magistrado Ponente Fernando Vásquez Botero.
- » Radicación 25103 de 2005, magistrado Ponente Luis Javier Osorio López.
- » Radicación 31701 de 2008, Magistrada Ponente Isaura Vargas Díaz.
- » Radicación 42082 de 2014, SL16925-2014, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- » Radicación 54261 de 2017, SL 17984 -2017, Magistrado Ponente Martín Emilio Beltrán Quintero.
- » Radicación 44596 de 2017, SL 2358 de 2017 MP. Fernando Castillo Cadena y Jorge Luis Quiroz Alemán.



6.7. BIBLIOGRAFÍA

- » AAVV Las nuevas fronteras de la condición más beneficiosa, Documentación Laboral No 114, año 2018-voilumen II. Editorial Cinca, Madrid 2018.
- » BERMÚDEZ ALARCÓN, KATERINE, Vicisitudes del Contrato de Trabajo, Derecho del Trabajo Actual, editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2012.
- » POQUET CATALÁ, RAQUEL, Modificaciones del Contrato de Trabajo, Sustanciales, geográficas y funcionales, editorial Aranzadi, Pamplona, 2018
- » VALDÉS SÁNCHEZ, GERMÁN. Derecho Laboral Individual, editorial Legis, primera edición 2018.
- » VAZQUEZ VIALARD, ANTONIO, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I, editorial Astrea, Buenos Aires 2001.



UNIDAD VII - ACOSO LABORAL

OBJETIVO GENERAL

Enunciar las características relacionadas con la temática del acoso laboral, entendido como el hostigamiento continuo en contra del trabajador, conducente a producir miedo, desánimo, terror o desprecio en el trabajador.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- » Reconocer los elementos característicos del acoso laboral, para identificar las diferentes conductas descritas en la ley que regula la materia.
- » Aplicar las herramientas teórico-prácticas contenidas en la ley y la jurisprudencia, a fin de dar efectivas garantías frente a la configuración de actos que constituyen acoso laboral, por parte de cualquiera de los intervinientes en la relación laboral.
- » Dar a conocer a los jueces y demás operadores jurídicos herramientas para poder juzgar los actos de acoso laboral que se sometan a su conocimiento.

7.1. ACOSO LABORAL EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

El científico Heinz Leymann¹³³, define el acoso laboral como: “una situación en la que una persona o varias ejercen una violencia psicológica extrema de forma sistemática y recurrente durante un tiempo prolongado sobre otra u otras personas en el lugar de trabajo con el fin de destruir sus redes de comunicación, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y conseguir su desmotivación laboral”.

En Colombia, la figura del acoso laboral la define el artículo segundo de la Ley 1010 de 2006: *“Toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediático, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminado a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo”*.

¹³³ VIDAL CASERO, MARÍA DEL CARMEN: *El MOBBING en el trabajo. Su problemática*. Recuperado <https://www.bioeticacs.org>.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

7.1.1. APOYO JURISPRUDENCIAL

Antes que la figura del acoso laboral se tradujera en ley de la República, fue la Corte Constitucional quien por vía de tutela se ocupó del tema, por cuanto la política de ejercer presión sobre el trabajador por parte de los empleadores o por los propios compañeros de trabajo no es nada nuevo y durante años se ha traducido en mecanismo ilícito para lograr la desvinculación laboral del trabajador y por ese medio, ahorrarse en algunas ocasiones la indemnización que en circunstancias diferentes le tocaría cancelar.

Es así como en la sentencia T- 461 del 03 de septiembre de 1998¹³⁴, considerada sentencia hito, por cuanto, a partir de allí la Corte Constitucional trazó las líneas jurisprudenciales. Al respecto, dijo:

"El ser humano se diferencia de los demás seres vivientes por tener la capacidad de discernimiento que le permite optar entre varias alternativas que le están dadas. Entre ellas, escoger la actividad que le permita una proyección de su ser y su realización como persona. El trabajo como tal, en términos generales, tiene esa característica, pues permite al individuo emplearse en la actividad, profesión u oficio que ha considerado el apropiado para su crecimiento, hecho que, en si mismo, requiere de protección por parte del legislador y de la jurisprudencia correspondiente, cuando se desplieguen conductas que tiendan a vulnerar o a desconocer esta opción. Dentro de este contexto debe decirse que la dignidad del trabajador no se circunscribe al reconocimiento por parte del empleador de un salario, sino en permitir y brindar las condiciones necesarias para que este pueda desarrollar, en debida forma, la actividad que le ha sido encomendada. Así, por ejemplo; el no permitir a un trabajador que realice las labores para las que fue contratado, restringiendo su actividad a la mera asistencia al sitio de trabajo, sin permitirle desplegar tarea alguna, es en si mismo, un acto lesivo de la dignidad de quien es sometido a este trato, pues como se dijo, el hombre busca a través de la ejecución de su actividad laboral cualesquiera que ella sea, el desarrollo de su ser".

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corporación ha establecido: "se discrimina a uno de los miembros de una relación cuando se le otorga, por quien es depositario del poder de decidir, un tratamiento diferente al común de quienes hacen parte de esa relación, sin que medie una causa real, apoyada en razones de equidad, que justifique la conducta discriminatoria".

¹³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T- 461 del 03 de septiembre de 1998, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

De igual manera en sentencia T – 013 de 21 de enero de 1999¹³⁵, la H. Corte Constitucional expresó “no puede el empleador ejercer actividades o conductas que desconozcan los derechos del empleado, pero en especial su dignidad”. En la sentencia T – 170 proferida el 17 de marzo de 1999¹³⁶ la H. Corte Constitucional dijo:

“Los hostigamientos hacia un trabajador – cualquier trabajador – vulnera de suyo los derechos fundamentales, pues ofende su dignidad y constituye abierto desconocimiento de las mas elementales garantías democráticas, por lo cual su existencia, aunque no resulten probados otros comportamientos del patrono, exige la protección judicial” y agrega: “ el acoso laboral no es nuevo; se ha dado desde tiempos remotos. Quizá no era conocido como tal, pero se evidenciaban situaciones de maltrato a los empleados reflejados en horarios extendidos, cambios intempestivos de turno, sobrecarga de trabajo, que se veían reflejados en el llamado estrés laboral afectando la productividad, dado el incremento de incapacidades y con la existencia de un mal clima laboral, con la consecuente renuncia voluntaria o deserción del empleado”.

De otra parte, en sentencia T – 878 del 18 de noviembre de 2014¹³⁷ la H. Corte Constitucional al dirimir la acción de tutela incoada contra la Fundación Universitaria Tecnológica Comfenalco de Cartagena, la cual tuvo como hecho relevante la vulneración de derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la intimidad y a una vida libre de violencia contras las mujeres, expreso: “la violencia de género es aquella violencia que hunde sus raíces en las relaciones de género dominantes de una sociedad como resultado de un notorio e histórico desequilibrio de poder. En nuestra sociedad el dominio es masculino por lo que los actos se dirigen en contra de las mujeres o personas con una identidad de género diversa (lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales), con el fin de perpetuar la subordinación.

Centrándose en lo concerniente a la violencia contra las mujeres, las agresiones van más allá de las lesiones físicas y psicológicas, denominadas violencia visible. La invisible se refiere a la violencia estructural que implica inequidad en el ámbito de lo político, lo social y lo económico y a la violencia cultural constituida por los discursos que justifican el trato desigual. Estos tres componentes de la violencia se retroalimentan entre ellos perpetuando la discriminación, la desigualdad y la violencia; por tanto, con cada golpe a una mujer se da prevalencia a un patrón social de exclusión y este se reproduce a futuro”.

¹³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-013 de 21 de enero de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

¹³⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-170 de 17 de marzo de 1999, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández.

¹³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T – 878 del 18 de noviembre de 2014, Magistrado Ponente, Jorge Iván Palacio Palacio.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

Al lado de la defensa de la dignidad humana como bien constitucional protegido por la ley de acoso laboral, se encuentran las expresiones verbales injuriosas y ultrajantes que lesionan la integridad moral y los derechos a la intimidad y el buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo, por esa razón en la sentencia T – 572 del 13 de septiembre de 2017¹³⁸, la H. Corte Constitucional expresó: “resulta pues evidente que entre las varias formas de acoso el legislador ha incluido el uso del lenguaje, en este caso como vehículo de mensajes ultrajantes que vulneran varios derechos como la integridad moral del afectado. Se entiende también que entre tales derechos lesionados pueden estar la dignidad humana. El legislador para hacer patente esta forma de acoso, indico en el literal B’ del artículo séptimo, que se presumirá el acoso laboral de acreditarse la ocurrencia repetida y pública de expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social, y en el literal G’, las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público” y agrega: “igualmente constituye una modalidad de acoso el trato diferenciado por razones de raza que carezca de razonabilidad en el marco de la actividad laboral. Advierte la sala de revisión que esta prescripción legal es puntualmente un desarrollo específico del mandato de trato igual contenido en el artículo 13 de la carta, el cual proscribe los tratos diferenciados sin justificación constitucional admisible”.

De otra parte¹³⁹, “nuestra normativa laboral en sus artículos 57, literal 5°; 59, literal 9°; 62, literal 2°; 62 parte B, literal 2°; referidos con el absoluto respeto que el empleador debe guardar con respecto a la dignidad del trabajador, a sus creencia y sentimientos, prohibición al empleador de ejecutar o autorizar actos que vulneren o restrinjan los derechos de los trabajadores o que ofendan su dignidad, el despido del trabajador por actos de violencia, injuria o malos tratamientos o grave indisciplina contra el empleador, su familia, personal directivo de la empresa o sus compañeros de trabajo, al igual que el trabajador pueda dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa de su parte por las mismas causas; así como el código disciplinario único (Ley 734 de 2002) en sus artículos 33, literal 7°; 34, literal 6° y 35, literal 2° y 6°, los cuales tienen que ver con el tratamiento cortés que debe recibir el funcionario público con arreglo a los principios básicos, de las relaciones humanas, así como se prohíbe al servidor imponerle a otro servidor público, trabajos ajenos a sus funciones o impedirle el cumplimiento de sus deberes”.

¹³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 13 de septiembre de 2017, Magistrado Ponente, Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹³⁹ DE LOS RÍOS CASTIBLANCO, JUAN CARLOS, AGUIRRE ESPINOSA, JUAN ESTEBAN, MACÍAS MAURY, VICTORIA, *Acoso Laboral desde la Perspectiva Jurisprudencial de la H. Corte Constitucional Colombiana*, pág. 102 – 103, recuperado de www.corteidh.or.cr



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

Finalmente, la Corte Constitucional en Sentencia T – 239 del 26 de junio de 2018¹⁴⁰, en la cual aparece como accionada la Universidad de Ibagué, dirimió la acción impetrada de la siguiente forma: “en este caso particular, el despido del accionante resulta ilegítimo, pues tuvo como fundamento la censura de un discurso protegido y por ello afecta el derecho a la libertad de expresión, el principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado. Aun cuando tal actuación se fundamente en una justificación objetiva y razonable, la aplicación del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, de conformidad con la autonomía contractual, no persigue una finalidad constitucionalmente reconocida. Por el contrario, lesiona el derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de un discurso que, además, tiene una protección acentuada, la defensa de los derechos de las mujeres... El derecho a la igualdad de las mujeres y específicamente estar libre de discriminación cobra especial importancia en el marco de la constitución de 1991, lo anterior, pues tanto la carta superior como el bloque de constitucionalidad consagran diversas provisiones que tienen como objetivo proteger los derechos fundamentales de las mujeres e imponer la obligación de eliminar las desigualdades que han sufrido en los espacios sociales, económicos, laboral, educativo y político, pero, adicionalmente prestan una marcada atención a la violencia de género contra las mujeres como causa y consecuencia de su discriminación. En tal sentido, prever diversas obligaciones dentro de las cuales se encuentra el deber de debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Este mandato, no solo compromete la responsabilidad del estado, sino que se extiende a las actuaciones en los espacios privados. Por ello, tal obligación exige que el estado adopte acciones de prevención que incluyan la promoción de los valores de la igualdad y la no discriminación en razón del género contra la mujer en el ámbito educativo como el fomento a la denuncia y la información acerca de las medidas jurídicas que se pueden adoptar mediante las cuales se provean adicionalmente la investigación y sanción de delitos como el acoso y el abuso sexual”.

7.1.2. BIENES PROTEGIDOS POR LA LEY DE ACOSO LABORAL

La Ley 1010 del año 2006 referencia los siguientes, como bienes protegidos por la ley de acoso laboral:

- » “El trabajo en condiciones dignas y justas.
- » La Libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores y empleados.

¹⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia T – 239 de 26 de junio de 2018, Magistrada Ponente, Gloria Stella Ortiz Delgado.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

- » La armonía entra los que comparten un buen ambiente laboral y el buen ambiente en la empresa.”

7.1.3. CARACTERÍSTICAS DEL ACOSO LABORAL

Según el profesor Iñaki Piñuel y Zabala¹⁴¹, son estrategias habituales en el acoso laboral las siguientes:

- » “Gritar, avasallar o insultar a la víctima cuando este sola o en presencia de otras personas.
- » Asignarle objetivos o proyectos con plazos que se saben inalcanzables o imposibles de cumplir y tareas que son manifiestamente inacabables en ese tiempo.
- » Sobrecargar selectivamente a la víctima con mucho trabajo y presionarla excesivamente.
- » Amenazar de manera continuada a la víctima o coaccionarla.
- » Quitarle áreas de responsabilidad claves, ofreciéndole a cambio tareas rutinarias, sin interés o incluso ningún trabajo que realizar (hasta que se aburra o se vaya).
- » Modificar sin decir nada al trabajador las atribuciones o responsabilidades de su puesto de trabajo.
- » Tratarlo de una manera diferente o discriminatoria, usar medidas exclusivas contra él, con vista a estigmatizarlo ante otros compañeros o jefes (excluirle, discriminarle, tratar su caso de forma diferente, trasladarle a puestos inferiores, rebajarle el sueldo).
- » Ignorarlo (hacerle el vacío) o excluirlo, hablando solo a una tercera persona presente, simulando su no existencia (ninguneándolo) o su no presencia física en la oficina, o en las reuniones a las que asiste (como si fuera invisible).
- » Retener información crucial para su trabajo o manipularla para inducirle a error en su desempeño laboral y acusarle después de negligencia o faltas profesionales.
- » Difamar a la víctima extendiendo por la empresa u organización chismes o rumores maliciosos o calumniosos que menoscaben su reputación, su imagen o su profesionalidad.
- » Infravalorar o no valorar en absoluto el esfuerzo realizado por la víctima negándose a evaluar periódicamente su trabajo.

¹⁴¹ PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI, *Liderazgo Zero*, Madrid 2009, citado en www.controladoresaereos.org.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

- » Bloquear el desarrollo o la carrera profesional limitando, retrasando o entorpeciendo el acceso a promociones, cursos o seminarios de capacitación.
- » Ignorar los éxitos profesionales o atribuirlos maliciosamente a otras personas o a elementos ajenos a él, como la: casualidad, la suerte, la situación del mercado etc.
- » Criticar continuamente su trabajo, sus ideas, sus propuestas, sus soluciones etcétera o simplemente no tomarlas en cuenta bajo cualquier pretexto.
- » Monitorizar o controlar malintencionadamente su trabajo con vistas a atacarle o a encontrarle faltas o formas de acusarle de algo.
- » Castigar duramente o impedir cualquier toma de decisión o iniciativa personal en el marco de sus responsabilidades o atribuciones.
- » Bloquear administrativamente a la persona, no dándole traslado, extraviando, retrasando, alterando o manipulando documentos o resoluciones que le afecten.
- » Ridiculizar su trabajo, sus ideas o los resultados obtenidos ante los demás trabajadores, caricaturizándolo o parodiándolo.
- » Invadir la privacidad del acosado interviniendo su correo, su teléfono, revisando sus documentos, armarios, cajones.
- » Robar, destruir o sustraer elementos claves de su trabajo.
- » Atacar sus convicciones personales ideología o religión.
- » Animar a otros compañeros / jefes a participar en cualquiera de las acciones anteriores mediante la persuasión, la coacción o el abuso de autoridad.
- » Atentar contra la ergonomía del trabajador en su sitio laboral.
- » Asignarle tareas humillantes, incómodas o desagradables”.

7.2. ELEMENTOS DEL ACOSO LABORAL

La doctrina nacional¹⁴² e incluso internacional destaca unos elementos constitutivos de acoso laboral a saber:

¹⁴² Camacho-Ramírez, A, *La Ley 1010 de 2006 sobre acoso laboral en Colombia, en Derecho Individual del Trabajo, Herrera Vergara, J.R. y Camacho-Ramírez A., editorial Universidad del Rosario, Bogotá 2019, págs., 315 y ss.*



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

7.2.1. El componente de violencia y agresión dolosa. Señala la doctrina mayoritaria que la conducta debe ser intencional. Nos separamos de este elemento característico porque se debe atender sólo el riesgo relevante de sufrir un padecimiento personal con las características de que sea grave y cierto.

En efecto, la conducta puede ser deliberada o no, pues, basta el nexo causal adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido, evitando que se cosifique la persona del trabajador.

La indagación de factores psicológicos y subjetivos de difícil control y prueba, harían casi imposible establecer el acoso, y es tanto como aceptar que la protección de los derechos fundamentales quede sujeto a la indagación de dichos factores, es por lo que, basta con constatar que el comportamiento era objetivamente adecuado para producir la lesión a la integridad psicofísica del trabajador/a.¹⁴³

7.2.2. Conductas reiteradas en el tiempo, es decir, no deben producirse como casos aislados. Estos actos frecuentes y repetitivos ocasionarán poco a poco en la psiquis de la víctima sensación de desamparo y hostigamiento.

Si bien esta es la situación normal, no se debe descartar que el penúltimo inciso del artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, señala que excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral. Piénsese igualmente en el acoso sexual en donde una sola conducta puede configurar el mismo.

7.2.3. Por regla general, se requiere de la creación de un entorno intimidatorio en el ambiente laboral, hostil y humillante. Resultan relevantes las modalidades de acoso laboral que trataremos más adelante. Puede suceder que se configure el acoso con la marginación de un trabajador dejándolo sin ocupación y desatendiendo sus reclamaciones al respecto durante un largo período.

En cuanto al entorno en que debe ocurrir el acoso, debe realizarse en el lugar de trabajo, término que debe entenderse en sentido amplio, pues, no solo comprende por ejemplo el transporte suministrado por el empleador, las empresas a las que debe acudir el trabajador, pues incluso, el acoso puede provenir de terceros, respecto a lo cual el empleador tiene una función preventiva; también deben quedar incluidos lugares de recreación, incluidas las redes sociales siempre que exista una conexión con el trabajo.

¹⁴³ MOLINA NAVARRETE, CRISTOBAL, *El ciberacoso en el trabajo, cómo identificarlo. Prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, editorial La Ley, Madrid 2019, pág. 413. Sentencia Tribunal Constitucional Español STC 56/2019.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

7.2.4. La existencia de una finalidad específica, dentro de las cuales normalmente se destacan la degradación del ambiente de trabajo, causar daño físico o psíquico, inducir a la renuncia del trabajador, buscar situación que permita el despido del trabajador, eliminarlo/a de la organización etc.

Se debe resaltar que, no se requiere que se cause el daño físico o psíquico para que se estructure el acoso, basta con la potencialidad para causarlo.

7.3. LA LEY 1010 DE 2006

7.3.1. DEFINICIÓN DE ACOSO LABORAL

Tal como se indicó previamente, el artículo 2 de la Ley 1010 de 2006 define el acoso laboral.

El primer aspecto por considerar, es la regla general anteriormente anotada de la reiteración o persistencia de los actos, sin descartar que puede existir acoso con un sólo acto; el segundo aspecto consiste en que los actos deben ser demostrables, respecto a lo cual consideramos que no es propio de una definición de acoso la demostrabilidad, esa es una situación propia de la actuación previa o judicial. Pasando por alto lo anterior, en principio la carga de la prueba corresponde a la víctima, con la posibilidad de la dulcificación de dicha obligación, frente a indicios que acredite el trabajador/a, correspondiendo al empleador demostrar que la aludida conducta no es constitutiva de acoso; esta carga probatoria se invierte cuando se configuran las conductas de manera pública.

La conducta de acoso debe tener un fin como lo es la producción de una reacción negativa de la víctima, ora causarle un daño sin que se requiera que el mismo se produzca, o, a que se le genere una incomodidad en el ambiente de trabajo, o inducir su renuncia.

La definición establece un ámbito subjetivo de protección, generándose lo que se denomina acoso vertical, sea descendente de un jefe, empleador al trabajador, ora, ascendente así sea de forma parcial de un subalterno hacía un superior; e incluso el acoso horizontal entre compañeros.

7.3.2. MODALIDADES DE ACOSO LABORAL

En el citado artículo 10 de la Ley 1010 de 2006 se encuentran seis (6) modalidades de acoso, a saber:

1. Maltrato laboral, el cual es definido como todo acto de violencia contra la



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral.

Esta es una de las modalidades utilizadas, normalmente tiene que darse actos reiterados, pero tal como se dijo, es posible que, se pueda estructurar con un solo acto. El maltrato puede ser físico, verbal, con groserías o golpes.

2. Persecución laboral: toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral.

Se utiliza esta modalidad cuando el empleador busca prescindir de los servicios de una persona, con independencia de la razón y sin el pago de una indemnización por despido sin justa causa. Se utilizan técnicas como de encomendar demasiado trabajo, imponer horarios extendidos sin ninguna justificación, hacer traslados injustos con el fin de aburrir al trabajador para que presente renuncia.

3. Discriminación laboral: todo trato diferenciado por razones de raza, género, edad, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral.

Esta causal fue modificada por la Ley 1622 de 2013 artículo 74 y se trata de una discriminación negativa que está prohibida desde el artículo 13 de la Constitución

Política. Se trata de transgredir una prohibición de trato diferenciado por las razones indicadas. Ejemplo de esto puede ser el trato de una persona por su color de piel (negro), su nacionalidad (Chino, Musulmán, Venezolano...), por ser mujer, en cuyo caso estamos ante un acoso sexista.

4. Entorpecimiento laboral: toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos.



Como se puede ver, la lista de las acciones de entorpecimiento laboral que trae la norma no es taxativa sino enunciativa.

5. Inequidad laboral: Asignación de funciones a menosprecio del trabajador. Pueden catalogarse como tales, la asignación de funciones inferiores a las que el trabajador está capacitado para desarrollar, ora, labores de difícil comprensión para que el trabajador se sienta angustiado, frustrado e ineficiente. Son tareas extrañas a las que normalmente desarrolla. En esta modalidad se da necesariamente en el acoso descendente.

6. Desprotección laboral: Toda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador.

Se puede presentar esta modalidad cuando se le asignan funciones al trabajador sin los elementos de protección necesarios y propios de la seguridad y salud en el trabajo.

Ahora bien, la norma trae 6 modalidades de acoso laboral las cuales en nuestro sentir no son taxativas, puesto que pueden darse otras modalidades que impliquen acoso, verbigracia, el aislamiento constante del trabajador sin asignación de funciones; el acoso institucional, el ciberacoso.

Por otro lado, en el artículo 3º se establecen una serie de conductas atenuantes, propias del derecho sancionador: a) Haber observado buena conducta anterior. b) Obrar en estado de emoción o pasión excusable, o temor intenso, o en estado de ira e intenso dolor. c) Procurar voluntariamente, después de realizada la conducta, disminuir o anular sus consecuencias. d) Reparar discrecionalmente, el daño ocasionado, aunque no sea en forma total. e) Las condiciones de inferioridad físicas determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas que hayan influido en la realización de la conducta. f) Los vínculos familiares y afectivos. g) Cuando existe manifiesta o velada provocación o desafío por parte del superior, compañero o subalterno. h) Cualquier circunstancia de análoga significación a las anteriores.

Parágrafo. El estado de emoción o pasión excusable, no se tendrá en cuenta en el caso de violencia contra la libertad sexual.



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

Por su parte, en el artículo 4º, se consagran circunstancias agravantes: a) Reiteración de la conducta; b) Cuando exista concurrencia de causales; c) Realizar la conducta por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria, d) Mediante ocultamiento, o aprovechando las condiciones de tiempo, modo y lugar, que dificulten la defensa del ofendido, o la identificación del autor partícipe; e) Aumentar deliberada e inhumanamente el daño psíquico y biológico causado al sujeto pasivo; f) La posición predominante que el autor ocupe en la sociedad, por su cargo, rango económico, ilustración, poder, oficio o dignidad; g) Ejecutar la conducta valiéndose de un tercero o de un inimputable; h) Cuando en la conducta desplegada por el sujeto activo se causa un daño en la salud física o psíquica al sujeto pasivo.

Trascendental es el contenido del artículo 7 de la citada ley, donde se describen las conductas que constituyen acoso y en donde se parte de una presunción de acoso laboral si se acredita ocurrencia repetida y pública de conductas tales como:

Los actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias; las expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social; los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo; las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo; las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios; la descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo; las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público; la alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona; la imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa; la exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados; el trato notoriamente discriminatorio



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales; la negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor; la negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos; El envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social.

Tal lista no es taxativa sino enunciativa, por cuanto a renglón seguido la disposición señala que, en los demás casos no enumerados, la autoridad competente valorará, según las circunstancias del caso y la gravedad de las conductas denunciadas, la ocurrencia del acoso laboral descrito en el artículo 2°.

El artículo 8° es de vital importancia, porque se describen conductas que no constituyen acoso laboral en el sector de los trabajadores particulares: los actos destinados a ejercer la potestad disciplinaria que legalmente corresponde a los superiores jerárquicos sobre sus subalternos; la formulación de exigencias razonables de fidelidad laboral o lealtad empresarial e institucional; la formulación de circulares o memorandos de servicio encaminados a solicitar exigencias técnicas o mejorar la eficiencia laboral y la evaluación laboral de subalternos conforme a indicadores objetivos y generales de rendimiento; la solicitud de cumplir deberes extras de colaboración con la empresa o la institución, cuando sean necesarios para la continuidad del servicio o para solucionar situaciones difíciles en la operación de la empresa o la institución; las actuaciones administrativas o gestiones encaminadas a dar por terminado el contrato de trabajo, con base en una causa legal o una justa causa, prevista en el Código Sustantivo del Trabajo o en la legislación sobre la función pública; la solicitud de cumplir los deberes de la persona y el ciudadano, de que trata el artículo 95 de la Constitución. la exigencia de cumplir las obligaciones o deberes de que tratan los artículos 55 a 57 del C.S.T, así como de no incurrir en las prohibiciones de que tratan los artículos 59 y 60 del mismo Código; las exigencias de cumplir con las estipulaciones contenidas en los reglamentos y cláusulas de los contratos de trabajo.

Las exigencias técnicas, los requerimientos de eficiencia y las peticiones de colaboración a que se refiere este artículo deberán ser justificados, fundados en criterios objetivos y no discriminatorios y con ello evitar que



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

se camuflen a través de órdenes en principio legítimas, actuaciones que en el fondo son acoso laboral, por ello debe mirarse detenidamente cada caso particular.

La prevención del acoso como riesgo psico-social es muy importante, por cuanto es deber del empleador garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores/as, para lo cual debe activar protocolos y establecer en el Reglamento Interno de Trabajo medidas tendiente a prevenir los riesgos basados en el acoso y las consecuencias funestas como el estrés y demás dolencias psíquico-físicas que derivan de una conducta intolerable.

También se debe establecer un procedimiento interno, confidencial, conciliatorio y efectivo para superar las situaciones de acoso que ocurran en el lugar de trabajo. Los comités de empresa de carácter bipartito, donde existan, podrán asumir funciones relacionados con acoso laboral en los reglamentos de trabajo.

La víctima del acoso laboral podrá poner en conocimiento del Inspector de Trabajo con competencia en el lugar de los hechos, de los Inspectores Municipales de Policía, de los Personeros Municipales o de la Defensoría del Pueblo, a prevención, la ocurrencia de una situación continuada y ostensible de acoso laboral.

Quien se considere víctima de una conducta de acoso laboral bajo alguna de las modalidades descritas en el artículo 2º de la Ley 1010 de 2006 podrá solicitar la intervención de una institución de conciliación autorizada legalmente a fin de que amigablemente se supere la situación de acoso laboral.

La Ley 1010 de 2006 señala que la omisión en la adopción de medidas preventivas y correctivas de la situación de acoso laboral por parte del empleador o jefes superiores de la administración se entenderá como tolerancia de esta.

Las consecuencias sancionatorias del acoso en el sector privado están previstas en el artículo de la ley en comento, así:

Como terminación del contrato de trabajo sin justa causa, cuando haya dado lugar a la renuncia o el abandono del trabajo por parte del trabajador regido por el Código Sustantivo del Trabajo. En tal caso procede la indemnización en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo; Con sanción de multa entre dos (2) y diez (10) salarios mínimos



*MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL*

legales mensuales para la persona que lo realice y para el empleador que lo tolere; Con la obligación de pagar a las Empresas Prestadoras de Salud y las Aseguradoras de riesgos profesionales el cincuenta por ciento (50%) del costo del tratamiento de enfermedades profesionales, alteraciones de salud y demás secuelas originadas en el acoso laboral. Esta obligación corre por cuenta del empleador que haya ocasionado el acoso laboral o lo haya tolerado, sin perjuicio a la atención oportuna y debida al trabajador afectado antes de que la autoridad competente dictamine si su enfermedad ha sido como consecuencia del acoso laboral, y sin perjuicio de las demás acciones consagradas en las normas de seguridad social para las entidades administradoras frente a los empleadores; con la presunción de justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador, particular y exoneración del pago de preaviso en caso de renuncia o retiro del trabajo; como justa causa de terminación o no renovación del contrato de trabajo, según la gravedad de los hechos, cuando el acoso laboral sea ejercido por un compañero de trabajo o un subalterno.

En otro aparte de este trabajo se había tratado el tema del fuero derivado del acoso tanto para la víctima como para los testigos que hayan declarado en los trámites administrativos o judiciales.

En cuanto a la competencia judicial, de conformidad con el artículo 12 de la ley citada, corresponde a los jueces de trabajo con jurisdicción en el lugar de los hechos adoptar las medidas sancionatorias que prevé el artículo 10 de la ley, cuando las víctimas del acoso sean trabajadores o empleados particulares.

En estos eventos se citará a audiencia, la cual tendrá lugar dentro de los treinta(30) días siguientes a la presentación de la solicitud o queja. De la iniciación del procedimiento se notificará personalmente al acusado de acoso laboral y al empleador que lo haya tolerado, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la solicitud o queja. Las pruebas se practicarán antes de la audiencia o dentro de ella.

La decisión se proferirá al finalizar la audiencia, a la cual solo podrán asistir las partes y los testigos o peritos. Contra la sentencia que ponga fin a esta actuación procederá el recurso de apelación, que se decidirá en los treinta (30) días siguientes a su interposición. En todo lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Procesal del Trabajo.



El artículo 14 de la ley puede ser un elemento disuasivo de que se presenten quejas de acoso laboral, al consagrar una sanción en caso de temeridad, que se presenta cuando la misma carezca de todo fundamento fáctico o razonable, se impondrá a quien la formuló una sanción de multa entre medio y tres salarios mínimos legales mensuales. Igual sanción se impondrá a quien formule más de una denuncia o queja de acoso laboral con base en los mismos hechos.

El artículo 18 prevé que las acciones derivadas del acoso laboral caducarán seis (6) meses después de la fecha en que hayan ocurrido las conductas a que hace referencia la citada ley.

Resulta trascendente para analizar la reparación del daño producto del acoso laboral, la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de 27 de noviembre de 2019¹⁴⁴, mediante la cual se condenó a una entidad al pago de perjuicios morales y a la vida de relación, por no adoptar oportunamente las medidas tendientes a evitar las conductas de acoso laboral de las que fue víctima la demandante

7.4. REFLEXIÓN

La Ley 1010 de 2006 es un instrumento para la prevención del acoso laboral, sin embargo, el mismo resulta insuficiente para evitar este riesgo psicosocial y ello quizás se deba a un aspecto cultural y de política preventiva.

En ese orden de ideas, resultan insuficientes las sanciones que se imponen en la ley, falencia que va hasta una protección deficiente de los artículos 11,12,13,14,15 y 16 de la Constitución Política.

La Ley consagró un fuero que no permite un reintegro por despido nulo o ineficaz cuando se puede demostrar en un proceso que dichos derechos fundamentales se encuentran afectados.

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 27 de noviembre de 2019, SL5195-2019, radicación 73505, Magistrado Ponente Fernando Castillo Cadena.



7.5. CONVENIO 190 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO OIT SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL MUNDO DEL TRABAJO

El convenio C – 190 fue adoptado por la conferencia general de la Organización Internacional del Trabajo el 10 de junio de 2019, dentro de la celebración de su centésima octava reunión, y si bien no ha sido ratificado por el Congreso de la República, instrumentos internos como sentencias proferidos por la H. Corte Constitucional, prevén su integración al marco normativo nacional dentro del llamado bloque de constitucionalidad.

Es innegable su importancia como apoyo a las políticas desestimulantes de la violencia y acoso en el ámbito del trabajo.

Dicho convenio en su preámbulo, de manera clara y meridiana, recuerda la declaración de Filadelfia de la cual se extrae que: “todos los seres humanos sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad, dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”, convenio que para su estructuración tuvo apoyo en instrumentos internacionales de gran relevancia por su contenido en defensa de derechos tales como: “la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, la convención internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial, la convención internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, la convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”.

Dicho convenio se ocupa de trazar líneas para que los estados miembros a través de su legislación interna proscriban la violencia y el acoso en el lugar de trabajo imponiéndoles la obligación de “respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso”, por lo cual para lograr dichos postulados exige que los estados miembros adopten normatividad con “enfoque inclusivo, integrado y que se tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo”.



Se puede comprimir el Convenio 190 de la OIT en los siguientes aspectos:

- » Se facilita una definición de acoso y violencia en el trabajo; en los eventos en que los países miembros consideren que no pueden definirse de manera conjunta ambos conceptos, lo pueden hacer de manera separada, siguiendo en todo caso las pautas del convenio.
- » Al analizar las definiciones que trae el convenio desaparecen unas definiciones que la doctrina nacional e internacional consideraban relevantes para la configuración del acoso, verbigracia, la intencionalidad del autor de los actos violentos o de acoso, la efectiva producción derivada de tales conductas y en cierta medida la reiteración durante cierto lapso de dicha conducta y decimos de cierta manera porque se define de forma conjunta el acoso y la violencia en el trabajo, pues, normalmente el acoso requiere de reiteración salvo algunos casos antes explicados.

Los sujetos que se ven amparados, trabajadores con vínculo laboral, trabajadores informales, postulantes de empleo, becarios, empresarios, etc., reconociendo en este último caso el acoso horizontal y el ascendente.

Queda por delimitar el acoso y violencia derivados de terceros, verbigracia, clientes, alumnos, pacientes, sobre todo porque muchos de ellos están en contacto con el público de manera más constante, pudiendo estar sujetos a este tipo de conducta inapropiada. Puede ser ilustrativo el hecho de que el empleador debe proteger a sus trabajadores de todo tipo de riesgo, en cuyo caso la circunstancia descrita debe quedar comprendida en las figuras estudiadas.

Por otro lado, se consagra el ciberacoso y la violencia por medio de redes sociales cuando tengan relación con el trabajo. Quedan por definir el lugar en el que se produce el acoso y el concepto relación con el trabajo.

Los Estados que lo adopten tienen la obligación de expedir legislación siguiendo lo dispuesto en el Convenio, así como políticas al respecto, sobre todo en materia de género, adoptando campañas de sensibilización en este último aspecto.



7.6. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

1. Los discentes deben analizar las sentencias T-239 de 2018 emanada de la Corte Constitucional y reflexionar sobre el despido con indemnización inaceptable constitucionalmente por razón del acoso laboral. De igual manera deben analizar la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 56 de 2019¹⁴⁵ y determinar si esa doctrina es aplicable en Colombia
2. Pedro es un trabajador de la empresa La Sapiente desde hace más de 30 años, cuenta con 58 años de edad, se ha desempeñado como Asistente de Oficios Varios, ha sido un trabajador cumplidor de sus deberes, es el primero que llega a la empresa y es uno de los últimos que sale, es colaborador con todo el personal. Llegó un nuevo jefe de personal y ha tomado la decisión de no asignarle funciones, fue relegado a un cuarto y en esa situación lleva más de 2 meses. Pedro ha solicitado que se le asignen funciones, dice que se ha preparado e incluso sabe manejar el computador, el internet e incluso está dispuesto realizar cualquier labor dentro de su experiencia y conocimiento pueda hacer. Una indemnización por despido de Pedro resultaría costos porque aún el personal de servicios varios tiene buena remuneración.

Se pregunta a los discentes ¿si la conducta del jefe de personal constituye acoso laboral? ¿En qué modalidad? Justifique su respuesta con base en lo dicho en esta unidad.

7.7. AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Qué normatividad regula en Colombia el acoso laboral?
2. ¿Cuáles son las características del acoso laboral?
3. ¿Cuáles son los elementos del acoso laboral?
4. Señale y Explique las modalidades de acoso laboral en el ordenamiento colombiano
5. ¿Las modalidades de acoso laboral de que trata la Ley 1010 de 2006 son taxativas? Explique.
6. ¿Cuáles son los principales aspectos que trata Convenio 190 de la OIT?

¹⁴⁵ <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25922#completeresolucion&completa>.



7.8. ALGUNOS ASPECTOS COMPARATIVOS ENTRE LA LEY 1010 DEL 2006 Y EL CONVENIO 190 DE LA OIT¹⁴⁶

	Ley 1010 del 2006	Convenio 190 OIT
Sujetos activos de violencia o acoso	(Artículo 2º): <ul style="list-style-type: none"> ● Empleador ● Jefe o superior jerárquico inmediato o mediato ● Compañero de trabajo ● Subalterno 	No especifica
Sujetos Pasivos de violencia o acoso	<ul style="list-style-type: none"> ● Solo trabajadores subordinados, particulares o servidores públicos ● No aplica en las relaciones de tipo civil, ni en la "contratación administrativa" (art. 1º, par) 	<ul style="list-style-type: none"> ● Trabajadores subordinados ● Otros trabajadores, cualquiera sea su "situación contractual" - Personas en formación (pasantes y aprendices) ● Trabajadores despedidos ● Trabajadores voluntarios ● Personas en busca de empleo y postulantes a un empleo ● Quienes ejercen autoridad, funciones o responsabilidades de un empleador
Situaciones de violencia o acoso	No especifican	<p>"La violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo", así:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● En el lugar público o privado de trabajo ● Sitios donde se paga la remuneración ● Sitios de descanso ● Lugares de alimentación ● Instalaciones sanitarias, de aseo o vestuarios ● En desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionadas con el trabajo ● En el marco de comunicaciones relacionadas con el trabajo ● En el alojamiento proporcionado por el empleador ● En los trayectos entre el domicilio y lugar de trabajo

¹⁴⁶ Este cuadro comparativo fue elaborado por el Dr. CARLOS ERNESTO MOLINA y es tomado de la Revista Actualidad laboral y Seguridad Social No 215/ septiembre-octubre 2019, pág.11.



MODULO DE FORMACIÓN AUTODIRIGIDA
LABORAL INDIVIDUAL

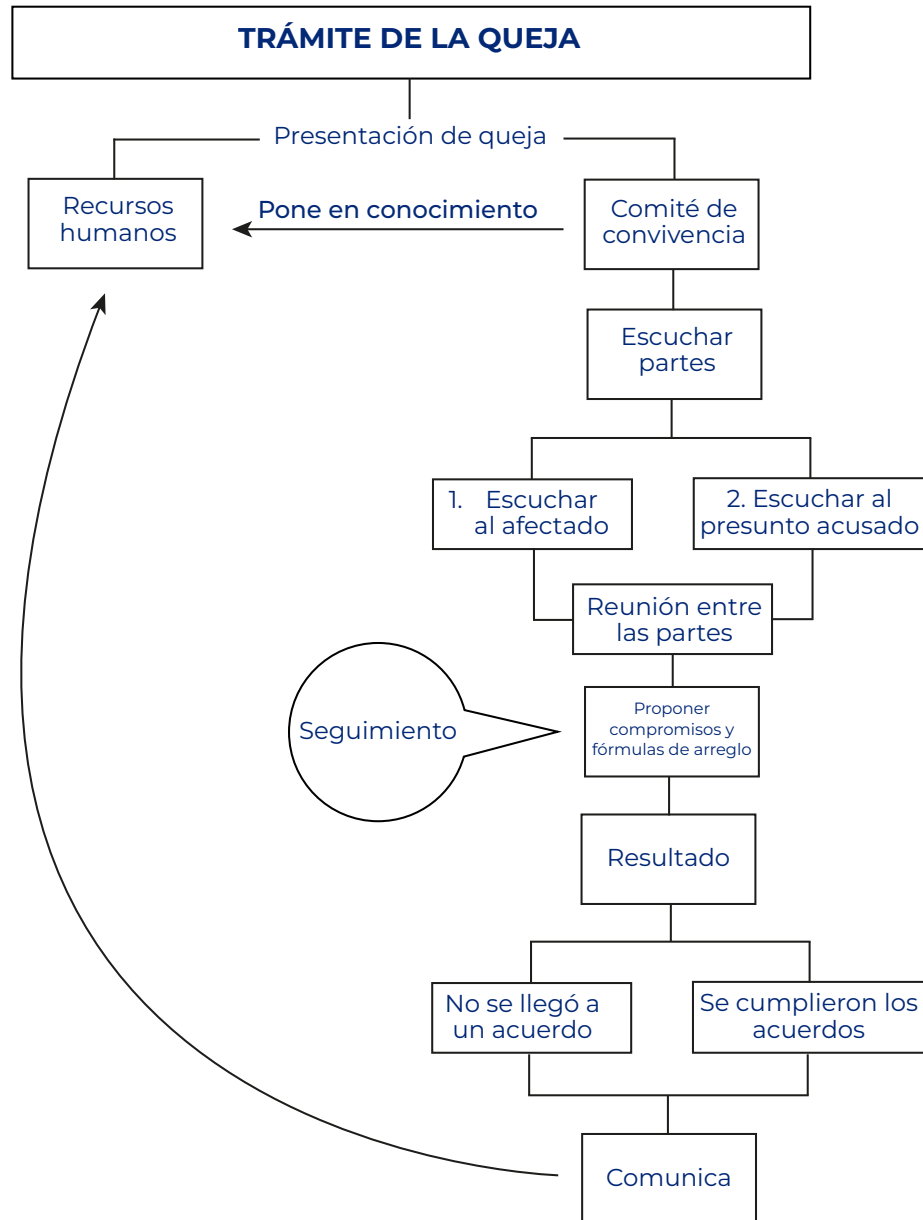
Frecuencia de los actos de violencia o acoso	"Conducta persistente y demostrable" (art. 2º)	"Una sola vez o de manera repetida" (art. 2º)
Modalidades de acoso laboral	(Artículo 2º): <ul style="list-style-type: none">● Maltrato● Discriminación● Entorpecimiento● Inequidad● Desprotección	No especifica. Lo que significa que deja a la legislación y jurisprudencia nacionales la definición de este aspecto
Atenuantes y agravantes	(Artículos 3º y 4º): Señala circunstancias agravantes y atenuantes	No señala específicamente circunstancias atenuantes o agravantes. La legislación nacional podría especificarlos
Medidas de autoprotección	Ninguna	"Derecho de alejarse de una situación de trabajo sin sufrir represalias u otras consecuencias indebidas si tiene motivos razonables para considerar que esta presenta un peligro grave e inminente para su vida, su salud o su seguridad como consecuencia de actos de violencia y acoso, así como el deber de informar de esta situación de la dirección" (art. 10)
Atribuciones del inspector de trabajo	Solamente funciones de prevención: "conminar preventivamente"; instar al empleador para que realice "actividades pedagógicas" o "terapias grupales de mejoramiento de las relaciones"	Impartir órdenes de aplicación inmediata; órdenes de interrupción de actividades, en caso de peligro inminente para la vida, la salud o la seguridad social de los trabajadores, sin perjuicio de cualquier recurso judicial o administrativo prescrito por la legislación nacional.



7.9. FLUJOGRAMA DE ACOSO LABORAL¹⁴⁷

Trámite de la queja de acoso laboral

Algunos aspectos comparativos entre la ley 1010 del 2006 y el Convenio 190 de la OIT



Fuente: Cortés Romero y Asociados, abogados.

¹⁴⁷ Tomado de Actualidad laboral y Seguridad social No 215/septiembre octubre de 2019, editorial Legis. Bogotá, página 30.



7.10. JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

- » T- 461 de 1998, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.
- » T-013 de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.
- » T-170 de 1999, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández.
- » T-878 de 2014, Magistrado Ponente, Jorge Iván Palacio Palacio.
- » T-572 de 2017, Magistrado Ponente, Antonio José Lizarazo Ocampo.
- » T- 239 de 2018, Magistrada Ponente, Gloria Stella Ortiz Delgado.

SENTENCIAS SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- » Radicación 73505 de 2019, SL5195-2019, Magistrado Ponente Fernando Castillo Cadena.

7.11. BIBLIOGRAFÍA

- » ÁNGEL QUIROGA, MACARENA, El convenio No 190 y la Recomendación 206: la regulación sobre la violencia y el acoso adaptados a la nueva realidad del mundo del trabajo, Derecho de las Relaciones Laborales, mensual No 7, julio 2019, editorial Lefebvre, Madrid.
- » ARBONÉS LAPENA, HILDA, Violencia en el trabajo: El Acoso Sexual, editorial Bomarzo, Albacete, 2019.
- » CAMACHO-RAMÍREZ, ADRIANA, La Ley 1010 de 2006 sobre acoso laboral en Colombia, en Derecho Individual del Trabajo, Herrera Vergara, J.R. y Camacho-Ramírez A., editorial Universidad del Rosario, Bogotá 2019.
- » DE LOS RÍOS CASTIBLANCO, JUAN CARLOS, AGUIRRE ESPINOSA, JUAN ESTEBAN, MACÍAS MAURY, VICTORIA, Acoso Laboral desde la Perspectiva Jurisprudencial de la H. Corte Constitucional Colombiana, recuperado de www.corteidh.or.cr.
- » MOLINA NAVARRETE, CRISTOBAL, Violencia y Acoso de Persecución Sindical: Nuevas Perspectivas de Tutela a la luz del Convenio 190, editorial Bomarzo, Albacete 2020.
- » MOLINA NAVARRETE, CRISTOBAL, El ciberacoso en el trabajo, cómo identificarlo. Prevenirlo y erradicarlo en las empresas, editorial La Ley, Madrid 2019.
- » MOLINA MONSALVE, CARLOS ERNESTO, Revista Actualidad laboral y Seguridad Social No 215/ septiembre-octubre 2019, editorial Legis.
- » PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI, Liderazgo Zero, Madrid 2009, citado en www.controladoresaereos.org.
- » VIDAL CASERO, MARÍA DEL CARMEN : El MOBBING en el trabajo. Su problemática. Recuperado <https://www.bioeticacs.org>.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

 @escuelajudicial_rlb

 @escuelajudicialrlb

 @Ejrlbnet

 @EJRLB

 escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/