



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

Módulo de Práctica Judicial en el Derecho Laboral Individual

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL
ESPECIALIZADA EN EL ÁREA DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Módulo de Práctica Judicial
en el Derecho Individual

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA **SALA ADMINISTRATIVA**

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Vicepresidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

**MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
JUAN GUILLERMO ZULUAGA ARAMBURO**

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

**PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL
ESPECIALIZADA EN EL ÁREA DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Módulo de Práctica Judicial en el Derecho Laboral Individual

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”**

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA EN EL ÁREA DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PRESENTACIÓN

El Módulo de Práctica Judicial en el Derecho Laboral Individual forma parte del Programa de Formación Judicial Especializada en el Área del Trabajo y de la Seguridad Social del Plan de Formación de la Rama Judicial, aprobado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y construido por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas y la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo, bajo la coordinación del Magistrado Francisco Escobar Henríquez, con la autoría de los doctores **MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR** y **JUAN GUILLERMO ZULUAGA ARAMBURO**, quienes con su conocimiento y experiencia y con el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propusieron responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una administración de justicia cada vez más justa, oportuna y cercana a todos los colombianos.

El módulo de Elementos de la Práctica Procesal para Empleados aplicado a la Oralidad Laboral que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia judicial, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron a nivel nacional con servidoras y servidores judiciales y al monitoreo de la práctica judicial con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos

microcurrículos. De la misma manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por los autores **MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR** y **JUAN GUILLERMO ZULUAGA ARAMBURO** fue validado con los Funcionarios y Empleados de los Comités Académicos quienes con sus observaciones enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial responde al modelo pedagógico sistémico y holista de la educación, es decir, que el conocimiento se gesta y desarrolla como resultado de un proceso de interacción sistémica entre pares, todos los cuales participan de manera dinámica como formadores o discentes, en el contexto de innovación, investigación y proyección social de las sociedades del conocimiento, a partir de los siguientes criterios:

- Respeto por los Derechos Fundamentales.
- Respeto por la independencia de Jueces y Juezas.
- Un modelo basado en el respeto a la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación
- Consideración de la diversidad y la multiculturalidad.
- Orientación hacia el ciudadano.

- Una dimensión personalizada de la educación.
- Énfasis en una metodología activa apoyada en el uso de las TICs en educación, con especial énfasis en las tecnologías de educación virtual B-learning.
- Mejoramiento de la práctica judicial
- Compromiso socializador.
- Dimensión creativa de la educación.
- Aproximación sistémica, integral e integrada a la formación.
- Aprendizaje basado en el estudio de problemas a través del método del caso y el análisis de la jurisprudencia.

La EJRLB desarrolla la gestión pedagógica con base en los tres ejes fundamentales alrededor de los cuales se fundamenta la sociedad el conocimiento: investigación académica aplicada, el Plan de Formación de la Rama Judicial y la proyección social de la formación.

1. ***Investigación Aplicada:*** Conjunto de actividades que posibilita la integración de todos los elementos que contribuyen al desarrollo, la introducción, la difusión y el uso del conocimiento.
2. ***Plan de Formación:*** Desarrollo de la capacidad y las condiciones para que los discentes construyan su propio modelo interpretativo de la realidad en búsqueda de lograr la transformación de su proyecto de vida y del contexto en el que interactúa. El aprendizaje se asume como el resultado de la interacción entre pares que con su experiencia se convierten en insumos de los unos para con los otros y de esta manera enriquecen los elementos y juicios para la toma de decisiones.
3. ***Proyección Social de la Formación:*** Se trata de la extensión de los programas de formación que realiza la EJRLB a comunidades distintas a los servidores y servidoras de la Rama Judicial. Se concibe el rol que la Escuela Judicial tiene como integradora de conocimiento y su labor de proyectarlo no sólo dentro de la Rama Judicial sino también en

todas las comunidades que tienen que ver con la formación en justicia bajo todas sus manifestaciones.

4. Igualmente, el modelo pedagógico se enmarca dentro de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con el propósito de contribuir con la transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los mismos, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuario/as; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una

realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* “*learning societies*”, *organizaciones que aprenden* “*learning organizations*”, y *redes de aprendizaje* “*learning networks*”¹.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “*lo público*” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

1 Teaching and Learning: Towards the Learning Society; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de la Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo de la Escuela, en donde los autores/as contaron con el acompañamiento de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados y Jueces, quienes con profundo compromiso y vocación de servicio se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en los aspectos pedagógicos y metodológicos, como en los contenidos del programa, con el propósito de facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa I. *Preparatoria. Reunión Preparatoria.* Con esta etapa se inicia el programa de formación; en ella la red de formadores/as con la coordinación de la Escuela Judicial, presenta los objetivos, la metodología y la estructura del curso; se precisan los módulos transversales y básicos que le sirven de apoyo, y se reitera el uso del Aula y Campus Virtuales. Así mismo, se lleva a cabo el *Análisis Individual* tanto de los módulos como del caso integrado e integrador cuyas conclusiones se comparten mediante su publicación en el Blog del Curso.

Etapa II. *Integración a la Comunidad Judicial.* Los resultados efectivos del proceso formativo, exigen de los y las participantes el esfuerzo y dedicación personal, al igual que la interacción con sus pares, de manera que se conviertan el uno y el otro en insumo importante para el logro de los propósitos formativos. Esta etapa está conformada por cuatro fases claramente identificables:

La *Reunión Inicial del Módulo* en la cual se presentan los objetivos del módulo, la agenda, las guías didácticas y los materiales para su estudio y se fijan los compromisos pedagógicos por parte de los y las discentes con el curso de formación que inician.

El *Análisis Individual* que apunta a la interiorización por parte de cada participante de los contenidos del programa, mediante la lectura, estudio y análisis del módulo, el desarrollo de los casos y ejercicios propuestos en el mismo, con apoyo en la consulta de jurisprudencia, la doctrina y el bloque de constitucionalidad, si es del caso.

El *Foro Virtual* constituye la base del aprendizaje entre pares cuyo propósito es buscar espacios de intercambio de conocimiento y experiencias entre los y las participantes mediante el uso de las nuevas tecnologías, con el fin de fomentar la construcción colectiva de conocimiento en la Rama Judicial.

El *Conversatorio del Curso* que busca socializar el conocimiento, fortalecer las competencias en argumentación, interpretación, decisión y dirección alrededor del estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores y formadoras con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias y juego de roles, entre otras estrategias pedagógicas.

Etapa III. Aplicación a la Práctica Judicial: La aplicación a la práctica judicial es a la vez el punto de partida y el punto de llegada, ya que es desde la cotidianidad del desempeño laboral de los servidores que se identifican los problemas, y, mediante el desarrollo del proceso formativo, se traduce en un mejoramiento permanente de la misma y por ende, una respuesta con calidad y más humana para los usuarios y usuarias. Esta etapa se desarrolla mediante tres fases:

La *Aplicación in situ* busca “aprender haciendo” de manera que la propuesta académica se convierta en una herramienta útil en el quehacer judicial permitiendo identificar las mejores prácticas en los casos que se sometan al conocimiento de la respectiva jurisdicción o especialidad.

El *Seguimiento* a través de conversatorios presenciales o por videoconferencia que posibiliten a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a reforzar los contenidos de los módulos desarrollados y fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial mediante su participación en el Blog de Mejores Prácticas.

Las *Monitorias* en donde los formadores y formadoras se desplazan a los distintos distritos, con el fin de observar el funcionamiento de los despachos en cuanto a la aplicación de los contenidos de los módulos o reformas e intercambiar puntos de vista sobre dicha gestión; este ejercicio se complementa con los “conversatorios distritales” en los que participen todos los magistrados, magistradas, juezas y jueces de la sede, al igual que, otros intervinientes y usuarios involucrados en la problemática que se aborda. Todo lo anterior, con el fin de plantear nuevas estrategias de mejoramiento de la práctica, mediante la cualificación del programa formativo

Etapas IV. Evaluación del Curso: Todo proceso formativo requiere para su mejoramiento y cualificación, la retroalimentación dada por los y las participantes del mismo, con el fin de establecer el avance en la obtención de los logros alcanzados frente a los objetivos del programa, así como la aplicación de indicadores y su respectivo análisis y mediante la profundización sobre casos paradigmáticos de la especialidad o jurisdicción en el *Observatorio Académico* de la EJRLB cuyos resultados servirán de insumo para EJRLB futuros programas de formación.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces la República, Empleados y expertos juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permiten abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial para prestar un buen servicio a las y los ciudadanos.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que está inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área del Trabajo y de la Seguridad Social**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del plan de formación de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, que se articulan mediante diversos temas transversales, tales como: La Ética Judicial, Igualdad de Género en la Administración de Justicia, Argumentación Judicial en Debates Orales y Escritos, Filosofía del Derecho, Estructura de la Sentencia, Prueba Judicial, Interpretación Constitucional, Interpretación Judicial, Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado: (1) Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan; (2) Tenga en cuenta las guías del y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones, el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura

efectiva del plan educativo; (3) Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o complementar las perspectivas presentadas.

Finalmente, el Programa de Formación Judicial Especializada del Área del Trabajo y de la Seguridad Social que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9A -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico **escuelajudicial@ejrlb.net** los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área del Trabajo y de la Seguridad Social.**

CONTENIDO

1. NUEVA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN DEL TRABAJO HUMANO	29
1.1. ¿Qué es el teletrabajo?	29
1.2. Modalidades de teletrabajo	30
1.3. Características y beneficios del teletrabajo	31
1.4. Garantías laborales, sindicales y de seguridad social para los teletrabajadores	32
1.5. Comunicación al Inspector del Trabajo	36
1.6. Texto de la ley 1221 de 2008	36
2. LA SOLIDARIDAD EN EL DERECHO LABORAL	34
2.1. La responsabilidad solidaria del simple intermediario con el empleador	43
2.2. La responsabilidad solidaria de los socios en sociedades de personas	44
2.3. Responsabilidad solidaria del nuevo empleador con el antiguo, en caso de sustitución patronal	46
3. SALARIO	49
3.1. Breves antecedentes históricos del salario	49
3.2. El concepto económico del salario	49
3.3. El salario como fenómeno social	50
3.4. El salario y la doctrina social de la Iglesia	50
3.5. Naturaleza jurídica del salario	51
3.6. Definición del salario en nuestra Legislación Colombiana	52

3.7.	El salario y la Constitución	52
3.8.	Elementos del salario	53
3.9.	Pagos que no constituyen salario	55
3.10.	Pagos parafiscales	53
3.11.	Adquisición del salario	57
3.12.	Irrenunciabilidad y cesión del salario	57
3.13.	Salario en especie.	58
3.14.	Viáticos.	59
3.15.	Las propinas	61
3.16.	Estipulación y pago de salarios	63
3.17.	Periodos y tiempo de pago	67
3.18.	Lugar de pago	68
3.19.	A quién se hace el pago	69
3.20.	Salario en moneda extranjera	69
3.21.	A trabajo igual, salario igual	70
3.22.	El auxilio de transporte	74
3.23.	Retención, deducción y compensación de salarios	74
3.24.	Descuentos permitidos	76
3.25.	Embargo de salarios	76
3.26.	Salario del secuestrado	77
3.27.	Salario mínimo	78
3.28.	Salario para liquidar prestaciones sociales	79
3.29.	El jus variandi	79

4. PRESTACIONES SOCIALES A CARGO DEL EMPLEADOR	85
4.1. De las Prestaciones Ordinarias ó Comunes	86
4.1.1. Del auxilio de cesantía	86
4.1.1.1. Salario para liquidar el derecho	87
4.1.1.2. Pérdida del Derecho	88
4.1.1.3. Quiénes no tienen derecho al auxilio de cesantía	89
4.1.1.4. Prohibición de pagos parciales	90
4.2. Intereses a la cesantía	91
4.3. Calzado y vestido de labor	92
4.3.1. Quiénes tienen derecho a ésta prestación	92
4.3.2. Cuando se causa el derecho	92
4.3.3. Clase de calzado y vestido de labor	93
4.3.4. Trabajadores agrícolas, silvicultores, pescadores, ganaderos, avicultores y apicultores	93
4.3.5. Obligación de uso	93
4.4. Auxilio de transporte	93
4.4.1. Quiénes tienen derecho al auxilio de transporte	94
4.4.2. Para qué efectos se tiene en cuenta el auxilio de transporte	94
4.5. Protección a la maternidad	95
4.5.1. Licencia de maternidad	95
4.5.2. Protección a la maternidad	96
4.5.3. Entonces, ¿qué debemos entender por estabilidad laboral reforzada?	100
4.5.4. El empleador puede dar por terminado un contrato con una trabajadora en estado de embarazo, por terminación del plazo fijo pactado?	101
4.5.5. Quiénes tienen derecho a la licencia de maternidad	101
4.5.6. Licencia de Paternidad	102
4.5.7. Lactancia	104
4.5.8. Despido de la trabajadora	104
4.5.9. Nulidad del despido	106
4.5.10. Jornada especial	107
4.5.11. La OIT y la mujer	107
4.5.12. Convenios de la OIT	107

4.5.13.	Recomendaciones de la OIT	108
4.6.	Gastos por cambio de domicilio	108
4.7.	De las Prestaciones Especiales	109
4.7.1.	La prima de servicios	109
4.7.1.1.	Quiénes están obligados a pagar la prima de servicio y quiénes tienen derecho a la prestación	110
4.7.1.2.	Valor de la prima de servicios	111
4.7.1.3.	Pago proporcional de la prima de servicios	111
4.7.1.4	La participación en utilidades y la prima de beneficios	111
4.7.1.5.	Carácter jurídico de la prima de servicios	112
4.7.1.6.	La prima de servicios y la suspensión del contrato	112
4.7.2.	Subsidio familiar	113
4.7.2.1.	Obligados a pagar los aportes a las cajas de compensación y obligados a pagar el subsidio	113
4.7.2.2.	Quiénes tienen derecho al subsidio familiar	114
4.7.2.3.	Vigencia del subsidio	115
4.7.2.4.	Personas que causan el derecho	115
4.7.2.5.	Subsidio familiar para inválidos disminuidos físicos	116
4.7.2.6.	Muerte de la persona a cargo y del beneficiario	116
4.7.2.7.	Los desempleados	116
5.	INDEMNIZACIONES	117
5.1.	Indemnización por despido Injusto	117
5.1.1.	Transición	119
5.2.	Indemnización moratoria	120
5.2.1.	Consignación de lo debido al trabajador	121
5.2.2.	Informe al trabajador	122
5.2.3.	Buena fe	123
5.2.4.	Desde cuándo se debe la indemnización	124
5.2.5.	La mora y las vacaciones	125
5.2.6.	Trabajadores en período de prueba	125
5.2.7.	Pacto entre empleador y trabajador para el pago de prestaciones sociales	125
5.2.8.	Indemnización moratoria a favor de los herederos del trabajador	126

5.2.9. La indemnización moratoria y la empresa en liquidación obligatoria	126
5.2.10. Finiquitos expedidos por el trabajador	127
5.3. Indemnización por atentar contra la maternidad	128

6. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO 921

6.1. Causas de suspensión del contrato de trabajo	130
6.1.1. Suspensión por circunstancias que afectan a la empresa	130
6.1.2. Fuerza mayor o caso fortuito	130
6.1.3. Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio en todo o en parte, hasta por ciento veinte días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de la Protección Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores	132
6.1.4. Por la muerte o inhabilidad del empleador, cuando éste sea una persona natural o cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo	132
6.1.5. Suspensión por circunstancias que afectan al trabajador	134
6.1.6. Licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria	134
6.1.7. Por ser llamado el trabajador a filas	135
6.1.8. La detención preventiva del trabajador hasta por treinta (30) días o por arresto correccional que no exceda de ocho (8) días y cuya causa no justifique la extinción del contrato	136
6.1.9. Suspensión por razón de la existencia de un conflicto laboral	136
6.2. Efectos de la suspensión del contrato de trabajo	136

7. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO 9

7.1. Causas o modos generales de terminación	139
--	-----

7.1.1.	Muerte del trabajador	139
7.1.2.	Mutuo consentimiento	140
7.1.3.	Expiración del plazo fijo pactado	143
7.1.4.	Terminación de la obra o labor contratada	143
7.1.5.	Liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento	143
7.1.6.	Suspensión de actividades por más de 120 días	144
7.1.7.	Sentencia judicial ejecutoriada	144
7.1.8.	No regresar el trabajador al desaparecer las causas de suspensión del contrato de trabajo	144
7.1.9.	Por decisión unilateral del trabajador	145
7.2.	Las causas de autodespido están contempladas en el artículo 7º del decreto 2351 de 1965, literal b	146
7.2.1.	Haber sufrido engaño por parte del empleador, respecto de las condiciones de trabajo	146
7.2.2.	Todo acto de violencia, malos tratamientos o amenazas graves inferidas por el empleador contra el trabajador o los miembros de 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	146
7.2.3.	Cualquier acto del empleador o de sus representantes que induzcan al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones	146
7.2.4.	Todas las circunstancias que el trabajador no pueda prever al celebrar el contrato, y que pongan en peligro su salud o seguridad, y que el empleador no se allane a modificar	147
7.2.5.	Todo perjuicio causado maliciosamente por el patrono al trabajador en la prestación del servicio	147
7.2.6.	El incumplimiento sistemático, sin razones válidas, por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales	147
7.2.7.	La exigencia del empleador, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto o en lugares diversos de aquel para el que fue contratado	148
7.2.8.	Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador de acuerdo con los artículos 57 y 59 del código sustantivo del	

trabajo, o cualquier falta calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamento	148
7.3. Terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador	149
7.3.1. Haber sufrido engaño por parte del trabajador mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido	151
7.3.2. Todo acto de injuria, violencia, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo	151
7.3.3. Todo acto grave de violencia, injuria, malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del empleador, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes y celadores	152
7.3.4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas	152
7.3.5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo en el desempeño de sus labores	152
7.3.6. Violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del código sustantivo del trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos	153
7.3.7. Detención preventiva del trabajador por más de 30 días a menos que posteriormente sea absuelto	154
7.3.8. El que el trabajador revele secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa	154
7.3.9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales	155

7.3.10. La sistemática inexecución, sin razones válidas, por parte del trabajador. de las obligaciones convencionales o legales	156
7.3.11. Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento	157
7.3.11. La renuencia sistemática del trabajador a aceptar medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del patrono o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes	157
7.3.12. La inaptitud del trabajador para realizar la labor encomendada	157
7.3.13. El reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa	158
7.3.14. Enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquier otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días	158

8. TALLER PARA DESARROLLAR CASOS APLICADOS AL DERECHO LABORAL INDIVIDUAL 169

Unidad 1

NUEVA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN DEL TRABAJO HUMANO

EL TELETRABAJO.-

1.1;Qué es el teletrabajo?

La Real Academia Española de la lengua en su última edición no tiene definido lo que se debe entender por teletrabajo.

Pero partiendo de las partículas que componen esta palabra. Tele, significa a distancia y trabajo, entre otros significados, nos indica la acción y efecto de trabajar, entre otras muchas acepciones. Entonces, teletrabajo es la acción y efecto de trabajar a distancia.

El teletrabajo es una modalidad del trabajo que puede pactarse a tiempo parcial o completo, y que requiere la utilización de medios de telecomunicación a través del cual se ponen en contacto el trabajador y el empleador. También se precisa que el trabajador tenga a su disposición un sistema de procesamiento electrónico de la información.

En nuestro medio está regulado el contrato por la ley 1221 de 2008 la cual tiene *por objeto promover y regular el teletrabajo como un instrumento de generación de empleo y autoempleo mediante la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC).*

1.2 Modalidades de teletrabajo

El teletrabajo puede presentar algunas modalidades atendiendo a la relación laboral. Una sería la realizada por cuenta propia, que no sería motivo de estudio por parte del derecho laboral, a no ser que se presente un asunto de contrato realidad, y otra modalidad sería la realizada por cuenta ajena.

Desde el punto de vista empresarial, desarrollar trabajo con trabajadores independientes puede resultarle beneficioso al empresario puesto que se podría ahorrar los costos por enfermedad, seguridad social, desaparecen los problemas de horarios, jornadas o vacaciones, etc, porque el trabajador no tiene derecho a percibirlos.

Pero en la modalidad de trabajo por cuenta ajena, los trabajadores trabajan para un empleador y tienen acceso a todos los derechos que trae la ley para los trabajadores dependientes.

Otra clasificación del teletrabajo se puede hacer atendiendo al lugar del trabajo: es decir, el trabajador puede laborar desde su domicilio, o de sede un centro de teletrabajo o telecentro móvil o itinerante. El teletrabajo en el domicilio se puede considerar como aquella actividad laboral que realiza el trabajador en su totalidad o en parte, en lugar de realizarla en la empresa. El teletrabajo en centros de teletrabajo o telecentros se pueden definir como el realizado en oficinas bien equipadas y localizadas cerca de los domicilios de los empleados, que permiten la reducción de desplazamientos y que son utilizadas por uno o más empleadores compartiendo recursos. El teletrabajo móvil o itinerante es el realizado por el empleado allí donde necesite hacerse, por ejemplo en la oficina del cliente.

Según lo señala el artículo 2º de la ley 1221 de 2008, el teletrabajo puede presentar las siguientes modalidades:

- *Autónomos son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, 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 laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina.*

El teletrabajo, es un concepto de trabajo flexible, que permite al trabajador laborar desde su domicilio o desde un centro de teletrabajo o desde donde se le necesite, utilizando las tecnologías de la información y de las comunicaciones, sin utilizar necesariamente ningún local, oficina o domicilio.

1.3 Características y beneficios del teletrabajo

Carácter voluntario.

Igualdad con los trabajadores presenciales.

Mismos regímenes de prestaciones sociales, promociones y mismos sistemas de retribución.

Garantía del ejercicio de derechos sindicales.

Teletrabajo de modalidad parcial o mixta.

Medidas de prevención, seguridad y salud laboral

Para los trabajadores tiene los siguientes beneficios:

Amplia las posibilidades de trabajo.

Garantizar la calidad laboral permitiendo la formación continua.

Flexibilidad del horario laboral.

Incremento de la satisfacción en el trabajo y la eficacia en el mismo ya que el trabajador se hace responsable de su trabajo y del cumplimiento de los objetivos.

Reducción de los desplazamientos al centro de trabajo.

Solución para conciliar la vida familiar con la profesional.

Para las empresas tiene los siguientes beneficios:

Valida la gestión de los recursos humanos.

Orienta la inversión en capacitación.

Mejorar la productividad.

Reduce los gastos de alquiler y mantenimiento de oficinas.

No se necesita un lugar fijo para trabajar.

Se pueden incorporar personas discapacitadas a la empresa para la realización de ciertos trabajos.

Se dan mejores posibilidades de contratación de personal aunque resida lejos de la instalación de la empresa.

Se pueden tener beneficios fiscales por el empleo de personas discapacitadas.

1.4 Garantías laborales, sindicales y de seguridad social para los teletrabajadores.

De acuerdo con lo indicado en el artículo 6º de la ley 1221 de 2008, estas garantías, son las siguientes:

1. A 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 la anterior, el Ministerio de la Protección Social deberá adelantar una vigilancia especial

para garantizar 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.
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. Lo dispuesto en este artículo será aplicado de manera que se promueva 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;
2. A protección de la discriminación en el empleo;

- c) La protección en materia de seguridad social (Sistema General de Pensiones, Sistema General de Seguridad Social en Salud y riesgos profesionales), de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993 y las normas que la modifiquen o adicionen o en las disposiciones que regulen los regímenes especiales;
 - d) La remuneración;
 - e) La protección por regímenes legales de seguridad social;
 - f) El acceso a la formación;
 - g) La edad mínima de admisión al empleo o al trabajo;
 - h) La protección de la maternidad. Las teletrabajadoras tendrán derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.
 - i) Respeto al derecho a la intimidad y privacidad del teletrabajador.
7. 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.

8. Si el teletrabajador no recibe los paquetes de información para que realice sus labores, o los programas para desempeñar su función, o no son arreglados a pesar de haberlo advertido no podrá dejar de reconocérsele el salario que tiene derecho.

Cuando el lugar de trabajo sea suministrado por el empleador y no puede realizar la prestación debido a un corte en las líneas telefónicas o en el flujo eléctrico su labor debe ser retribuida.

El trabajador que se desempeñe en la modalidad de móvil, no puede alegar estos imprevistos.

9. El empleador, debe contemplar el puesto de trabajo del teletrabajador dentro de los planes y programas de salud ocupacional, así mismo debe contar con una red de atención de urgencias en caso de presentarse un accidente o enfermedad del teletrabajador cuando esté trabajando.
10. 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.
11. Las empresas cuyas actividades tengan asiento en Colombia, que estén interesadas en vincular teletrabajadores, deberán hacerlo con personas domiciliadas en el territorio nacional, quienes desarrollarán sus labores en Colombia.
12. 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.

Parágrafo. Cuando el teletrabajo sea ejecutado donde sea verificable la jornada laboral, y el teletrabajador a petición del empleador se mantiene en la jornada laboral mas de lo previsto en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, o le asigna más trabajo del normal, el pago de horas extras, dominicales y festivos se le dará el mismo tratamiento de cualquier otro empleado.

1.5. Comunicación al Inspector del Trabajo.

El empleador que contrate a un teletrabajador está en la obligación de comunicar al inspector del trabajo del respectivo municipio y si no existe éste funcionario deberá comunicárselo al Alcalde Municipal.

1.6. *Texto de la ley 1221 de 2008*

LEY 1221 DE 2008

(julio 16)

Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia
DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene por objeto promover y regular el Teletrabajo como un instrumento de generación de empleo y autoempleo mediante la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC).

Artículo 2°. *Definiciones.* Para la puesta en marcha de la presente ley se tendrán las siguientes definiciones:

Teletrabajo. Es una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.

El teletrabajo puede revestir una de las siguientes formas:

- **Autónomos** son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, 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 laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina.

Teletrabajador. 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.

Artículo 3°. *Política pública de fomento al teletrabajo.* Para el cumplimiento del objeto de la presente ley el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de la Protección Social, formulará, previo estudio Conpes, una Política Pública de Fomento al teletrabajo. Para el efecto, el Ministerio de la Protección Social contará con el acompañamiento del Ministerio de Comunicaciones, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Departamento Nacional de Planeación, el Departamento Administrativo de la Función Pública, el SENA, y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales–DIAN. Esta Política tendrá en cuenta los siguientes componentes:

Infraestructura de telecomunicaciones.

Acceso a equipos de computación.

Aplicaciones y contenidos.

Divulgación y mercadeo.

Capacitación.

Incentivos.

Evaluación permanente y formulación de correctivos cuando su desarrollo lo requiera.

Parágrafo 1°. *Teletrabajo para población vulnerable*. El Ministerio de la Protección Social, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, formulará una política pública de incorporación al teletrabajo de la población vulnerable (Personas en situación de discapacidad, población en situación de desplazamiento forzado, población en situación de aislamiento geográfico, mujeres cabeza de hogar, población en reclusión, personas con amenaza de su vida).

Artículo 4°. *Red nacional de fomento al teletrabajo*. Créase la Red Nacional de Fomento al Teletrabajo de la cual harán parte:

- a) Entidades públicas del orden Nacional, que hacen parte de la agenda de conectividad;
- b) Empresas privadas de cualquier orden, representadas por los gremios que designe el Gobierno Nacional;
- c) Operadores de telefonía pública básica conmutada nacional;
- d) Cafés Internet;
- e) Organismos y/o asociaciones profesionales.

Parágrafo. Las funciones y funcionamiento de la Red Nacional de Fomento al Trabajo, serán definidas en la Política Pública de Fomento al Trabajo de que habla el artículo tercero de la presente ley.

El Ministerio de la Protección Social ejercerá la coordinación general de la red de la que trata el presente artículo.

Artículo 5°. *Implementación*. El gobierno Nacional fomentará en las asociaciones, fundaciones y demás organizaciones tanto públicas como privadas, la implementación de esta iniciativa, a través del Ministerio de la Protección Social y el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA. Así

mismo, el Gobierno Nacional pondrá en funcionamiento un sistema de inspección, vigilancia y control para garantizar el cumplimiento de la legislación laboral en el marco del teletrabajo.

Artículo 6°. *Garantías laborales, sindicales y de seguridad social para los teletrabajadores.*

1. A 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 la anterior, el Ministerio de la Protección Social deberá adelantar una vigilancia especial para garantizar 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.
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. Lo dispuesto en este artículo será aplicado de manera que se promueva la igualdad de trato entre los teletrabajadores y los demás trabajadores, teniendo en cuenta las características particulares del teletra-

bajo 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) A protección de la discriminación en el empleo;
 - c) La protección en materia de seguridad social (Sistema General de Pensiones, Sistema General de Seguridad Social en Salud y riesgos profesionales), de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993 y las normas que la modifiquen o adicionen o en las disposiciones que regulen los regímenes especiales;
 - d) La remuneración;
 - e) La protección por regímenes legales de seguridad social;
 - f) El acceso a la formación;
 - g) La edad mínima de admisión al empleo o al trabajo;
 - h) La protección de la maternidad. Las teletrabajadoras tendrán derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.
 - i) Respeto al derecho a la intimidad y privacidad del teletrabajador.
7. 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.

8. Si el teletrabajador no recibe los paquetes de información para que realice sus labores, o los programas para desempeñar su función, o no son arreglados a pesar de haberlo advertido no podrá dejar de reconocérsele el salario que tiene derecho.

Cuando el lugar de trabajo sea suministrado por el empleador y no puede realizar la prestación debido a un corte en las líneas telefónicas o en el flujo eléctrico su labor debe ser retribuida.

El trabajador que se desempeñe en la modalidad de móvil, no puede alegar estos imprevistos.

9. El empleador, debe contemplar el puesto de trabajo del teletrabajador dentro de los planes y programas de salud ocupacional, así mismo debe contar con una red de atención de urgencias en caso de presentarse un accidente o enfermedad del teletrabajador cuando esté trabajando.
10. 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.
11. Las empresas cuyas actividades tengan asiento en Colombia, que estén interesadas en vincular teletrabajadores, deberán hacerlo con personas domiciliadas en el territorio nacional, quienes desarrollarán sus labores en Colombia.
12. 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.

Parágrafo. Cuando el teletrabajo sea ejecutado donde sea verificable la jornada laboral, y el teletrabajador a petición del empleador se mantiene en la jornada laboral más de lo previsto en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, o le asigna más trabajo del normal, el pago de horas extras, dominicales y festivos se le dará el mismo tratamiento de cualquier otro empleado.

Artículo 7. *Registro de Teletrabajadores.* Todo empleador que contrate teletrabajadores, debe informar de dicha vinculación a los Inspectores de Trabajo del respectivo municipio y donde no existan estos, al Alcalde Municipal, para lo cual el Ministerio de la Protección deberá reglamentar el formulario para suministrar la información necesaria.

Artículo 8°. *Reglamentación.* El Gobierno Nacional, dentro de los seis (6) meses siguientes a la sanción de la presente ley, reglamentará lo pertinente para el cumplimiento de la misma.

Artículo 9°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.

Unidad 2

LA SOLIDARIDAD EN EL DERECHO LABORAL

2.1. La responsabilidad solidaria del simple intermediario con el empleador

El artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, define a los intermediarios, como aquellas personas que contratan servicios de otras personas para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador, siendo así como el intermediario interviene en el acto de contratación; pero no recibe un beneficio para sí mismo y por ende no es responsable de las obligaciones que surgen del contrato de trabajo para el empleador.

No obstante, quien contrate trabajadores para prestar servicios a beneficio de un tercero; deberá declarar su calidad de simple intermediario y manifestar el nombre del empleador, *so pena* de que tenga que responder solidariamente con el empleador por las obligaciones laborales que se causen.

En sentencia 9435 de 24 de abril de 1997, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, definió a los intermediarios, de la siguiente manera:

“...aquellas personas naturales o jurídicas que sin ser empleadores se encargan de contratar trabajadores en nombre de estos, o de enrollarlos para que laboren al servicio de una determinada empresa o sencillamente de convocarlos y proponerlos al patrono por solicitud de este

como acontece en el caso de las agencias de colocación, conocidas anteriormente como bolsas de empleo. El artículo 35 del C.S.T., describe dos clases de intermediarios a saber: Las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono y las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos por cuenta del empleador...”

“...En todo caso los intermediarios, cualquiera que sea su modalidad, no son el empleador sino su representante para efectos de la contratación (C.S.T., art 32) e incluso algunos son meros corredores de colocación, conforme arriba se dijo, es decir personas naturales o jurídicas cuya actividad radica en postular trabajadores a solicitud de un empleador interesado, quien, si lo estima pertinente, vinculará directamente al postulado caso en el cual deberá cancelar un monto establecido al agente...”

2.2 La responsabilidad solidaria de los socios en sociedades de personas

Según el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, serán solidariamente responsables de las obligaciones que surjan de los contratos de trabajo, los asociados en las sociedades de personas, y solamente hasta el límite de sus aportes. Quedan pues excluidos de esa responsabilidad los socios en sociedades por acciones, como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en muchedumbre de sentencias, en las que predicó que según el artículo 252 del Código del Comercio, en las sociedades por acciones no habrá lugar a acción de terceros contra los socios por obligaciones sociales.

Esto dice el precepto mercantil:

“Artículo 252.- En las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por obligaciones sociales. Estas sólo podrán ejercitarse contra los liquidadores y únicamente hasta concurrencia de los activos sociales recibidos por ellos. ...”

Ello es así por cuanto en ese tipo de sociedades, - por acciones-, la responsabilidad de los socios se tiene frente al ente social, en cuanto paga su aporte y así se desvincula de las obligaciones que adquiriera el ente social; de modo que sus actuaciones no derivan del derecho de propiedad sobre el ente social, sino de su calidad de accionista que desarrolla mediante las deliberaciones y decisiones de la asamblea; recibiendo los dividendos que son la medida de beneficio que recibe por su inversión; asumiendo el riesgo de perder su inversión, no como propietario del ente social, ya que el sujeto de derechos y obligaciones es la sociedad, la que recibe los beneficios y asume las pérdidas, en general. –Sentencia 13939 de 10 de agosto de 2000-.

Ahora bien, en las sociedades de responsabilidad limitada, como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, hay lugar a la solidaridad prevista en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, pero cada socio será responsable hasta el límite de sus aportes en la sociedad, en conformidad a lo previsto en el artículo 353 del Código de Comercio, cuando expresa:

“...Artículo. 353.— En las compañías de responsabilidad limitada los socios responderán hasta el monto de sus aportes.

En los estatutos podrá estipularse para todos o algunos de los socios una mayor responsabilidad o prestaciones accesorias o garantías suplementarias, expresándose su naturaleza, cuantía, duración y modalidades”.

De otro lado el artículo 354 del Código del Comercio, dispone:

“Artículo 354.—El capital social se pagará íntegramente al constituirse la compañía, así como al solemnizarse cualquier aumento del mismo. El capital estará dividido en cuotas de igual valor, cesibles en las condiciones previstas en la ley o en los estatutos.

Los socios responderán solidariamente por el valor atribuido a los aportes en especie.”

Así las cosas, la responsabilidad laboral que se desprende del artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, se refiere a las sociedades colectivas, a las de responsabilidad limitada, a las en comandita (simples o por acciones) y a las llamadas cuentas en participación (socio administrador cuya responsabilidad es ilimitada).

Para el caso de los comuneros, responden de manera solidaria, según la norma en comento, pues todos son igualmente responsables; de modo que el trabajador puede demandar indistintamente al que lo contrató o a todos los contratantes.

2.3 La responsabilidad solidaria del nuevo empleador con el antiguo, en caso de sustitución patronal.

La sustitución de empleadores se halla regulada por los artículos 67 a 70 del Código Sustantivo del Trabajo.

La sustitución patronal se origina por el cambio de un empleador por otro, cambio que puede obedecer a cualquier causa –venta de la empresa, negocio o establecimiento; arrendamiento; permuta; muerte del empleador; fusión de una empresa a otra que la absorbe, etc.-. La sustitución de ninguna manera puede afectar los contratos de trabajo vigentes a la época de la sustitución, y origina la solidaridad del nuevo empleador con el antiguo, respecto a las obligaciones que tenía éste al momento del cambio de empleador; obligaciones que no sólo se refieren a las de los trabajadores activos, sino que también cubre a los jubilados cuya prestación esté a cargo de la empresa, o de aquellas que han nacido con anterioridad a la sustitución, pero que se hacen exigibles con posterioridad, caso en el cual debe cubrirlas el nuevo empleador, pudiendo repetir contra el antiguo.

Es así como, para que se configure la sustitución de empleadores deben cumplirse los siguientes requisitos o presupuestos:

1. Cambio de un empleador por otro;

2. Que se conserve la identidad de la empresa, negocio o establecimiento, esto es, que no sufra cambios esenciales en el giro ordinario de sus actividades;
3. Que los trabajadores continúen prestando servicios bajo los contratos de trabajo anteriores a la sustitución.

De allí que si falta alguno de estos requisitos, no puede predicarse la sustitución patronal, como tampoco la solidaridad entre empleadores.

Se pretende con esta figura que por la vía de la solidaridad y la responsabilidad entre los empleadores (nuevo y antiguo), conservar y proteger los derechos de los trabajadores involucrados en la sustitución, puesto que, se itera, el nuevo empleador se hace solidario con el antiguo por las obligaciones causadas con anterioridad al cambio de empleador, de modo que si el nuevo satisface dichas obligaciones, puede repetir contra el antiguo lo pagado.

En resumen, el nuevo empleador es responsable directo y único de las obligaciones que se causen con posterioridad a la sustitución, pero también es responsable por vía de la solidaridad de las causadas con anterioridad a la mutación de empleadores; de modo que responde de todas las obligaciones generadas durante la vigencia del contrato de trabajo, así el antiguo empleador no le haya entregado lo correspondiente a las prestaciones causadas con anterioridad a la fecha de la sustitución.

En este caso la ley permite que se liquide el auxilio de cesantía a la fecha de la sustitución y se le entregue al trabajador como si se hubiere retirado voluntariamente, pero entendiéndose que el contrato de trabajo continúa ejecutándose de manera normal. Esta liquidación se puede efectuar por acuerdo entre el antiguo empleador y sus trabajadores, o por acuerdo que se ajusta entre el nuevo empleador y los trabajadores, caso en el cual puede aquel repetir contra el antiguo lo pagado.

Pero, si no se da acuerdo sobre el pago del auxilio de cesantía, la obligación de liquidación y pago de esta prestación queda a cargo del nuevo empleador

Los acuerdos que se presenten entre las partes de la sustitución – antiguo y nuevo empleador- no son oponibles a los trabajadores, quienes no pueden ver afectados sus derechos por las relaciones de aquellos.

En consecuencia, los trabajadores no pierden su antigüedad, puesto que por la sustitución no se suspenden ni modifican los contratos de trabajo vigentes a la fecha, como tampoco configura causa de terminación de los contratos de trabajo. Si no pierden su antigüedad, los trabajadores continuarán con el régimen de cesantías y de indemnizaciones que les eran aplicables al momento de la sustitución.

Unidad 3

SALARIO

3.1. Breves antecedentes históricos del salario

La palabra **SALARIO** proviene del latín *SALARIUS*, que significa perteneciente o proveniente de la sal, en razón a que en la antigüedad las tribus semitas empleaban éste mineral como moneda.

3.2. El concepto económico del salario.

La economía mira el salario como una renta, aunque provenga del trabajo humano. Para ésta ciencia no tiene importancia si esa renta se genera en una labor sometida a dependencia jurídica o es, simplemente, independiente.

Como lo dice Justo López, *“El salario es un precio, sin duda, con características muy especiales, pues no se admite, por razones éticas, que su formación quede librada pura y exclusivamente al libre choque de la oferta y al demanda”*.²

Marx, en su obra *El Capital*, citado por Julián Arturo de Diego³ sostenía que el salario era un producto histórico – social, consecuencia directa de un límite básico consistente en el marco de supervivencia elemental del

2 El Salario, en el tratado del derecho del trabajo, vol. II, pág. 467, Editorial la ley, 1969

3 De Diego, Julián Arturo, *La Remuneración del Trabajador*, pág 5, editorial Depalma, 1984.

trabajado y su familia, condicionado por el crecimiento desproporcionado de la población que contribuye a la reducción del salario por aumento de la oferta de mano de obra, frente a la demanda decreciente por factores circunstanciales, el crecimiento de la tecnología y los elementos vitales de participación y proporción inestables.

3.3. El salario como fenómeno social

Si dejamos de lado el concepto de que el salario simplemente sirve para atender a la subsistencia del ser humano en un sitio y en un momento histórico cualquiera, entonces podemos pasar a comprender porque se habla de que el salario tiene como característica ser *vital y móvil* para referirse a la menor remuneración que debe recibir el trabajador en la jornada legal de trabajo, que le permita no solamente satisfacer esas necesidades mínimas, sino otras que van más allá, pero que también son importantes para tener una vida digna, como la educación, la vivienda, la salud, el esparcimiento, las vacaciones, etc.

3.4. El salario y la doctrina social de la Iglesia

La iglesia católica se ha preocupado desde hace muchos años del tema salarial, y tanto en los evangelios como en las diferentes encíclicas ha hecho mención al mismo, pero entendiéndolo no como una dádiva, sino como la remuneración justa por el trabajo realizado a favor del empleador. Veamos primero el concepto que tenía del trabajo para entender lo que ha querido la iglesia católica respecto del salario.

León XIII dijo que el trabajo *es la actividad humana ordenada a proveer a las necesidades de la vida y especialmente a su conservación*".⁴

Pío XI dijo que el trabajo humano *"es el empleo y ejercicio de las fuerzas del alma y del cuerpo en los bienes naturales por medio de ellos"*⁵.

4 Encíclica, *Rerum Novarum*.

5 Encíclica, *Cuadragésimo anno*.

Pablo VI lo definió como *“todo esfuerzo de inteligencia y de saber para transformar la naturaleza creada y adaptarla a las necesidades humanas cada vez más diferenciadas”*.⁶

La iglesia católica considera el trabajo como un don de Dios, el cual está presente con el ser humano desde siempre, constituyéndose el salario, consecuentemente, en un problema moral.

Desde los evangelios se plantea el problema de la justicia del salario:

“El que trabaja merece que lo sustenten (Mateo, X –10)”

“El que trabaja merece su recompensa (Lucas, X – 7)”.

3.5. Naturaleza jurídica del salario

Pérez Botija al referirse al tema dice.

*“Si admitiéramos que el contrato de trabajo es equiparable a la compraventa, bastaría aplicar toda la doctrina del precio. El salario sería el precio del trabajo. Si se aceptase que la relación de trabajo es una relación asociada, podría equipararse el salario a la participación de los socios en las pérdidas y ganancias de la sociedad. Si se estimara que el trabajador es un arrendador de trabajo, nos serviría la teoría de la merced en el arrendamiento. Pero el contrato de trabajo no corresponde a la realidad de aquellas obligaciones, por tener naturaleza propia, y el salario no responde tampoco al régimen legal de aquellas instituciones, pues su disciplina jurídica es distinta”*⁷.

Existen muchas teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica del salario, pero en ésta oportunidad nos referiremos a tres de ellas. Veamos:

Las teorías que consideran que el salario simplemente tiene el carácter de **alimentario**. Dicen que el salario es indispensable para satisfacer los gastos imprescindibles para la alimentación, el vestuario y la vivienda.

⁶ Carta a la LI Semana Social de Francia.

⁷ Eugenio Pérez Botija, *Salarios*, Madrid, 1944, pág 8 y 55

Las teorías que dicen que el salario guarda analogía con los frutos. Se considera el salario un crédito que se causa cada cierto tiempo, a media que se va ejecutando el trabajo o va corriendo el tiempo, haciéndose exigible solo en esa medida y en períodos regulares. Concluyen que, entonces, el salario equivale a los frutos civiles.

Otra teoría considera que el salario es la contraprestación del trabajo. Es lo que el trabajador recibe a cambio de su esfuerzo o actividad profesional. Por lo tanto, esa remuneración comparte un carácter contractual.

3.6. Definición del salario en nuestra Legislación Colombiana.

El artículo 23 del CST, modificado por el artículo 1º de la ley 50 de 1990, dice que salario es: *la retribución del servicio*.

Igualmente, el artículo 22 de la misma obra, al referirse al contrato de trabajo e indicar sus elementos, dice una vez ha hecho mención de la prestación personal del servicio y de la subordinación, que: *“...la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario”*

3.7. El salario y la Constitución.

El artículo 25 de la Constitución Política de Colombia dice:

“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”.

El artículo 53 de la misma obra exige al Congreso la expedición de un nuevo estatuto laboral y le indica las materias sobre las cuales debe legislar, señalando, entre ellas: *“remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo...”*.

3.8. Elementos del salario.

El artículo 127 del CST, modificado por el art. 14 de la ley 50 de 1990, no define lo que es salario, sino que se limita a señalar lo que constituye salario. Al efecto dice.

“Elementos integrantes:

Constituye salario no solo 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”.

El salario es, en consecuencia:

- a) Una contraprestación, es decir, una prestación onerosa recíproca originada en la actividad del trabajador.
- b) La remuneración es un deber, una obligación de naturaleza contractual, basada en un intercambio recíproco, que tiene dos titulares obligados, ya que no solo el empleador está obligado a pagar, sino que el trabajador, a su vez, tiene el derecho – deber de cobrar.
- c) El salario tiene un sujeto titular del derecho que es el trabajador, o sujeto pasivo, y un sujeto activo que debe pagar, que es el empleador.
- d) Es una contraprestación contractual, nacida del acuerdo de voluntades, pero limitada por las disposiciones irrenunciables y de orden público que restringen la autonomía de la voluntad.
- e) La remuneración podrá pactarse libremente, excepto cuando se trata del salario mínimo, por debajo del cual no es posible la contratación.

- f) El pago del salario es el principal derecho del que se beneficia el trabajador. Es la remuneración más inmediata y directa que el trabajador recibe.

Afirmamos lo anterior porque el trabajador recibe otros pagos en forma indirecta que no constituyen salario, como por ejemplo las prestaciones sociales. Ellas nacen indudablemente de la relación de trabajo, pero a diferencia del salario no retribuye propiamente la actividad desplegada por el trabajador sino que más bien cubren los riesgos o infortunios a que se puede ver enfrentado, como la desocupación, la pérdida ocasional o permanente de la capacidad de trabajo, etc. Son el mecanismo de seguridad social ideado por el legislador para cubrir los riesgos que afectan el desempleo, la salud y la vida del trabajador.

Para que un pago constituya salario se requiere.

1. Que exista una relación laboral.
2. Que la suma recibida corresponda a la contraprestación que el empleador debe al trabajador, no solo por la prestación del servicio sino por el hecho de ponerse bajo su subordinación. La esencia del salario es su carácter retributivo, es decir, que corresponda a la prestación de un servicio, por ello no importa el nombre que se le de.
3. Que no corresponda a un hecho gratuito. Es una condición correlativa a la naturaleza onerosa del salario. Por ello, cuando se presta un servicio por solidaridad, amistad, familiaridad, etc, no puede considerarse que se ha generado un salario a favor de quien prestó ese servicio.
4. Que constituya un ingreso personal del trabajador, es decir que ingrese realmente a su patrimonio.

Por tanto, lo que recibe el trabajador en dinero o en especie para desempeñar a cabalidad las funciones encomendadas por el empleador no se puede considerar como salario. Así, los viáticos permanentes que recibe el trabajador para atender a los clientes de la empresa, o para trasladarse de un sitio a otro con el fin de cumplir con sus labores, no pueden consi-

derarse como salario, porque ellos están destinados a desempeñar las funciones encomendadas por el empleador. Tampoco las prestaciones sociales alcanzan a ser salario.

Como lo dijo la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del abril 30 de 1949, G del T, t IV, pág. 450, que guarda actualidad:

“el salario no es una prestación social. El salario es la remuneración del servicio que presta el trabajador al patrono; es la contraprestación correspondiente a la prestación trabajo. Las prestaciones sociales que emanan también del trabajo, pero que no tienen como finalidad retribuirlo directamente, tal como el auxilio de enfermedad, la cesantía, las vacaciones remuneradas, son cosa diversa que la ley ha creado con el propósito de otorgar un beneficio al trabajador, en su afán de atender a la debida protección que al Estado le atañe. En rigor, debe entenderse como salario solamente aquella porción que el trabajador recibe como remuneración inmediata de su servicio. Los beneficios colaterales o subsiguientes no tienen el mismo carácter, no importa que para ciertos efectos algunos de ellos deban ser considerados como tales”.

3.9. Pagos que no constituyen salario.

El artículo 128 del CST nos indica cuáles son los ingresos que no se pueden considerar como retribución del servicio. No constituyen salario las sumas que en forma ocasional 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.

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 del CST, es decir las prestaciones patronales comunes como el accidente ocurrido por culpa del patrono, las derivadas de la protección a la maternidad, el auxilio de cesantía sus intereses y el calzado y vestido de trabajo. Así mismo, la pensión de jubilación y la prima de servicios. 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: alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Debemos observar que la norma jurídica nos está señalando que no son salario *los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente*, pero no se está refiriendo a los beneficios o auxilios habituales u ocasionales de origen legal. Estos, por el contrario, no pueden ser objeto de convención para no tenerlos como salario.

3.9.1. Pagos parafiscales.

Debemos entender que como el legislador le permitió a los contratantes acordar que ciertos pagos extralegales se pudieran tener como no integrantes del salario, entonces la liquidación de los aportes parafiscales está dada por la totalidad de los pagos que integran el salario en los términos de la ley. Por lo tanto, debemos entender que dentro de dichos términos si las partes han acordado que ciertos ingresos no forman parte de la base salarial, entonces no se deben tener en cuenta para liquidar esos aportes.

3.10. Adquisición del salario.

Deveali⁸ sostiene que la obligación sinalagmática a cargo del trabajador era la de ponerse a disposición del empleador para realizar la labor a la cual se obligó.

El trabajador gana el salario cuando se pone a disposición del empleador con el fin de realizar la labor a la cual se ha obligado en el contrato de trabajo, y gana ese salario aunque el empleador no utilice efectivamente sus servicios. Así, el artículo 140 del CST dice que: *“Durante la vigencia del contrato de trabajo el trabajador tiene derecho a percibir el salario, aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del patrono”*.

Claro está que existen excepciones, como cuando el contrato de trabajo se suspende por una cualquiera de las causales indicadas en el código sustantivo del trabajo.

No se puede confundir lo expresado en el artículo 140 con la *disponibilidad*, pues ésta no es trabajo y, por lo tanto, no se remunera. La disponibilidad no es más que la potencialidad de poder laborar en beneficio del empleador, y por ello el empleador no está exigiendo al trabajador que le preste un servicio.

3.11. Irrenunciabilidad y cesión del salario.

El artículo 142 del CST dice que el derecho al salario es irrenunciable y no se puede ceder en todo o en parte, a título gratuito ni oneroso, aunque si puede servir de garantía hasta el límite y en los casos que determine la ley.

Sin embargo el salario se puede perder, como cuando se deja transcurrir el tiempo de prescripción sin reclamarlo. Es una forma legal de renunciar al mismo. También se renunciaría al salario cuando se trata de un derecho

⁸ Deveali, Mario I, *El derecho del Trabajo, en su aplicación y sus tendencias*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983.

incierto o discutible, en cuyo caso puede ser objeto de transacción o de conciliación, como sería, por ejemplo, en el caso de un trabajador que tiene salario variable y no se sabe a ciencia cierta a cuánto asciende lo debido porque no se lleve un control estricto del mismo.

3.12. Salario en especie.

El artículo 129 del CST, subrogado por el artículo 16 de la ley 50 de 1990, dice que constituye salario en especie toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, tales como la alimentación, habitación o vestuario que el empleador suministra al trabajador o a su familia, salvo la estipulación en contrario convenida por las partes.

El Salario en especie debe valorarse expresamente en todo contrato de trabajo. A falta de estipulación o de acuerdo sobre su valor real se estimará pericialmente sin que pueda llegar a constituir y conformar más del cincuenta por ciento (50%) de la totalidad del salario.

No obstante, cuando un trabajador devengue el salario mínimo legal, el valor por concepto de salario en especie no puede exceder del 30%.

El salario puede estar integrado por un solo bien o por varios bienes, pero lo que está prohibido por el legislador es que el pago consista solamente en bienes, porque, necesariamente, tienen que hacerse pagos del 50% o del 70% en dinero, dependiendo del valor del salario convenido entre las partes.

Es importante observar que el salario en especie a veces beneficia directamente a la familia del trabajador, lo cual no ocurre necesariamente con el pago en dinero. Así, por ejemplo, cuando se entrega vivienda al trabajador y a su familia, o se entrega alimentación a la familia del trabajador.

El pago en especie es aquel que se formaliza mediante la tradición de cosas muebles y fungibles, cuantificables en dinero o por el uso de casa de habitación o vivienda.

El truck system del derecho inglés, o sistema de trueque, fue considerado un medio de intercambio hábil en virtud de la inexistencia de una moneda de curso legal. Los metales preciosos y la escasez de la mercadería eran los signos de cuantificación de los valores.

El truck system, en sus diversas formas, fue desvirtuándose progresivamente, particularmente con la introducción de la moneda como medio normal de intercambio. Luego, la necesidad de amparar a los trabajadores frente a los posibles abusos emanados del Truck system dio origen a la legislación que restringió primero su uso o lo suprimió después.

El artículo 136 del CST prohíbe el pago del salario en mercaderías, fichas u otros medios semejantes, a menos que se trate de una remuneración parcialmente suministrada en alojamiento, vestido y alimentación para el trabajador y su familia.

Todavía en algunas regiones de nuestro país se siguen empleando los llamados *vales*, que es una forma de truck system, ya que el trabajador recibe a cambio de su dación de trabajo un comprobante, teóricamente válido por una suma de dinero o por cierto tipo de mercaderías, que debe canjear luego en un almacén de propiedad del mismo empleador.

Claro está que el empleador puede vender a sus trabajadores mercancías o víveres, siempre y cuando sea transparente la negociación y no lleve implícita una orden de compra únicamente en el almacén del empleador. Para ello se requiere que el trabajador tenga plena libertad para hacer sus compras donde quiera, y que se publiquen las condiciones de venta para que el trabajador no sea engañado por el empleador.

3.13. Viáticos.

Se denominan viáticos a aquella suma entregada al trabajador destinada a sufragar gastos de traslado, representación, alimentación y hospedaje que el trabajador realiza en cumplimiento de su función dependiente y en beneficio del empleador, siempre y cuando sean permanentes.

Los viáticos destinados a gastos de transporte y representación no constituyen salario porque se trata de gastos que se realizan en beneficio de la función que cumple el trabajador, y que por ser un gasto del empleador no ingresó al patrimonio del trabajador, no fue parte de su ganancia ni se originó su eventual tenencia en la contraprestación, sino en un hecho constitutivo de su dación para pagar un servicio necesario para la empresa.

Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación. Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos (artículo 130, subrogado por el artículo 17 de la ley 50 de 1990).

El trabajador deberá demostrar dentro del proceso que el empleador le canceló viáticos por una suma determinada y corresponderá al empleador que tanto del monto de lo que entregó corresponde a manutención y alojamiento y cuanto a gastos de representación y transporte.

Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso, así se dediquen a la manutención y alojamiento del trabajador. Son viáticos accidentales aquellos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente. Determinar cuando se debe calificar como tal corresponde a la actividad judicial.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de junio 27 de 1986, dijo que:

“No puede concluirse, como indirectamente lo hace el tribunal, que ante la falta de aclaración sobre la imputación de las sumas pagadas por viáticos, éstos pierdan en su totalidad la condición de salario pues ello representaría una interpretación totalmente contraria al sentido de la norma que simplemente pretende que se especifique la condición salarial de aquellos pagos que por su naturaleza lo tienen, porque se trata de sumas que se destinan a cubrir los gastos que normalmente atiende el trabajador con su salario y que pretenden evitar la afectación del peculio del mismo cuando al salir de su sede en cumplimiento

de funciones, debe cubrir necesidades cuya atención se encuentra dentro del ámbito de lo que ordinariamente se cubre con el salario.

De modo que concluir que la falta de discriminación frente al pago de los viáticos representa no tener suma alguna de éstos como imputable a salario es contrario no sólo a la equidad y a la naturaleza de los pagos destinados a cubrir alimentación y alojamiento, sino que se opone al entendimiento jurisprudencial según el cual la obligación de precisar los conceptos pagados por viáticos corre a cargo del patrono y por tanto el incumplimiento de tal obligación sólo puede generar consecuencias negativas para el mismo, las cuales sólo pueden ser las de darle a la totalidad de los pagos una incidencia y repercusiones salariales”.

3.14. Las propinas

Las propinas que reciba el trabajador no constituyen salario. Por tanto, no puede pactarse como retribución del servicio prestado por el trabajador lo que éste reciba por propinas.

Las propinas son pagadas por los clientes de un establecimiento cualquiera cuando encuentran que el servicio solicitado y prestado resulta satisfactorio y quieren reconocer ese servicio a quienes lo prestaron.

Hay ocasiones en que ciertos trabajadores reciben únicamente como retribución las propinas y en otros casos la propina es un complemento de salario que recibe el trabajador de su empleador. En nuestro medio ambos extremos resultan contrarios a la ley, pues no se puede considerar al propina como única forma de pago del salario, ni como complemento del mismo.

No siempre el trabajador está autorizado para recibir propinas, pues éstas, en ciertos casos, son prohibidas y en otros casos son ilegales. Las primeras se presentan cuando el empleador tiene prohibido a sus trabajadores recibirlas, en cuyo caso la violación de la prohibición puede conducir a una sanción o a la terminación justa del contrato. En el otro evento, si el trabajador recibe propina puede incurrir en un tipo penal,

como cuando el funcionario público recibe o exige propina por realizar un acto propio de su oficio.

Deveali⁹ afirma que es difícil sostener que las propinas son salario, por las siguientes razones.

1. Las propinas son abonadas por terceros, mientras que el salario está a cargo del patrón.
2. Las propinas no son debidas, ni por la ley ni por la costumbre, como lo demuestra el hecho de que el interesado a quien no le hayan sido otorgadas, no tiene derecho a reclamarlas; es pues una prestación voluntaria, que depende de la discreción del tercero, y no una obligación, como en el caso del sueldo.
3. Puesto que el costo del servicio está ya comprendido en el precio de lo consumido que el cliente paga, la propina encuentra en el servicio prestado por el trabajador, la ocasión más que la causa, y constituye por lo tanto, más que una retribución suplementaria, la manera con que el cliente demuestra su agradecimiento por la forma en que fue atendido por el trabajador.
4. El cliente que da la propina tiene el animus donandi, y en su concepto, la donación es dirigida al trabajador y no al patrón.

Pérez Botija¹⁰ afirma que entre la propina y el salario existen diferencias, especialmente porque el régimen jurídico del salario no es aplicable a aquella, si bien debiera ser asimilados uno y otra para ciertos efectos: indemnización por accidente de trabajo, cesantía, cotizaciones para el salario familiar, para los seguros sociales, etc.

9 *ibidem*

10 *ibidem*

3.15. Estipulación y pago de salarios.

Por tratarse de un contrato bilateral, el empleador y el trabajador tienen plena libertad para señalar libremente el salario en sus diferentes modalidades. Por ejemplo, lo pueden señalar por unidad de tiempo, por obra, a destajo y por tarea. Claro está que siempre se debe respetar el salario mínimo legal o el salario mínimo convencional. Así lo dice el artículo 132 del CST, subrogado por el artículo 18 de la ley 50 de 1990.

Así, pues, empleador y trabajador se pueden poner de acuerdo para aumentar o disminuir el salario que devengará el trabajador, lo cual significa que no lo puede imponer unilateralmente el empleador. Si así lo hiciera, el empleador estaría violando el artículo 57, ordinal 4. Si el trabajador aceptare la disminución unilateral del salario y continúe sirviendo al empleador, no podría luego alegar la violación de la ley por parte del empleador, porque se dio un asentimiento tácito a esta variación.

Por ello, las partes pueden señalar libremente la forma y la cuantía del salario. Ese acuerdo significa que ha existido un acuerdo de voluntades entre patrono y trabajador respecto del salario, sin que se pueda imponer unilateralmente.

Pero las partes están obligadas a mantener el poder adquisitivo del salario, es decir que aunque exista libertad para estipular el salario, el empleador deberá mantener su poder para adquirir bienes y servicios, pues de no hacerlo estaría técnicamente disminuyendo el salario en forma unilateral. En sentencia T-102 de 1995, con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero, se estableció:

“En el contrato de trabajo como contrato realidad, la retribución salarial, debe, como mínimo, mantener el valor que ésta tenía cuando se inició la relación laboral, siempre y cuando, no aparezcan modificaciones de cantidad y calidad de trabajo que justifiquen la alteración de ese valor.

“La relación laboral es conmutativa, razón que permite afirmar que el quantum del salario debe “actualizarse para mantener su capacidad adquisitiva”.

“En materia laboral no debe imperar indiscriminadamente la autonomía de la voluntad de las partes, que haga nugatorio los derechos de la parte débil de la relación: el trabajador. Razón por la que se hace necesario aplicar preceptos que, si bien no son acordados por éstas, deben hacer parte integral del acuerdo laboral, a fin de mantener la equidad de la relación. Una de estas normas extracontractuales es, precisamente, la del artículo 53 de la Constitución, según la cual el salario debe ser móvil, ante la necesidad de mantener el poder adquisitivo de la remuneración salarial, dado que ésta permite a los trabajadores acceder y mantener unas condiciones dignas.

“Si el valor adquisitivo del salario disminuye, y el empleador no accede a restablecer la pérdida de éste, debe acudirse a la jurisdicción ordinaria para que el funcionario competente, después del correspondiente análisis probatorio, determine si existe el desequilibrio económico que se alega y, por tanto, ordene su restablecimiento.

“La jurisdicción laboral tiene como función definir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo (artículo 1º del Código Procesal del trabajo). La pérdida del valor adquisitivo del salario, y el reajuste correspondiente, es un conflicto que surge en el desarrollo de la relación contractual, por causas externas a las partes, pero que afecta uno de sus elementos: la remuneración. Hecho que justifica la intervención del juez laboral, para solucionar los conflictos que, por este motivo, surjan entre trabajadores y empleadores.

“La naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela, la hace un mecanismo improcedente para obtener el restablecimiento del equilibrio que pudo desaparecer en una relación laboral determinada, a causa de los efectos inflacionarios de la economía donde ésta se desarrolla. La decisión de un empleador de no reajustar la asignación salarial de su empleado, debe ser puesta en conocimiento de la justicia laboral, para

que, a través de las acciones correspondientes, estas controversias se solucionen. Por tanto, la acción de tutela deviene en un mecanismo improcedente para obtener el restablecimiento de este equilibrio.

“Sólo cuando se demuestre que esos mecanismos legales han sido ineficaces, tal como sucedió en el caso que dio origen a la sentencia T-102 de 1995, la tutela podrá ser utilizada para obtener el restablecimiento de las condiciones laborales correspondientes.” (Corte Constitucional. Sentencia T-461 de 1998. Magistrado ponente, doctor Alfredo Beltrán Sierra).

Las partes podrán acudir, por lo tanto, a una de estas formas para determinar el salario, veamos:

a. Salario por unidad de tiempo.

Es aquel que se establece teniendo en cuenta una cantidad determinada de dinero por cada unidad de tiempo elegida, con prescindencia del resultado obtenido en ella. Se podrá pactar por hora, por día, por semana, por quincena, por mes, etc.

b .Salario por resultado.

Es aquel que se determina en forma directamente proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, con prescindencia del tiempo empleado en obtenerlo. Este tipo de salario es el conocido como **a destajo** . Se podrá pactar: por unidad de obra (valor unitario a los productos obtenidos); por incentivos o premios (suma de dinero, prestación en especie o beneficio que obtiene el trabajador por haber cumplido una labor que sobrepasa el tope máximo señalado por el empleador)

c. Las comisiones.

Es la forma de determinar el monto de la remuneración sobre la base de un porcentaje sobre las ventas o los recaudos. Se calcula sobre el

negocio celebrado por el trabajador con un tercero en representación del empleador.

El empleador al encomendar la función de venta del trabajador, acepta dentro de ciertos límites las ventas que éste haga, pudiendo, sin embargo, rechazar los negocios con justa causa.

La comisión se debe al trabajador por haber concertado el negocio, aspecto relativo a la contratación y convergencia de las voluntades recíprocas. El hecho de llevar a buen fin el acuerdo es responsabilidad del empleador y el trabajador es ajeno a ello, por tratarse ya de la ejecución del acuerdo de voluntades.

La devolución de la mercancía por parte del comprador no debe afectar el derecho del trabajador a percibir la comisión.

Si el trabajador realiza una venta en condiciones no autorizadas por el empleador y por ello se frustra el negocio, el trabajador no tiene derecho a la comisión, es una forma de evitar el engaño haciendo posible un negocio jurídico que no lo es.

Las comisiones se generan por los negocios que se realicen con los clientes en las zonas asignadas o en el listado acordado entre las partes.

Las comisiones no pueden ser disminuidas por la decisión unilateral del empleador, y si así obra se podrá dar por terminado el contrato por parte del trabajador, exigiendo la indemnización respectiva.

No se puede confundir con el salario a destajo, aunque ambas sean formas de salario variable y están subordinadas a la actividad del trabajador, sin embargo presentan diferencias, como que el salario a destajo se aplica a la producción de artículos o a la confección de obras, y la comisión opera en la venta o distribución de mercancías

3.16. Periodos y tiempo de pago.

Dice el artículo 134 del CST que cuando se trata del salario en dinero debe pagarse por periodos iguales y vencidos, en moneda legal. El período para los jornales no puede ser mayor de una semana. Y para los sueldos no mayor de un mes.

El salario del trabajo suplementario o de horas extras y el recargo por trabajo o una nocturno debe pagarse junto con el salario ordinario del período en que se ha causado, o a más tardar con el salario del período siguiente.

A veces al trabajador se le entrega una suma de dinero a cuenta de las comisiones sobre operaciones ya realizadas pero que no se pueden liquidar en ese momento por falta de información, o porque el comprador no ha pagado, o porque se presentó otra circunstancia cualquiera que no permite el pago. En estos casos el pago se debe considerar como un avance porque la condición para que se haga efectivo el salario aún no se ha cumplido.

La Corte Constitucional en providencia del SU 995 de diciembre 9 de 1999, con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, dijo:

“En el asunto que ocupa a la Corte, no cabe duda, tal y como ya se consideró, el no pago o el pago tardío del salario genera la violación de múltiples derechos fundamentales, y hace precisa la pronta intervención del funcionario judicial para poner término al abuso del empleador y restituir las garantías del trabajador.

(...)

“En principio, la no cancelación de los salarios a un trabajador por parte de su empleador, configura un perjuicio irremediable que, como se ha anotado, pone en peligro el derecho fundamental a la subsistencia los demás derechos conexos, en todos los casos en los que no se encuentre debidamente acreditado que el trabajador cuenta con rentas suficientes y distintas de las que provienen del trabajo.

(...)

“De acuerdo con las anteriores consideraciones y conforme a la doctrina constitucional, las conclusiones son las siguientes:

El derecho de todos los trabajadores al pago oportuno de su remuneración salarial es una garantía que no se agota en la simple enunciación de un deber surgido de la relación laboral, sino que se trata de un verdadero derecho fundamental.

La figura de la retribución salarial está directamente relacionada con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la , subsistencia reconocido por la Corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida (C.P, art. 11), a la salud (C.P., art. 49), al trabajo (C.P. art. 25), y a la seguridad social (C.P, art. 48); pero no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador.

3.17. Lugar de pago.

El pago debe efectuarse en el lugar en donde se ha prestado el servicio, durante el trabajo o inmediatamente después de que este cesa.

No se puede pagar el salario en centros de vicio o en lugares de recreo, en expendios de mercancías o bebidas alcohólicas, a no ser que se trate de trabajadores del establecimiento donde se hace el pago.

Perez Botija¹¹ dice que: *“Es interesante esta medida de protección por dos motivos: 1) porque si no se efectúa el pago del salario en el lugar donde los servicios se presten, se ocasionan molestias y, a veces, gastos de desplazamiento al trabajador; 2) Porque si se llevara a cabo en ciertos*

11 Ibidem.

establecimientos, propicios al consumo, el salario corre también el riesgo de ser disminuido”.

3.18. A quién se hace el pago.

De la obligación de pagar el salario nace a la vez el derecho del trabajador de percibirlo. El salario se paga directamente al trabajador o a la persona que él autorice por escrito.

El salario se le debe hacer al trabajador siempre y cuando tenga capacidad para ello. Por lo tanto, ciertos menores o interdictos no pueden recibir el pago de su salario, en cuyo caso se le hará al tutor o curador. Podrá, pues, realizarse el pago a un familiar del trabajador imposibilitado para recibirlo personalmente o a otra persona autorizada.

Si el trabajador no percibe el salario porque se le paga en una forma prohibida, por ejemplo con un vale, en forma insuficiente o mediante valores no admitidos por el derecho, como en acciones o títulos, se genera a favor del trabajador el pago de intereses y la indexación del crédito. Además podrá dar por terminado el contrato de trabajo con derecho a que se le indemnice (despido indirecto), incluso solicitando la indemnización por mora de que trata el artículo 65 del CST, modificado por la ley 789 de 2002, artículo 29, si el contrato termina y no se le cancelan los salarios debidos.

3.19. Salario en moneda extranjera.

La ley permite que el salario se pacte en moneda extranjera, aunque el trabajador puede pedir que se le pague en su equivalente en moneda nacional colombiana, al tipo de cambio oficial del día en que deba efectuarse el pago.

Si la remuneración se deteriora porque se trate de una divisa débil, podrá ajustarse solicitando que se pague en moneda nacional colombiana, manteniendo así su poder adquisitivo. El salario en divisa extranjera más fuerte que la colombiana no se puede indexar.

Si el día de pago coincidiera con un día en que no desarrolla actividad, por ser un día no laborable, el pago se efectuará en el día hábil inmediato posterior

3.20. A trabajo igual, salario igual.

A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual.

No se pueden establecer diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.

La eficiencia no está condicionada a la antigüedad ni tampoco a la experiencia. La norma se refiere al resultado final y no a factores intermedios que como la antigüedad y la experiencia bien pueden estar en relación directa con la facultad laboral o aptitud del trabajador, pero sin que necesariamente ello ocurra, porque nada impide que un trabajador menos antiguo y con menos práctica sea tan hábil o aun supere en aptitud y capacidad a otro de mayor tradición en la empresa y de mayor experiencia en el trabajo.

La ley no es rígida en cuanto al salario se refiere. Se podrán crear diferencias salariales pero fundadas en la eficiencia.

Tampoco exige la norma que la comparación solo pueda establecerse mediante el cotejo de diplomas o títulos de capacitación y eficiencia laborales, sino que se trata de demostrar la igualdad de trabajo y eficiencia con otro trabajador que desempeña igual función que otro en la misma empresa, en jornadas iguales y con salarios desiguales.

La base para comparar a la cual se refiere el artículo 143 del CST no puede ser la de las *funciones mínimas del cargo*, porque éstas que son condiciones objetivas de puesto y jornada, no sirven por sí solas para la comparación, porque se precisa, además, que se tengan en consideración condiciones de tipo subjetivo, como son la *eficiencias* de los trabajadores, la cual debe ser igual entre los trabajadores que devengan un

salario diferente. No basta con comprar cargos, porque la norma tiene un componente subjetivo, necesario en la comparación. Por ello, no basta que la labor de dos trabajadores de la misma empresa sea igual y que lo sea también la jornada de trabajo, para que opere la igualdad de salarios como lo indica el artículo 143, pues el precepto exige, además, que desempeñen la función con la misma eficiencia.

En sentencia T 311 del 23 de junio de 1998, con ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz, la H. Corte Constitucional dijo:

“Claramente ha señalado la Corte que el derecho fundamental al trabajo, implica a su vez una remuneración acorde con la labor desarrollada, es decir, deberá compensar el trabajo realizado y no ser el fruto de una decisión caprichosa de quien paga la labor desarrollada. Además, la remuneración obedecerá a criterios razonables y objetivos que tengan en cuenta entre otras razones, la experiencia, preparación y conocimientos del trabajador.

Por demás es sabido que los salarios son dinámicos, es decir, deben ser objeto de aumentos periódicos acordes con la evolución de la inflación.

Demostrado quedó en el expediente, que el nivel salarial del demandante es sustancialmente inferior al de los demás compañeros que cumplen una misma función, sin que el patrono o empleador haya podido demostrar con criterios razonables y objetivos el trato diferente que viene prohijando al actor. Por el contrario, y como lo señaló el mismo Jefe de Personal, los salarios los fija directamente la gerencia, y al no haberse acogido el actor al régimen de cesantía establecido por la Ley 50 de 1990, resultó desmejorado en su situación salarial. Lo anterior nos remite a la jurisprudencia relativa a la igualdad de las personas frente a la ley, de la cual también se ocupó la sentencia arriba citada señalando :

“Como la Corte lo ha manifestado, no se trata de instituir una equiparación o igualación matemática y ciega, que disponga exactamente lo mismo para todos, sin importar las diferencias fácticas entre las situaciones jurídicas objeto de consideración. Estas, por el contrario, según su magnitud y características, ameritan

distinciones y grados en el trato, así como disposiciones variables y adaptadas a las circunstancias específicas, sin que por el sólo hecho de tal diversidad se vulnere el postulado de la igualdad ni se desconozcan los mandatos constitucionales.

“Pero -claro está- toda distinción entre las personas, para no afectar la igualdad, debe estar clara y ciertamente fundada en razones que justifiquen el trato distinto. Ellas no procederán de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de las circunstancias distintas, que de suyo reclaman también trato adecuado a cada una.

“Así ocurre en materia salarial, pues si dos trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de trabajo.

“Ahora bien, las diferencias salariales tampoco pueden surgir de consecuencias negativas o positivas atribuidas a los trabajadores según que hagan o dejen de hacer algo, ajeno a la labor misma, que pueda ser del agrado o disgusto del patrono.”

“Ahora bien, la diferencia salarial que se presenta entre trabajadores que cumplen una misma función bajo las mismas condiciones, tampoco puede obedecer a aspectos ajenos a la misma labor del actor, como puede ser el haberse acogido a un determinado régimen prestacional, pues la ley en tales casos, no establece diferenciación alguna. Al respecto la misma sentencia en cita dijo lo siguiente:

“En lo relativo a la actitud del trabajador respecto a distintos regímenes laborales por cambio de legislación, en la época de transición, particularmente en la materia que ahora se debate -la libertad del trabajador privado para acogerse o no a la Ley 50 de 1990-, la Corte Constitucional ha sido enfática al afirmar:

“La disposición contenida en el numeral 2º del artículo transcrito es imperativa para quienes celebren contratos de trabajo a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1990. No lo es para quienes los tenían celebrados con antelación al momento de su entrada en vigor. Estos pueden acogerse a la nueva normatividad, pero en principio y salvo el caso de que voluntaria y espontáneamente manifiesten su voluntad en contrario, lo relacionado con su auxilio de cesantía sigue gobernado para ellos por el régimen anterior, es decir, el del Código Sustantivo del Trabajo.

“Se trata de una previsión del legislador en cuya virtud modifica el sistema que venía rigiendo, pero sin afectar a los trabajadores que ya tenían establecidas sus relaciones contractuales con anterioridad, a menos que ellos mismos resuelvan, por manifestación expresa, acogerse al nuevo régimen.

“(…)

“Es claro, entonces, que los trabajadores indicados gozan, en virtud de la misma norma legal, de la facultad de optar entre uno y otro régimen. La normatividad les garantiza esa libertad, que no puede ser coartada por los patronos. Su decisión en determinado sentido no puede convertirse en condición o requisito para acceder a prerrogativa laboral alguna, ni constituir objeto de transacción en el curso de negociaciones colectivas.

“Carece de legitimidad la actitud de la empresa que pretenda presionar a los trabajadores, mediante ofertas o bajo amenazas, para que se acojan a un régimen que la ley ha hecho para ellos opcional, pues tales manipulaciones vulneran la libertad individual consagrada en los artículos 16 y 28 de la Carta y desconocen abiertamente la misma ley que ha otorgado a aquéllos la facultad de optar.

“También resultan vulnerados en tales casos el artículo 95, numeral 1, de la Constitución, pues implica abuso de los derechos del patrono, y el 53, inciso final, Ibídem, a cuyo tenor los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-597 del 7 de diciembre de 1995).

3.21. El auxilio de transporte.

Constituye un pago que debe hacer el empleador al trabajador que lo requiera, y que tenga un ingreso de hasta dos veces el salario mínimo legal.

Si el salario es variable, se toma en cuenta el promedio de lo devengado en el mes inmediatamente anterior.

Su pago se hace directamente al trabajador y por mensualidades anticipadas.

El auxilio de transporte *no es salario*, pero para liquidar prestaciones sociales se tendrá en cuenta su valor.

El auxilio de transporte no se tiene en cuenta para liquidar los aportes a la seguridad social. Tampoco se tiene en cuenta para liquidar derechos como las vacaciones pues éstas no son prestación social.

No habrá lugar a pagar el auxilio de transporte en aquellos casos en que el trabajador no lo necesite, como por ejemplo, cuando resida en el mismo sitio de trabajo, o cuando el traslado no le implique ningún costo, o cuando el trabajador no esté obligado a trasladarse a una determinada sede del empleador para cumplir con su obligación, o cuando el empleador suministre el transporte.

Este auxilio se paga solamente en los días en que el trabajador preste el servicio.

Solo se paga donde haya servicio público de transporte urbano.

3.22. Retención, deducción y compensación de salarios.

El empleador no puede deducir, retener o compensar dineros correspondientes al salario del trabajador a menos: a) que exista autorización escrita del trabajador; la cual debe otorgar para cada caso; b) que exista mandamiento de pago de autoridad judicial competente.

Sin embargo, no se puede retener o deducir salario del trabajador aunque exista orden escrita del trabajador, excepto cuando exista mandamiento judicial (cooperativas y alimentos), cuando al efectuarlo se afecte el salario mínimo legal o el salario mínimo convencional, o la parte que es inembargable según la ley, o cuando el total de la deuda supere el monto del salario correspondiente a tres meses.

Con respecto a la compensación de las deudas una vez termina el contrato de trabajo existen dos tesis: La primera dice que es proceden la compensación, terminado el contrato de trabajo, si media orden escrita del trabajador o mandato judicial. Si se compensan sin estos requisitos se origina a favor del trabajador la indemnización a la cual se refiere el artículo 65 del CST. La segunda de las tesis dice que es válida la compensación en el derecho del trabajo, pues una vez terminado el contrato laboral si no se permite la compensación sería injusto obligar al patrono a perder una suma que en realidad no es de propiedad del trabajador. Además, se le obligaría a seguir una acción civil para obtener el pago, de dudosos resultados frente a la insolvencia del trabajador.

Terminado el contrato de trabajo, desaparecen los peligros que el legislador quiso conjurar, patrono y trabajador vuelven al plano de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual. No son perpetuas o permanentes las prohibiciones de la ley del trabajo, sino temporales, y, por consiguiente, no puede prolongarse su observancia más allá de la situación específica y concreta que quisieron contemplar. Extender el privilegio de las prohibiciones con posterioridad a la expiración del contrato, se prestaría para cohonestar el incumplimiento de las obligaciones, finalidades que no pueden atribuirse al legislador.

No ha merecido reparo para la jurisprudencia nacional el hecho de que se admita la compensación civil de deudas, si la deuda del empleador es de dinero, líquida y actualmente exigible y a la vez tiene origen en el contrato de trabajo, sin necesidad de que haya autorización escrita del trabajador ni mandato judicial.

Es bueno aclarar que no es cierto que si la deuda tiene un origen civil o comercial no sea competente el juez laboral para decidir sobre la compensación, con el argumento de que en este caso la obligación no proviene del contrato laboral, pues en realidad la obligación puede ser civil o comercial, pero si fueron adquiridas durante la vigencia del contrato de trabajo y por razón del mismo, la justicia laboral tiene la competencia para decretar la compensación. En éste evento se estaría en presencia de un caso en que se presenta una obligación que emana indirectamente del contrato de trabajo, lo cual habilita al Juez laboral para conocer del mismo, según manda el artículo 2º del CPL y de la SS.

3.23. Descuentos permitidos

Pero el empleador puede realizar algunos descuentos a los salarios del trabajador, algunos de ellos sin la autorización directa del trabajador. Así, se pueden hacer descuentos para: a) cubrir las cuotas sindicales; b) pagar las cuotas en las cooperativas y cajas de ahorro, c) los aportes con destino a la seguridad social; d) las multas que se le hayan impuesto al trabajador como sanción disciplinaria.

3.24. Embargo de salarios.

La ley prohíbe embargar el salario mínimo legal o convencional.

El excedente sólo es embargable en una quinta parte.

Todo salario puede ser embargado hasta en un cincuenta por ciento (50%) a favor de cooperativas legalmente autorizadas, o para cubrir pensiones alimenticias que se deban de conformidad con el artículo 411 del CC.

El incumplimiento de la orden judicial, hace al empleador y al pagador en su caso, responsable solidario de las cantidades no descontadas. Para estos efectos, previo incidente dentro del mismo proceso, en contra de aquel o de este se extenderá la orden de pago (ley 1098 de 2006, art. 130).

Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, cesantía y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del CC y tienen privilegio excluyente sobretodos los demás.

Los créditos por alimentos a favor de los niños, niñas y adolescentes gozan de prelación sobre todos los demás, como lo dice la ley 1098 de 2006, art. 134.

3.25. Salario del secuestrado.

La ley 986 de 2005 concedió a los secuestrados el derecho a seguir percibiendo el salario que venían devengando al momento del secuestro, lo mismo que las prestaciones sociales, ambos ajustados de acuerdo con los aumentos legales. Estos pagos se le hacen al curador provisional o definitivo que se haya nombrado de acuerdo con la misma ley, y se hará el pago desde la fecha en que ocurrió el secuestro y hasta cuando se produzca una de éstas condiciones:

1. En el caso del trabajador con contrato de trabajo a término indefinido, hasta cuando se produzca su libertad, o se compruebe la muerte, o se declare la muerte presunta.
2. En el caso del trabajador con contrato laboral a término fijo, hasta el vencimiento del contrato, o hasta cuando se produzca su libertad o se compruebe su muerte o se declare la muerte presunta si alguno de éstos hechos se produce con anterioridad a la fecha de terminación del contrato.

No se podrán reconocer salarios superiores a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, excepto en aquellos casos de secuestro ocurridos con anterioridad a la expedición de la ley en cuyo caso se mantendrán las condiciones laborales establecidas.

3.26. Salario mínimo.

Es el salario que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural.

Este salario se determina teniendo en cuenta el costo de vida, las modalidades del trabajo, la capacidad económica de las empresas y empleadores, y las condiciones de cada región y actividad

Tratándose de los trabajadores del campo el salario mínimo debe fijarse tomando en cuenta las facilidades que el patrono proporcione a sus trabajadores, en lo que se refiere a habitación, cultivos, combustible y circunstancias análogas que disminuyan el costo de vida.

La circunstancia de que algunos patronos deban suministrar a sus trabajadores habitación y alimentación también debe tenerse en cuenta para la fijación del salario mínimo.

El salario mínimo puede fijarse en pacto o convención colectiva o en fallo arbitral.

Pero el Consejo Nacional laboral, por consenso, fija los salarios mínimos de carácter general o para cualquier región o actividad profesional, industrial, comercial, ganadera, agrícola o forestal de una región determinada. En caso de que no haya consenso el Gobierno Nacional, por medio de decreto, puede fijar el salario mínimo.

Quienes laboren jornadas inferiores a la máxima legal y devenguen el salario mínimo legal o convencional, éste regirá en proporción al número de horas efectivamente trabajadas, con excepción de la jornada especial de 36 horas.

La fijación del salario mínimo modifica de inmediato los contratos de trabajo en que se hubiere estipulado un salario inferior.

3.27. Salario para liquidar prestaciones sociales.

Cuando el legislador habla solamente de **SALARIO** se está refiriendo a que se deben tener en cuenta todos los elementos que lo conforman y a los cuales se refiere el artículo 127 del CST, modificado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990, tal como ocurre, por ejemplo al referirse a la indemnización por despido injusto en el art. 64 del CST, modificado por el art. 8º del decto 2351 de 1965, modificado a su vez por el art. 6º de la ley 50 de 1990; o en el artículo 249 sobre el auxilio de cesantía; o en el artículo 230, modificado por la ley 11 de 1984 sobre el calzado y vestido de labor, o en el artículo 306 sobre la prima de servicios.

En cambio, cuando usa la expresión **SALARIO ORDINARIO**, es lógico que de ese concepto se encuentran excluidos los demás elementos que concurren a constituir la *remuneración fija u ordinaria* a que se refiere la ley, como en el caso del artículo 173, modificado por el artículo 26 de la ley 50 de 1990 sobre el descanso dominical remunerado; o el artículo 174 sobre el valor de la remuneración del descanso; o el artículo 192, modificado por el art. 8º del decreto 617 de 1954, sobre la remuneración en el período de vacaciones, etc.

3.28. El *jus variandi*

Como se dijo cuando se trató el tema del *Jus variandi*, éste consiste en la facultad que tiene el empleador de variar en forma unilateral la forma y modalidad de la prestación del servicio, pero siempre y cuando no sea en lo esencial, siempre que esté fundado en la razonabilidad.

Es así como el *jus variandi* debe ser ejercido en forma prudente, funcional, respetando la dignidad del trabajador y manteniéndolo indemne de cualquier agravio material.

En uso de esa facultad, es que el empleador puede variar el salario del trabajador, aumentándolo o disminuyéndolo. En el primer caso el trabajador no se puede oponer al cambio; en el segundo caso se presenta una forma de agravio al trabajador en el orden económico, lo que autorizaría

al trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa, pudiendo exigir la indemnización correspondiente al empleador.

Se podría pensar en que existe tal agravio cuando a un trabajador se le cambia de jornada de trabajo, cambiándolo de una jornada nocturna en donde tiene un mayor salario a una diurna, siempre y cuando el trabajador haya sido contratado específicamente para laborar en las horas de la noche. También se podría ocurrir tal agravio cuando se le cambia de categoría o de tarea, pero siempre y cuando el trabajador se haya opuesto a ello.

La H. Corte Constitucional en providencia T 311 de 1998, con ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz, dijo:

“El derecho al trabajo, bajo la nueva Carta Política, se erige como uno de los principales derechos fundamentales que merecen protección por parte del Estado. De esta manera, el cumplimiento de todas las normas que sobre la materia laboral se encuentra en el ordenamiento jurídico nacional, deben ser cumplidas plenamente por los empleadores, sean estos públicos o privados. Pero lo primordial, es que la protección del derecho al trabajo se debe centrar en que éste se dé en condiciones dignas y justas. Al respecto la sentencia SU-519 del 15 de octubre de 1997, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, señaló lo siguiente:

“El trabajo es uno de los valores esenciales de nuestra organización política, tal como lo declara el Preámbulo de la Constitución y lo reafirma su artículo 1º al señalarlo como uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho.

“Como ya lo dijo esta Corte, el mandato constitucional de protegerlo como derecho-deber afecta a todas las ramas y poderes públicos y tiende al cumplimiento de uno de los fines primordiales del Estado: el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes plasmados en la Constitución, particularmente los que, para el caso del trabajo, se derivan del esfuerzo y la labor del hombre (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia del 29 de mayo de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero).

“Se protege el trabajo como derecho fundamental en todas sus modalidades y se asegura el derecho de toda persona a desempeñarlo en condiciones dignas y justas (Art. 25 C.N.).

“(...).

“El patrono -oficial o privado- no puede hoy tomar al trabajador apenas como un factor de producción, lo que sería humillante e implicaría una concepción inconstitucional consistente en la pura explotación de la persona. Ha de reconocerle su individualidad y tener en cuenta el respeto que demandan su naturaleza y necesidades. Debe comprender, asimismo, que de la persona del trabajador dependen otras y que cada acto que lo involucra, en bien o en mal, repercute necesariamente en su familia.

“Esta Corte se refirió al tema en la sentencia 479 del 13 de agosto de 1992, en la cual se subrayó que la perspectiva humana en la conducción de toda política estatal sobre trabajo constituye elemento medular de la concepción del Estado Social de Derecho, “según el cual el Estado y las instituciones políticas y jurídicas que se fundan en su estructura tienen por objetivo y razón de ser a la persona y no a la inversa, de donde se concluye que ningún proyecto de desarrollo económico ni esquema alguno de organización social pueden constituirse lícitamente si olvidan al hombre como medida y destino final de su establecimiento”.

“Tales principios son extensivos a las relaciones laborales entre particulares, quienes también están sujetos a la Constitución y obligados a realizar sus principios.

“De ello se desprende que toda medida que afecte las condiciones de trabajo, en especial si tiende a modificarlas, debe ser considerada y sometida a previo análisis sobre la base insustituible del factor humano y de las circunstancias en medio de las cuales actúa.

“Aquí debe decirse que los poderes discrecionales, con frecuencia invocados en el manejo de personal y que tienen origen en la ley, no pueden ser absolutos si se los mira desde la perspectiva constitucional. Han de ejercerse sobre una base que, de suyo, los limita: la del artículo 25 de la Constitución que garantiza unas condiciones dignas y justas por fuera de las cuales nadie está obligado a trabajar

“(…)

“El jus variandi no es absoluto. Está limitado, ante todo, por la norma constitucional que exige para el trabajo condiciones dignas y justas (art. 25 C.N.), así como por los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53 de la Carta en lo que concierne al estatuto del trabajo. Y, por supuesto, su ejercicio concreto depende de factores tales como las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su propia salud y la de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado. En cada ejercicio de su facultad de modificación el empleador deberá apreciar el conjunto de estos elementos y adoptar una determinación que los consulte de manera adecuada y coherente. En últimas, debe tomar en cuenta que mediante aquella no queda revestido de unas atribuciones omnímodas que toman al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad sino como ser humano libre, responsable y digno en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del patrono.

“Esto no implica, desde luego, la pérdida de la discrecionalidad que la ley confiere al patrono, oficial o privado, sino que representa un uso razonable de la misma, acorde con los propósitos de flexibilidad y ajuste que ella persigue”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-483 del 27 de octubre de 1993).

“Parte bien importante de la dignidad y justicia en medio de las cuales el Constituyente exige que se establezcan y permanezcan las relaciones laborales consiste en la proporcionalidad entre la remuneración que reciba el trabajador y la cantidad y calidad de su trabajo (artículo 53 C.P.).” (Negrilla fuera del texto).

“Claramente ha señalado la Corte que el derecho fundamental al trabajo, implica a su vez una remuneración acorde con la labor desarrollada, es decir, deberá compensar el trabajo realizado y no ser el fruto de una decisión caprichosa de quien paga la labor desarrollada. Además, la remuneración obedecerá a criterios razonables y objetivos que tengan en cuenta entre otras razones, la experiencia, preparación y conocimientos del trabajador.

Por demás es sabido que los salarios son dinámicos, es decir, deben ser objeto de aumentos periódicos acordes con la evolución de la inflación.

Unidad 4

PRESTACIONES SOCIALES A CARGO DEL EMPLEADOR

Los empleadores deben pagar, además de los salarios, las llamadas prestaciones sociales, que son obligaciones de carácter económico, lo cual se debe fundamentalmente, al bajo poder adquisitivo de los salarios, que los hacen insuficientes para que el trabajador pueda atender todas las necesidades propias y las de su familia.

Domingo Campos Rivera¹² clasifica las prestaciones sociales en:

- a) Legales y extralegales. Las primeras provienen de la ley o de un decreto. Las segundas provienen de un acuerdo de las partes, del fallo de un tribunal de arbitramento o de una decisión unilateral del empleador.
- b) En dinero o en especie. Las primeras se satisfacen en efectivo, como el auxilio de cesantía. Las segundas, en bienes de consumo o en servicios, como la asistencia médica, farmacéutica, los zapatos y overoles de trabajo, etc.
- c) Directas e indirectas. Son directas cuando las disfrutan personalmente los trabajadores beneficiarios, ejemplo la prima de servicios. Son indirectas cuando se reconocen a los beneficiarios o causahabientes, como

12 Campos Rivera, Domingo, *Derecho Laboral Colombiano*, 5ª edición, Edit. Temis, 1988.

sería la pensión de sobrevivientes o el auxilio de cesantía en caso de muerte del trabajador, etc.

- d) Ordinarias y especiales. Primeras son las que tienen que pagar todos los empleadores, sin consideración al capital. Ejemplo el auxilio de cesantía, intereses a la cesantía. Las especiales son las que pagan ciertos empleadores como la prima de servicios.

4.1 DE LAS PRESTACIONES ORDINARIAS Ó COMUNES.

Estas prestaciones las deben pagar todos los empleadores, sin consideración al patrimonio, ni a la actividad económica que cumplan. Tales prestaciones son:

4.1.1. Del auxilio de cesantía.

Dice el artículo 249 del CST que:

“Todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada años de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año”.

Sin embargo, la ley 50 de 1990 cambió radicalmente el régimen de cesantía a que tienen derecho los trabajadores del sector privado. Este auxilio quedó sometido a las siguientes clases:

- a) En primer lugar tenemos el llamado *sistema tradicional*, que corresponde al señalado por el artículo 249 antes transcrito, el cual se le aplica a todos los trabajadores que se hubieran vinculado por contrato de trabajo antes del 1º de enero de 1991.
- b) El segundo sistema, de *liquidación definitiva anual*, obliga a que cada año se liquide el auxilio de cesantía tomando como base el 31 de diciembre y antes del 15 de febrero siguientes se debe depositar en

un fondo administrador de cesantías. Este sistema se le aplica exclusivamente a los trabajadores que se hubieren vinculado laboralmente a partir del 1º de enero de 1991 o quienes estando vinculados laboralmente con anterioridad a ésta fecha decidan acoger el nuevo sistema en forma voluntaria y escrita.

Este régimen tiene algunas características especiales. Veamos:

- a) El trabajador elige en forma libre el fondo al cual quiere afiliarse.
- b) El trabajador puede trasladarse libremente de fondo
- c) Una vez afiliado, la administradora abrirá una cuenta individual a su nombre.
- d) El auxilio de cesantía se liquida a 31 de diciembre de cada año.
- e) El valor liquidado se deberá consignar en el fondo elegido antes del 15 de febrero siguiente.
- f) Si no se consigna dentro del plazo señalado por la ley, deberá pagar al trabajador un día de salario por cada día de retardo.
- g) La administradora deberá abonar cada trimestre, en su cuenta individual, los rendimientos que correspondan de los obtenidos por el fondo en el respectivo período, sin que sean inferiores a la rentabilidad mínima determinada por la Superintendencia financiera.

4.1.1.1. Salario para liquidar el derecho.

Para proceder a calcular el auxilio de cesantía se tendrá en cuenta el último salario mensual devengado por el trabajador, si no ha tenido variación en los tres últimos meses. Si se ha presentado variación en éste período, o se trata de salarios variables, entonces se debe tomar en cuenta como base para la liquidación el promedio de lo devengado en el último año de servicios, o en todo el tiempo servido, e caso de ser menor a un año.

4.1.1.2. Pérdida del derecho.

Dice el artículo 250 del CST que el derecho al auxilio de cesantía lo pierde el trabajador:

- a) Cuando ha cometido un acto delictuoso contra el empleador o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad, o ha cometido uno de esos actos delictuosos contra el personal directivo de la empresa.

No basta con la sola denuncia penal para que se justifique la retención del auxilio de cesantía, sino que se precisa que se haya dado comienzo al proceso penal por parte de la autoridad competente.

Aunque el artículo 62 del CST trae una serie de conductas que bien podrían autorizar el rompimiento justo del contrato de trabajo, no todas ellas autorizan la retención del auxilio de cesantía, así, por ejemplo, los actos de violencia contra el empleador autorizan a éste para romper justamente el vínculo jurídico, pero esos mismos actos de violencia contra el empleador solo autorizan la retención del auxilio de cesantía cuando constituyan delito.

Tanto en éste evento, como en los dos eventos siguientes, es bueno aclarar que una cosa es el derecho que acompaña al empleador para *retener* el auxilio de cesantía, para cuyo ejercicio el empleador no requiere de autorización especial, bastándole con presentar en juicio la prueba de que se adelanta la respectiva investigación penal, y otro diferente es *la pérdida del derecho*, en cuyo caso se requiere de la existencia de una providencia proferida por un juez penal donde se declare responsable al trabajador del ilícito que se le imputa.

- b) Todo daño material grave causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo.

En éste caso, además de la intencionalidad se precisa que el daño material sea grave. Aquí también, como lo dijimos anteriormente, un daño causado a los mismos bienes puede dar lugar a la terminación del contrato de trabajo, pero no siempre generará derecho para retener el auxilio de cesantía. Para terminar el contrato de trabajo en forma justa por parte del empleador basta con demostrar un daño material cualquiera causado intencionalmente, y, en cambio, para retener el auxilio de cesantía hay que demostrar, además, que el daño fue grave.

- c) El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio grave para la empresa.

No resulta suficiente con que se revelen los secretos técnicos o comerciales o se dé a conocer asuntos de carácter reservado, sino que se precisa, además que se haya causado un perjuicio grave a la empresa.

Para la recta aplicación del artículo 250 del CST se precisa demostrar la comisión del hecho delictivo por parte del trabajador en perjuicio del empleador o de las personas que relaciona la norma, y la terminación del contrato de trabajo por esa causa

El derecho contemplado en el artículo 250 del CST se refiere exclusivamente al auxilio de cesantía y a sus intereses, de tal suerte que el empleador no podría extender el derecho de retención a otras deudas diferentes, porque de hacerlo se vería incurso en la obligación de cancelar la indemnización moratoria.

4.1.1.3. Quiénes no tienen derecho al auxilio de cesantía.

No tienen derecho:

- a) Los trabajadores de la industria puramente familiar.
- b) Los artesanos que, trabajando personalmente en su establecimiento, no ocupen más de cinco (5) trabajadores permanentes extraños a su familia.

Los artesanos son aquellas personas que ejercitan un arte o un oficio mecánico. Es característica de su labor el predominio de la obra manual sobre la máquina, en actividad reducida, en donde con elementos en pequeña escala y con la propia colaboración del dueño se adelantan las obras de la especialidad del taller, con obreros que no pueden pasar de cinco con carácter permanente.

4.1.1.4. Prohibición de pagos parciales.

Dice el artículo 254 del CST que se prohíbe a los patronos efectuar pagos parciales del auxilio de cesantía antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo los casos expresamente autorizados, y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado.

Los casos de excepción, es decir, los casos en que se puede pagar el auxilio de cesantía, directamente por el empleador, sin que haya terminado el contrato de trabajo son:

- a) Cuando hay sustitución de patronos (art. 69 CST).
- b) Cuando el trabajador es llamado a filas (art. 255).
- c) Cuando se trata de la financiación de vivienda (art. 256, modificado por el 18 del decreto 2351 de 1965).

También se puede solicitar el auxilio de cesantía, pero con autorización del Ministerio de la protección Social siempre y cuando el auxilio de cesantía vaya a dedicarse a:

- a) La adquisición, construcción y reparación de la vivienda
- b) La liberación de gravámenes que afecten la vivienda (hipoteca, impuesto predial o valorización).

Y, finalmente, se puede solicitar directamente ante el fondo administrador del auxilio de cesantía o ante su empleador si es que tiene un saldo a su favor, en los siguientes casos:

- a) Para el pago de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañero (a) permanente y sus hijos en entidades de educación superior reconocidas por el Estado.
- b) Para el pago de matrículas en instituciones y programas técnicos conducentes a certificados de aptitud ocupacional que impartan educación para el trabajo y el desarrollo humano (antes educación no formal) del trabajador, su cónyuge, compañero (a) permanente o descendientes, conforme a la ley 1064 de 2006.

4.1.2. Intereses a la cesantía.

Fueron introducidos en la legislación colombiana por la ley 52 de 1975, la cual fue reglamentada por el decreto 116 de 1976, iniciando su vigencia a partir del 1º de enero de 1975, lo cual quiere decir que la primera liquidación se realizó sobre los saldos que a 31 de diciembre de 1975 tenían los empleadores.

Todos los trabajadores tienen derecho a percibir intereses a la cesantía; por lo tanto, todos los empleadores tienen el deber correlativo de reconocerlos y pagarlos.

El monto de los intereses a la cesantía es del 12% anual y proporcionalmente por fracciones de año. Lo que no resulta cierto es decir que el monto es igual al 1% mensual sobre el saldo mensual, porque financieramente el resultado no es el mismo.

Los intereses a la cesantía, como ya lo dijimos, se deben calcular a 31 de diciembre y se deben pagar directamente al trabajador a más tardar el 31 de enero siguiente.

Pero también se deben pagar al trabajador los intereses a la cesantía:

- a) Cuando se le pague anticipadamente el auxilio de cesantía al trabajador, teniendo en cuenta para ello el tiempo transcurrido entre el 1º de enero y la fecha en que se realice el pago parcial.
- b) Al momento de terminar el contrato de trabajo, sobre el saldo que tenga el empleador en su poder.

Si el empleador no paga al trabajador el auxilio de cesantía en las fechas antes indicadas, deberá pagarle una indemnización que ha sido tasada por el propio legislador en el doble de los intereses debidos

4.1.3. Calzado y vestido de labor.

Los artículos 230 y siguientes y la ley 11 de 1984 contemplan esta prestación común.

4.1.3.1. Quiénes tienen derecho a ésta prestación.

Los trabajadores permanentes, con excepción de los accidentales o transitorios, que devenguen hasta dos (2) salarios mínimos legales vigentes y que hayan servido más de tres (3) meses en el cuatrimestre en que se causa el derecho.

4.1.3.2 Cuando se causa el derecho.

El calzado y vestido de labor se debe entregar:

- a) el 30 de abril.
- b) El 31 de agosto.
- c) El 20 de diciembre.

4.1.3.3. Clase de calzado y vestido de labor.

El empleador se encuentra en el deber de entregar a sus trabajadores calzado y vestido de labor acorde con la actividad que cumple, con su posición y con las condiciones climáticas del lugar. El empleador cumple con la obligación cuando entrega un uniforme al trabajador.

En ningún caso el empleador podrá compensar la dotación de trabajo con dinero.

Sin embargo, en el caso de que el contrato de trabajo termine sin que el empleador haya cumplido con el deber de entregar la dotación de trabajo, solamente se podrá solicitar del Juez el reconocimiento de la indemnización respectiva, pero no de la dotación, como lo dijo la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de abril 28 de 1998, radicado 10400.

4.1.3.4 Trabajadores agrícolas, silvicultores, pescadores, ganaderos, avicultores y apicultores.

Esta clase de trabajadores reciben el calzado y vestido de labor a través del Banco Agrario, el cual fija los valores para la compra de la dotación, y el empleador deberá consignarlo.

4.1.3.5 Obligación de uso.

El trabajador está obligado a utilizar la dotación de trabajo, si no lo hace, el empleador queda exonerado de entregar la siguiente. Este incumplimiento obliga al empleador a comunicar al Inspector del Trabajo el suceso, y si en el municipio no existe este funcionario, se le comunica al Alcalde Municipal.

4.1.4. Auxilio de transporte.

Fue creado por la ley 15 de 1959, la cual fue reglamentada por el decreto 1258 de 1959. Se paga en dinero o en especie.

Desde que se dictó la ley se estableció que no era salario, pero debido a algunos movimientos sindicales de la época se logró acordar con el Gobierno de turno que se tomara el auxilio de transporte como base para liquidar las prestaciones sociales, pero guardando su condición de no elemento salarial, y fue así como la ley 1º de 1963, en el artículo 7º así lo definió.

4.1.4.1. Quiénes tienen derecho al auxilio de transporte.

Tienen derecho al auxilio de transporte todos los trabajadores dependientes cuya remuneración sea hasta dos (2) salarios mínimos legales vigentes. En el caso de que el trabajador tenga salarios variables, se tomará en cuenta lo devengado en el mes inmediatamente anterior.

La ley había establecido que el derecho solo se tenía cuando entre el lugar de residencia del trabajador y el de su lugar de trabajo mediaba, por lo menos, mil (1000) metros, pero la jurisprudencia de la Corte ha considerado que será la necesidad del transporte el que determine el derecho, así lo dijo en sentencia de julio 1º de 1988 y sentencia del 25 de noviembre de 1983.

Si el empleador presta directamente el servicio de transporte en forma gratuito a sus trabajadores no tiene la obligación de cancelar el auxilio.

4.1.4.2 Para qué efectos se tiene en cuenta el auxilio de transporte.

Como la ley 1º de 1963 dijo que el auxilio de transporte se tendría en cuenta para liquidar las prestaciones sociales, entonces, lógicamente, no se tendrá en cuenta para liquidar derechos tales como vacaciones, indemnización por despido injusto, indemnización por mora, ni cotizaciones para la seguridad social.

4.1.5. Protección a la maternidad.

Nuestras leyes ha venido amparando a la mujer embarazada otorgándole prestaciones asistenciales, es decir, servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, etc y también prestaciones económicas, como veremos más adelante.

El artículo 43 de la Constitución Política de Colombia y los artículos 236 a 244 del CST, la ley 50 de 1990, la ley 755 de 2002 y la sentencia C 470 de 1997 son disposiciones y jurisprudencia que se refieren al tema.

4.1.5.1. Licencia de maternidad.

Respecto a la Licencia de maternidad la OIT dictó en el año 1919 el convenio 3 sobre la protección de la maternidad, destinado a proteger a las trabajadoras antes y después del parto. Este Convenio fue revisado por primera vez en 1952; actualmente se establece que la licencia de maternidad no puede ser inferior a 12 semanas, aunque se ha recomendado que el descanso materno sea de 14 semanas. .

Nuestra legislación prohíbe el trabajo de la mujer embarazada cuando éstos resultan peligrosos, insalubres o que requieran grandes esfuerzos, lo mismo que la labor. Pero, además, tiene derecho a una licencia remunerada por la época del parto, equivalente a doce (12) semanas remuneradas, para lo cual se tiene en cuenta el salario que la trabajadora devengue en el momento en que entre a disfrutar de ese escañazo, o el promedio de lo devengado en el último año o en todo el tiempo servido si este es inferior a un año, cuando el salario devengado no es fijo.

En el sistema general de seguridad social en salud, el IBL (ingreso base de liquidación) aplicable será el 100% del ingreso base de cotización (IBC).

Todas las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad son pagadas por la EPS, siempre y cuando la trabajadora afiliada haya efectuado las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud durante todo el período de gestación (artículo 63 del decreto 806 de 1998, y numeral 2 del artículo 3 del decreto 047 de 2000). A pesar de ello, la Corte Constitucional se ha referido a la inaplicabilidad de las normas

porque atentan contra los derechos del niño, en sentencias T 304 de 2004, T 790, 947, 1205 y 1298 de 2005 y T 674 de 2006.

En sentencias T 866 de 2007, T 095 de 2008, T 136 de 2008 y T 505 de 2008 de la Corte Constitucional, en las cuales se inaplican las disposiciones legales antes indicadas, se ha establecido que la trabajadora tiene derecho al pago total de la licencia no solo cuando ha cotizado la totalidad del tiempo de gestación, sino también cuando ha dejado de cotizar no más de dos meses. Si ha dejado de cotizar más de dos meses tiene derecho al pago proporcional de la licencia, siempre y cuando no haya excedido la mitad del período de gestación, pues en ese caso no tiene derecho a que se le cubra la licencia.

Para gozar de la licencia la trabajadora deberá presentarle al empleador un certificado médico en el conste su estado de embarazo, el día probable del parto y el día en que debe comenzar a descansar. Esta licencia debe iniciarse por lo menos dos semanas antes del parto. Sin embargo, las trabajadoras laboran casi hasta el momento mismo del parto, pues prefieren descansar después de ocurrido éste.

4.1.5.2. Protección a la maternidad.

Como ya lo dijimos, la trabajadora debe comunicar al empleador su estado de embarazo, porque de ésta manera se asegura que el empleador respete su fuero. No se requiere de un medio calificado para hacerle conocer su estado de embarazo. Eso sí, se le debe comunicar al empleador o a quien lo represente (artículo 32 del CST) para no incurrir en el error de alegar el conocimiento del empleador simplemente porque lo sabían sus compañeras de trabajo.

En sentencia T 373 de 1998, la H. Corte Constitucional dijo:

[L]os elementos fácticos que deben quedar demostrados para que proceda el amparo transitorio del derecho a la estabilidad laboral reforzada son los siguientes: (1) que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (2) que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; (3) que el empleador conocía o debía conocer

el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; (4) que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparece es devastador.

Es necesario indicar que estos requisitos no pueden ser aplicados de manera tal que en la práctica conlleven a la desprotección de los derechos de la mujer embarazada o parturienta. Así en sentencia T-095 de 2008,¹³ esta Corporación indicó que “(...) el requisito de conformidad con el cual[,] para otorgar la protección a la mujer trabajadora en estado de gravidez[,] resulta indispensable que el empleador conozca o deba conocer de la existencia del estado de gravidez de la trabajadora, no puede interpretarse de manera en exceso rígida. (...) [U]na interpretación demasiado restrictiva de esta exigencia deriva en que el amparo que la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos ordenan conferir a la mujer trabajadora en estado de gravidez con frecuencia únicamente se otorga cuando se ha constatado que la mujer ha sido despedida por causa o con ocasión del embarazo.” Exigir a la mujer, a quien se le han conculcado sus derechos fundamentales, demostrar que dio aviso a su empleador sobre su estado de gravidez, puede llevar a que se generen problemas probatorios que hagan nugatoria la garantía que implica el fuero de maternidad. Con lo que, erradamente, se inaplicaría la presunción que la favorece.

En este orden de ideas, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo establece, en primera medida, que “(...) ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia (...)” y, en segunda media, que “(...) se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades [competentes] (...)” (subrayas fuera del original). Por tanto, el fuero de maternidad opera durante la totalidad del periodo de gestación y los tres meses posteriores, sin ser condición esencial para su vigencia el hecho de que el empleador esté o no informado sobre la gravidez de su trabajadora.

13 M.P. Humberto Sierra Porto

Al surgir, por mandato de los preceptos legales indicados, la presunción sí el despido se efectúa dentro del embarazo o el tiempo posterior anteriormente señalado, y al estar consagrado en el artículo 53 de la Constitución que se deberá escoger la situación más favorable en "(...) caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho (...)", la anterior conclusión, donde el aviso al empleador no es esencial para la exigibilidad del fuero de maternidad, debe ser la única posible.

La misma alta Corporación en sentencia T 095 de 2008, dijo:

"Sabido es que en el Constitucionalismo Contemporáneo se ha reconocido que, en aras de alcanzar una igualdad real entre los miembros de una sociedad, ciertos grupos merecen y requieren una protección especial. Este principio implica que se hayan consagrado derechos fundamentales, cuyos únicos titulares son miembros de aquellos grupos que requieren garantías especiales.¹⁴

De esta forma, debido a que la maternidad ha sido fuente de discriminaciones contra las mujeres, y a que consagrar derechos en normas positivas se constituye en guardas para estos grupos, la Constitución de 1991 estableció una protección especial tanto para la mujer embarazada como para aquella que acaba de ser madre. Esto con el fin de garantizar la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres; así como para que la igualdad efectiva entre los sexos no se vea amenazada por discriminaciones frente a la maternidad.¹⁵

Dicha protección a la mujer embarazada y a la madre parturienta cuenta con múltiples fundamentos consagrados en la Constitución, entre ellos el artículo 53 que dispuso "(...) la protección especial a la mujer [y] a la maternidad (...)", y el 43, que establece que "[d]urante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado (...)". Este artículo prohíbe, además, que sea sometida a cualquier clase de discriminación y reconoce que la mujer tiene iguales derechos y oportunidades que el hombre.

14 Al respecto ver sentencia T- 373 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

15 Sentencia C- 470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

En este orden de ideas la Corte indicó, en sentencia T-373 de 1998,¹⁶ que “(...) [l]a mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una “estabilidad laboral reforzada”¹⁷. Este derecho parte del reconocimiento de que la gestación de un hijo puede dar lugar a graves medidas de discriminación laboral en contra de la futura madre, por las complicaciones y costos que, en términos administrativos y financieros, ello puede generar(...)” (subrayas fuera del original).

Debido a que la transgresión a dicha estabilidad conlleva necesariamente una plurivulneración de derechos - entre los que se encuentra el libre desarrollo de la personalidad, el trabajo, la salud, y la igualdad - ¹⁸ la Corte ha señalado que se trata de un derecho fundamental, pues surge a su vez del derecho fundamental a la no discriminación por razones de género consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.¹⁹

Ahora bien, este derecho fundamental a la no discriminación por causa del embarazo acarrea la prohibición de ser despedida por causa del mismo y el derecho a recibir la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad; lo que obviamente conlleva una estabilidad laboral reforzada para la mujer embarazada o que acaba de ser madre y la garantía de protección a su mínimo vital durante los primeros meses posteriores al parto; esto ha sido denominado “fuero de maternidad”.²⁰

En desarrollo de esa garantía, “(...) el legislador ha establecido una presunción de discriminación, en todos aquellos casos en los cuales el despido se produce durante el embarazo o dentro de los tres (3) meses después del parto y sin los requisitos legales o reglamentarios pertinentes. Según lo dispuesto en los artículos 239 y subsiguientes del C.S.T., 2 de la Ley 197 de 1938, 26 del Decreto 2400 de 1968, 21 del Decreto 3135 de 1968, la regla mencionada se aplica tanto a la mujer que tiene un contrato de trabajo, como a la servidora pública (...)”²¹ (subrayas fuera del original). *Así, se presume que la desvinculación de la trabajadora se efectuó por motivo del embarazo o de la lactancia si se produce sin justificación suficiente y razonable dentro de los procedimientos*

16 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

17 Sentencia C-470/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

18 Ver T-095 de 2008

19 Sentencia T-373 de 1998

20 Sentencia T-568/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

21 Sentencia T- 373 de 1998

y términos de la ley, y durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto.

Concatenado a lo anterior, el artículo 53 de la Constitución consagra como un principio mínimo fundamental para todos los trabajadores la estabilidad en el empleo, que, como anteriormente quedó dicho, es reforzada en el caso de la mujer embarazada o parturienta. La Corte ha señalado en su jurisprudencia que la estabilidad en el empleo se predica de todo tipo de contrato laboral, ya sea a término indefinido o fijo, pues el constituyente primario no distinguió entre ambos tipos de contrato laboral.²²

4.1.5.3. Entonces, ¿qué debemos entender por estabilidad laboral reforzada?

De acuerdo con la Corte Constitucional, la mujer embarazada tiene derecho a gozar de una especial protección de su trabajo, pues la Constitución y los Tratados Internacionales imponen al Estado y a la sociedad la obligación de respetar los derechos de la mujer en embarazo o en período de lactancia, a gozar de una “Estabilidad Laboral Reforzada”.

Esta ha sido la razón por la cual nuestra legislación considera ilegal el despido de la trabajadora cuando se produce por causa del embarazo o la lactancia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

Debe entenderse que carece de todo efecto el despido de una trabajadora en estado de embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente: Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del inspector de trabajo, para poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no solo debe pagar la correspondiente indemnización, sino que además el despido es ineficaz.

22 Al respecto consultar la sentencia C-016 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz)

4.1.5.4 ¿El empleador puede dar por terminado un contrato con una trabajadora en estado de embarazo, por terminación del plazo fijo pactado?

De acuerdo con lo enseñado por la Corte Constitucional en Sentencia 426 de 1998, el arribo de la fecha de terminación del contrato no siempre constituye terminación con justa causa de la relación laboral, pues si a la fecha de expiración del plazo subsisten las causas, la materia del trabajo, y si el trabajador cumplió a cabalidad sus obligaciones, “a este se le deberá garantizar la renovación”.

Por lo tanto para terminar un contrato laboral cuando existe notificación del estado de gravidez de la trabajadora que cumple con sus obligaciones, deberá analizarse si las causas que originaron la contratación aún permanecen, pues de responderse afirmativamente no es dable dar por terminado el contrato de trabajo a término fijo, más aún cuando la Constitución obliga al Estado y a la sociedad a brindar una protección especial a la mujer en estado de embarazo.

4.1.5.5 Quienes tienen derecho a la licencia de maternidad.

A ésta licencia no solamente tiene derecho la madre biológica sino también la madre adoptante de un menor de siete (7) años de edad. Incluso, la licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente. En éstos casos la fecha de entrega oficial del menor se asimila a la fecha del parto.

También tienen derecho a la licencia las mujeres que han abortado, pero en éstos casos la licencia es de dos (2) a cuatro (4) semanas, según lo indique el médico. Si se ha presentado un parto prematuro no viable, la licencia será de doce (12) semanas.

4.1.5.6. Licencia de Paternidad

La ley 755 de 2002 consagró éste derecho a favor del padre del recién nacido, que hubiese cotizado durante cien (100) semanas anteriores al nacimiento. El padre puede disfrutar de un descanso remunerado, y el número de días de descanso el cual será de 8 días hábiles remunerados, la cual deberá ser pagada por la EPS a la cual esté afiliado el trabajador.

Para el pago de la licencia se deberá entregar el registro civil de nacimiento, a más tardar dentro de los treinta días siguientes a la fecha del nacimiento.

La licencia de paternidad fue concebida por la ley 755 de 2002 que en su artículo 1 contemplo que:

(...)El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad. (...).

Según esta ley, la licencia de paternidad puede ser de 4 u 8 días dependiendo de si uno o los dos padres son cotizantes.

Bien, la corte constitucional mediante sentencia C-174 de 2009 consideró que en cualquier caso la licencia de paternidad será de 8 días.

La corte consideró inexecutable la siguiente expresión del artículo 1 de la ley 755 de 2002:

“... cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre...”

Las razones expuestas por la corte para declarar inexecutable los apartes transcritos del artículo 1 de la ley 755 de 2002, fueron las siguientes:

La Corte reiteró la existencia de la potestad en cabeza del legislador para configurar el sistema normativo al cual estará sometida la estructura orgánica, administrativa y jurídica mediante la cual se presta el servicio público obligatorio de seguridad social en salud. Preciso que en esta materia, esa potestad no es absoluta pues se encuentra limitada por los valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política. Por consiguiente, todo desarrollo del artículo 48 superior debe estar acorde con las disposiciones constitucionales, especialmente cuando el legislador genera exclusiones o crea distinciones. Así mismo, señaló que el control que ejerce la Corte Constitucional sobre las medidas legislativas adoptadas en materia de seguridad social debe ser riguroso, cuando (i) incorporan una clasificación sospechosa, como ocurre con aquellas basadas en las categorías prohibidas en el inciso primero del artículo 13 de la Constitución, para hacer diferenciaciones; (ii) afectan a personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o sujetos que gozan de especial protección constitucional; (iii) desconocen prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental o (iv) incorpora –sin causa aparente– un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población.

En el caso concreto, la Corte encontró la condición establecida en el artículo 1º de la Ley 755 de 2002, para conceder ocho (8) o cuatro (4) días de licencia de paternidad, según la madre del recién nacido esté o no cotizando al Sistema General en Salud, configura una discriminación desproporcionada. En efecto, la medida adoptada por el legislador otorga un estatus privilegiado a quienes cuentan con la ventaja económica de cotizar doblemente al Sistema de Seguridad Social en Salud –tanto el padre o la madre del recién nacido– respecto de quienes por circunstancias económicas, laborales o sociales, solamente pueden cotizar mediante los aportes del padre, generando una situación discriminatoria frente al derecho fundamental al cuidado y al amor del cual es titular el menor en los términos del artículo 44 de la Constitución. A su juicio, no resulta constitucionalmente válido, ni comprensible bajo los parámetros del artículo 13 de la Carta, que el infante, persona especialmente protegida en razón de su inmadurez física y mental, tenga que soportar las consecuen-

cias de la discriminación de esta medida. Adicionalmente, al ponderar la estabilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud -que puede aducirse como propósito de la medida- con el interés superior del menor y el amparo propio de los derechos fundamentales del niño, no hay duda, como lo establece el artículo 44 superior, que deben prevalecer éstos últimos. Por lo expuesto, la Corte procedió a declarar inexecutable aparte demandado que hace parte del inciso segundo del artículo 1º de la Ley 755 de 2002.

4.1.5.7. Lactancia.

Según lo tiene definido la Organización Internacional del Trabajo, el empleador tiene el deber de proteger a la trabajadora aun después del parto, como único medio para que la protección a la maternidad resulte efectiva.

Todo empleador está en la obligación de conceder a la trabajadora dos (2) descansos remunerados de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada diaria, con el propósito de que pueda amamantar a su hijo. El empleador no puede hacer deducción alguna del salario de la trabajadora por tal concepto. Si el médico considera que existe la necesidad de un mayor número de descansos par bien de la madre y del hijo, el empleador está obligado a concederlo.

Este descanso se debe conceder a la madre y al padre adoptante del menor de siete (7) años con el fin de que le proporcionen la alimentación necesaria.

Estos descansos para lactar al hijo los debe conceder el empleador durante los primeros seis (6) meses de vida del niño.

4.1.5.8. Despido de la trabajadora.

Con el fin de hacer efectivos los derechos de la mujer trabajadora, el legislador consagró la prohibición de terminar los contratos de trabajo por motivos de embarazo o lactancia. Para mayor protección, presumió que

el despido que ocurra dentro del período de embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, se considera que se ha producido por motivos de embarazo o lactancia, siempre y cuando no se haya solicitado y obtenido autorización del inspector del trabajo (Ministerio de la Protección Social).

El empleador que pretenda despedir a una trabajadora embarazada o en lactancia, deberá pedirle permiso al inspector del trabajo (Ministerio de la Protección Social) a quien le debe demostrar la existencia de una justa causa. Si en el lugar no existiere éste funcionario, el permiso lo otorga el Alcalde Municipal, en cuyo caso el permiso será provisional mientras lo revisa el Inspector del Trabajo del municipio más cercano.

Solamente cuando el Inspector del Trabajo conceda el permiso puede el empleador proceder a despedir a la trabajadora. Claro está que la trabajadora podrá acudir a la justicia ordinaria laboral para demostrar que la justa causa invocada por el empleador no existió, o no era de la gravedad que ameritara el rompimiento del contrato de trabajo.

Si el empleador despide a la trabajadora sin obtener previamente el permiso, el numeral 3 del artículo 35 de la ley 50 de 1990 establece que deberá pagarle:

- a) Una indemnización equivalente a sesenta (60) días de salario.
- b) b. Las doce (12) semanas de descanso remunerado o licencia, si no las ha disfrutado.
- c) c. La indemnización por despido correspondiente, según el contrato de trabajo que se haya pactado.
- d) d. Las prestaciones sociales y demás conceptos adeudados.

A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C 470 de 1997 en desarrollo y aplicación del principio de la “estabilidad laboral reforzada”, ha considerado el reintegro no sólo de la trabajadora que ha sido despedida sin permiso de la autoridad administrativa sino también de la

trabajadora que teniendo un contrato de trabajo a término fijo o de obra o labor determinada expiran legalmente dentro del período de protección de la maternidad, disponiendo que se tiene derecho a la renovación del contrato de trabajo o continuidad del vínculo laboral, si subsisten las causas que le dieron origen y la materia del contrato.

No obstante lo expresado por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia se ha mostrado renuente a aceptar ésta tesis.

4.1.5.9. Nulidad del despido.

Dice el artículo 241 del CST, modificado por el decreto 13 de 1967, artículo 8º, que la trabajadora que esté disfrutando de los períodos de descanso remunerado de que trata el capítulo V, del Título VIII del código sustantivo del trabajo, o que se encuentre en licencia por enfermedad motivada por el embarazo o el parto, tiene derecho a que el empleador le conserve el puesto. Y agrega la misma disposición que no producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados.

La H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de marzo 4 de 1982, dijo:

“La nulidad del despido tiene lugar únicamente cuando éste ocurre guante los períodos de descanso o licencia por maternidad (CST, arts. 236 y 237), por parto o aborto según lo dispone claramente el artículo 8º del decreto 13 de 1967. Estos lapsos no pueden confundirse con el período de protección más general que consagra el 239 del código sustantivo del trabajo, que comprende toda la duración del embarazo y hasta tres (3) meses después del parto. Durante este último período procede la necesidad de autorización para despedir, o la indemnización especial que la misma norma consagra, mientras que la nulidad del despido y la consiguiente obligación de reintegrar, no es coextensiva y se limita según el texto expreso de la norma a los descansos o licencias legales por maternidad, propiamente dichos, conforme antes de indicó”.

4.1.5.10. Jornada especial.

La ley 1098 de 2006 estableció una jornada especial para las maternas que tengan entre 15 y 18 años de edad, quienes no pueden laborar más de 4 horas diarias a partir del séptimo mes de gestación y durante la lactancia, sin que se vea disminuido salario y sus prestaciones sociales.

4.1.5.11. La OIT y la mujer.

La Organización Internacional del Trabajo en su afán de proteger a la mujer ha dictado varios convenios y recomendaciones. Veamos:

4.1.5.12. Convenios de la OIT

Convenio 183. Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000. Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado). 1952.

Convenio 103. Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952. Convenio relativo a la protección de la maternidad (revisado en 1952) (Fecha de entrada en vigor: 07:09:1955. Este Convenio ha sido revisado en 2000 por el Convenio número 183).

Convenio 89. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (revisado en 1948)

Convenio 45. Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935. Convenio relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas

Convenio 41. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres (revisado en 1934)

Convenio 4. Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres. Este Convenio fue revisado en 1934 por el Convenio número 41 y en 1948 por el Convenio número 89.

Convenio 3. Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919. Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto Este Convenio fue revisado en 1952 por el Convenio número 103 y en 2000 por el Convenio número 183.

4.1.5.13. Recomendaciones de la OIT:

Recomendación 191. Recomendación sobre la protección de la maternidad, 2000. Recomendación relativa a la revisión de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952.

Recomendación 95. Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952.

Recomendación 13 Recomendación sobre el trabajo nocturno de las mujeres (agricultura), 1921.

4.1.6. Gastos por cambio de domicilio.

Esta prestación la debe satisfacer el empleador en especie, pues el empleador debe entregar al trabajador el pasaje y no una suma adicional en dinero. El empleador deberá responder por que el trabajador, una vez terminado el contrato, quede situado en el sitio desde donde fue traído. Su obligación, pues, se contra a entregar los pasajes correspondientes y no el valor de los mismos.

A ésta prestación tiene derecho el trabajador y su familia, siempre y cuando convivan con él y dependan económicamente del trabajador.

El empleador quedará exonerado de la obligación de devolver al trabajador a su sitio original cuando el rompimiento del contrato se deba a un hecho imputable al trabajador a una decisión voluntaria del mismo

asalariado. Si el trabajador no se encuentra en ninguna de las circunstancias anteriores, pero decide radicarse en un lugar diferente, el empleador debe costearse traslado hasta la concurrencia de los gastos que demandaría su regreso al lugar en donde residía anteriormente. Entonces, la obligación que tiene el empleador de regresar al trabajador al lugar desde donde partió exige:

- a) Que la terminación del contrato de trabajo se haya presentado por culpa del empleador o por un
- b) acto de su voluntad.
- c) Que el trabajador decida regresar.

4.2. DE LAS PRESTACIONES ESPECIALES

4.2.1. La prima de servicios.

Los artículos 306 y 307 del código sustantivo del trabajo se refieren a ella. Ha sido modificada por las sentencias de constitucionalidad C 034 y C 042 de 2003 y por la sentencia c 100 de 2005 y C 285 de 2006, de la Corte Constitucional.

Es una prestación periódica que se causa durante la ejecución del contrato de trabajo. Nace el derecho a la prima cada seis meses, en junio y diciembre, y corresponde bien al salario de un mes o al salario de quince días, según el capital de la empresa, o a la parte proporcional cuando durante el semestre el trabajador ha prestado servicios por tiempo incompleto. No hay una sola obligación de pagar primas de servicio, sino tantas obligaciones cuantas surjan durante la vida del contrato.

4.2.1.1. Quiénes están obligados a pagar la prima de servicio y quiénes tienen derecho a la prestación.

“Toda empresa está obligada pagar a cada uno de sus trabajadores, como prestación especial, una prima de servicios, así:

- a) *Las de capital de doscientos mil pesos (\$ 200.000,00) o superior, un mes de salario pagadero por semestres del calendario, en la siguiente forma: una quincena el último día de junio y otra quincena en los primeros veinte (20) días de diciembre, a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado.*
- b) *Las de capital menor de doscientos mil pesos (\$ 200.000,00), quince días de salario, pagadero en la siguiente forma: una semana el último día de junio y otra semana en los primeros veinte días de diciembre, pagadero por semestres del calendario, a quienes hubieren trabajado todo el respectivo semestre; o proporcionalmente al tiempo trabajado”.*

Entonces, están en la obligación de cancelar la prima de servicios todos los empleadores que tengan trabajadores dependientes a su servicio, sin importar que su actividad no sea permanente, sin discriminación alguna, con excepción de quienes no constituyan una empresa, como en el caso de quienes tienen a su servicio trabajadores domésticos.

Son beneficiarios de la prima de servicios todos los trabajadores dependientes que estén vinculados mediante un contrato de trabajo, así sea en empresas de carácter no permanente, incluidos los trabajadores accidentales o transitorios, con excepción de quienes laboren en el servicio doméstico.

4.2.1.2. Valor de la prima de servicios.

Al comienzo vimos que el legislador dividió las empresas obligadas a cancelar la prima de servicios entre las que tenían un capital igual o superior a \$ 200.000,00 y las que tenían un capital inferior a ésta cifra. En el primer caso la obligación de la empresa es la de pagar un mes de salario por cada año de servicio, y en las segundas empresas de pagar quince días por año de servicio, divididos en una parte que se paga el último día de junio y otra parte que se paga en los primeros veinte días de diciembre.

Para liquidar la prima se tienen en cuenta todos los factores constitutivos de salario, y como se trata de una prestación social se debe tener en cuenta el auxilio de transporte.

Si se trata de salarios variables, se toma en cuenta el promedio mensual de los salarios devengados en el respectivo semestre.

4.2.1.3. Pago proporcional de la prima de servicios.

Cuando el trabajador no ha laborado todo el semestre tiene derecho a que se le liquide y pague la prima de servicios en forma proporcional al tiempo servido en el respectivo semestre, sin tener en cuenta el tiempo laborado. Tampoco se tendrá en cuenta la forma como terminó el contrato de trabajo, es decir, si fue con justa o sin justa causa, pues las sentencias C 034 y 042 de 2003 dejaron sin efectos las anteriores restricciones que se encontraban en la legislación vigente entonces.

4.2.1.4 La participación en utilidades y la prima de beneficios

El inciso segundo del artículo 306 dice que la prima de servicios sustituye la participación en utilidades y la prima de beneficios que estableció la legislación anterior.

Ocurre que el decreto 2474 de 1948 había establecido la participación en las utilidades de la empresa en beneficio de los trabajadores, y el decreto 3871 de 1949, había concedido a los trabajadores la prima de beneficios para los trabajadores que no tuvieran derecho a participar en las utilidades de la empresa. Estos derechos fueron sustituidos por la prima de servicios que actualmente conocemos.

4.2.1.5 Carácter jurídico de la prima de servicios

La prima de servicios no se puede considerar como salario, porque así lo manda expresamente el artículo 308 del CST, ni tampoco se puede considerar como factor salarial en ningún caso.

Algunos autores como Krotoschin dice que este tipo de gratificaciones *“forman parte del salario, y no son donaciones, ya que el pago no es gratuito sino remuneración complementaria de servicios prestados”*.²³

4.2.1.6 La prima de servicios y la suspensión del contrato de trabajo.

La parte final del artículo 53 del CST solo se refiere a las vacaciones, auxilio de cesantía y jubilación para efectos de descontar el tiempo que dure suspendido el contrato de trabajo. Sin embargo, como durante el tiempo de suspensión del contrato se interrumpe la obligación de prestar el servicio por parte del trabajador, y la prima se causa a favor del trabajador que hubiere trabajado todo o parte del semestre respectivo, lógicamente no debe producirse el derecho si no se labora en el semestre o se deberá descontar el tiempo de interrupción para efecto de calcular el derecho a la prima de servicios.

23 Krotoschin, Ernesto. *Instituciones*, tomo I, número 291, pág 356, edit. Astrea.

4.2.2 Subsidio familiar.

Las normas que se refieren a ésta prestación son la ley 21 de 1982, la ley 789 de 2002, decreto 341 de 1988, decreto 748 de 1989 y decreto 1769 de 2003.

Esta prestación patronal especial se paga en dinero, en especie y en servicios y está a cargo de las Cajas de Compensación Familiar, su finalidad es la de ayudar al trabajador con las cargas familiares.

Tienen derecho a percibir el subsidio familiar los trabajadores que deven-guen un salario que no sobrepase los cuatro (4) salarios mínimos legales.

Son afiliados al régimen del subsidio familiar los trabajadores de carácter permanente y los pensionados que se hayan afiliado a una Caja de Compensación Familiar.

4.2.2.1. Obligados a pagar los aportes a las Cajas de Compensación y obligados a pagar el subsidio.

Los empleadores públicos y privados que ocupen trabajadores perma-nentes, tienen el deber de cancelar los aportes a las Cajas de Compensación Familiar. Es decir, la Nación (ministerios, departamentos administrativos y superintendencias); los departamentos, el Distrito capital, los municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta, de todos los órdenes, y los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes.

Si el empleador no se afilia a una Caja de Compensación estando obligado puede ser multado y, además, deberá al trabajador el doble de la cuota del subsidio causado por cada beneficiario acreditado.

El subsidio lo paga la caja de compensación familiar a la que esté afiliado el empleador, y el valor del subsidio será igual en todas las Cajas, por regiones.

En el evento de que el trabajador labore para varios empleadores, se tendrá en cuenta la suma de salarios devengados, y el subsidio en dinero lo pagará la caja de compensación familiar a la que está afiliado el empleador de quien el trabajador recibe mayor remuneración. Si las remuneraciones fueren iguales, el trabajador podrá elegir la Caja que le debe hacer el pago.

El empleador deberá consignar el 4% del valor del salario para la respectiva Caja de Compensación Familiar a la cual se encuentre afiliado, y ésta caja le retribuye o compensa con el pago de subsidio en dinero (subsidio familiar o cuota monetaria) para sus hijos y padres, según el caso.

4.2.2.2 Quiénes tienen derecho al subsidio familiar.

Según lo indica la ley 789 de 2002, artículo 3º, tienen derecho al subsidio familiar los trabajadores que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Que el trabajador reciba una remuneración mensual, fija o variable, que no sobrepase los cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- b) Que el trabajador labore, al menos, noventa y seis (96) horas al mes.
- c) Que sumados sus ingresos a los de su cónyuge, compañera (o) permanente, no sobrepasen los seis (6) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Si un trabajador labora para varios empleadores se suma el salario devengado en cada uno de esos contratos y si sobrepasan los cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, no tiene derecho a subsidio familiar.

Ambos padres podrán cobrar el subsidio simultáneamente por los mismos hijos, siempre y cuando que una vez sumados los salarios devengados por ambos ésta suma no exceda a la de cuatro salaros mínimos mensuales legales vigentes.

4.2.2.3. Vigencia del subsidio.

El trabajador tiene derecho a percibir el subsidio familiar mientras esté vigente el contrato de trabajo. Incluso, el derecho se causa a favor del trabajador aunque éste se encuentre en vacaciones, descanso o permiso remunerado, incapacidad ocasionada por enfermedad no profesional, accidente de trabajo y enfermedad profesional y licencia de maternidad.

4.2.2.4 Personas que causan el derecho.

- a) Los hijos cuya edad no sea superior a los 18 años. Después de que hayan cumplido los 12 años deberán acreditar la escolaridad en un establecimiento debidamente autorizado.

Generan éste derecho los *hijos*, sin consideración a su origen. Por ello, podrán ser hijos habidos dentro del matrimonio, fuera del matrimonio, adoptivos y los llamados hijastros, es decir, quienes sin ser hijos de sangre o adoptivos, se han criado como tales hijos en el seno del hogar.

- b) Los hermanos hasta los 18 años de edad, que sean huérfanos de padres, que conviva con el trabajador y dependan económicamente de él. También cuando cumplan los 12 años deberán acreditar la escolaridad en un establecimiento debidamente autorizado.
- c) Los padres del trabajador, que sean mayores de 60 años, que no reciban salario, renta o pensión alguna y que dependan económicamente de trabajador. Este subsidio solo lo puede cobrar uno de los hijos.

4.2.2.5 Subsidio familiar para inválidos disminuidos físicos.

Los padres, hermanos huérfanos y los hijos que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar, sin importar la edad que tengan, generan a favor del trabajador el derecho a percibir una cuota doble del subsidio familiar, siempre y cuando dependan económicamente de él.

4.2.2.6. Muerte de la persona a cargo y del beneficiario.

Si muere la persona a cargo por la cual el trabajador estuviera recibiendo el subsidio familiar, la Caja de Compensación pagará al trabajador un subsidio extraordinario equivalente a 12 mensualidades del subsidio en dinero que venía recibiendo por el fallecido.

Si quien fallece es el trabajador beneficiario, la Caja de Compensación Familiar continuará pagando por 12 meses el monto del subsidio a la persona que acredite haberse responsabilizado de la guarda, sostenimiento o cuidado de ellos.

4.2.2.7. Los desempleados.

Cuando una persona pierde el empleo, pero había estado afiliado a una Caja de Compensación Familiar, tiene derecho a disfrutar de los programas de educación, capacitación, recreación y turismo social, durante un (1) año a partir del momento en que quedó desempleado. La obligación de suministrar estos beneficios corren por cuenta de la última Caja en la que estuvo afiliado.

Si se trata de una madre o padre cabeza de familia que han perdido el empleo, pueden postularse para obtener un subsidio o apoyo de desempleo que equivale a 1.5 salario mínimo mensual legal vigente y que se entrega en 6 cuotas mensuales iguales, que pueden utilizarse para pagar los aportes a salu, alimentos o educación.

Unidad 5

INDEMNIZACIONES

5.1 Indemnización por despido Injusto.

Dice el artículo 64 del CST, modificado por el artículo 28 de la ley 789 de 2002 (27 de diciembre de 2002), que *“En todo contrato de trabajo 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.*

Quiere decir lo anterior que el trabajador que reclama la indemnización de perjuicios causada por la terminación sin justa causa por parte de empleador no podrá hacer uso de la condición resolutoria, propia de los contratos bilaterales, que le autoriza al contratante cumplido para solicitar el cumplimiento del contrato o la resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios, porque el legislador laboral quiso contemplar en éste sistema indemnizatorio ambas posibilidades, conteniendo la indemnización tanto el daño emergente como el lucro cesante. ¡Es decir, que en el contrato de trabajo la parte lesionada como consecuencia del incumplimiento del contrato no tiene acción distinta que la del desistimiento del contrato con indemnización de perjuicios, mas no la del cumplimiento de la obligación en cuanto signifique la reanudación del vínculo roto injusta e ilegalmente, como lo dijo la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 29 de septiembre de 1954, G.J, vol XX, un, 118 – 120, pág 189. Veamos entonces, como se ha tratado el tema de la indemnización.

A ésta indemnización puede acudir el trabajador cuando ha sido despedido por el empleador en forma injusta o cuando el trabajador se da por despedido por alguna de las justas causas contempladas en el aparte B, del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, el cual subrogó el artículo 62 del CST.

- a) Contrato a término fijo: En éstos contratos, el empleador deberá al trabajador despedido injustamente el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado.
- b) Contratos para la realización de una obra o para la realización de una labor determinada. En este evento la indemnización es ese lapso estipulado, es decir, el tiempo que falte para culminarse la obra o el tiempo que falte para culminarse la labor contratada, pero en ningún caso será inferior a quince (15) días
- c) Contratos de trabajo de duración indefinida. En éstos contratos, la indemnización es la siguiente:
 - a) En primer lugar, si el trabajador devenga un salario que sea inferior a diez (10) salarios mínimos legales, la indemnización se liquida así:
 - i) Si el trabajador tiene un tiempo deservicio hasta de un (1) año, se le pagan 30 días de salario. Es decir, que no importa si tiene un día o si tiene 365 días de servicio, pues en ambos casos la indemnización será igual.

En éste caso, y en los demás que veremos, al liquidar la indemnización se tendrá en cuenta el salario con todo lo que lo integra, es decir, que se tendrá en cuenta el salario en la forma indicada por el artículo 127 del CST.

Si el trabajador tiene más de un año de servicios continuos, se le pagará una indemnización de veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) del primer año por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracciones de año.

- b) Si el trabajador devenga un salario que sea igual o mayor a diez (10) salarios mínimos legales vigentes, la indemnización se liquidará así:
- i) Si el trabajador tiene un tiempo de servicios hasta de un año, se le pagan 20 días de salario. En éste caso, al igual que en el anterior, no importa si tiene un día o si tiene 365 días de servicio, pues en ambos casos la indemnización será igual.

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) días básicos del primer año por cada uno de los años subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracciones de año.

5.1.1 Transición.

Contempla el artículo una transición que beneficia a los trabajadores que el 27 de diciembre de 2002 tuvieron diez (10) o más años de servicio continuo al mismo empleador, a quienes se les aplicará la tabla de indemnización a la cual se refieren los literales b, c y d del artículo 6º de la ley 50 de 1990, exceptuado el parágrafo transitorio, el cual se le aplica solamente a los trabajadores que tenían diez (10) años o más de servicio el 1º de enero de 1991, fecha en la cual entró a regir la ley 50 de 1990.

Esta norma nos permite observar dos situaciones diferentes. Veamos.

La primera situación tiene que ver con los trabajadores que el 27 de diciembre de 2002 tenían 10 o más años de servicios continuos al mismo empleador. En éste caso se les aplica el artículo 6º de la ley 50 de 1990, el cual contempla la siguiente indemnización.

Si el trabajador era despedido injustamente en el primer año, tenía derecho a que se le reconocieran cuarenta y cinco (45) días de salario.

Si el trabajador tuviere más de un (1) año, la indemnización sería así:

Si el trabajador tuviere diez (10) o más años de servicio continuo se le pagarán cuarenta (40) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción.

Hoy en día, claro está, solamente podrían reclamar ésta indemnización los trabajadores que en diciembre del 2002 tuvieran 10 o más años de servicio.

La segunda situación tiene que ver con los trabajadores que el 1º de enero de 1991 tenían 10 años o más de servicio, pues en éste caso se les aplica el parágrafo transitorio de la ley 50 de 1990, el cual es del siguiente tenor literal:

PARAGRAFO TRANSITORIO. Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente Ley tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, seguirán amparados por el ordinal 5o del artículo 8 del Decreto-Ley 2351 de 1965, salvo que el trabajador manifieste su voluntad de acogerse al nuevo régimen.

Es decir, que el trabajador podrá optar, mediante demanda ordinaria, por el reintegro o por la indemnización, pero será el Juez quien elegirá entre una u otra pretensión teniendo en cuenta para ello las circunstancias que aparezcan en el juicio.

5.2. Indemnización moratoria.

Esta indemnización constituye una sanción para el empleador que no paga a su trabajador, a la terminación del contrato de trabajo, el valor de los salarios y prestaciones sociales debidos, claro está, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes.

El legislador no ha distinguido si se trata de prestaciones legales solamente, razón por la cual debemos entender que la indemnización también se genera por el no pago de las prestaciones extralegales.

Este pago, así como está esbozado en el párrafo anterior se le aplica a los trabajadores que devengan el salario mínimo legal. Es decir, que en éstos casos no existe límite en el tiempo, solamente la satisfacción de la deuda por parte del ex empleador termina la cuantificación de la indemnización.

Pero si el trabajador devenga más de un salario mínimo legal, la situación es diferente. Efectivamente, los veinticuatro (24) meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo sin que se le haya cancelado al trabajador el valor de su salario o de sus prestaciones sociales, el empleador incumplido deberá un día de salario por cada día de retardo. Si el empleador paga antes de los 24 meses, la indemnización se calcula hasta el día del pago.

Pero si el empleador no pagó en ese período, entonces a partir de ahí se deberán intereses moratorios a la tasa máxima de los créditos de libre asignación (consumo), certificados por la Superintendencia Financiera y hasta que el pago se realice, los cuales se calculan mes a mes sobre la suma adeuda, pero sin tener en cuenta, como es apenas obvio, lo causado hasta entonces por indemnización moratoria.

5.2.1. Consignación de lo debido al trabajador.

Dice el inciso 2 del artículo 65 del CST modificado por la ley 789 de 2002, artículo 29, que si entre el empleador y el trabajador no se presenta acuerdo sobre lo debido, o el trabajador se niega a recibir lo ofrecido, el empleador cumple con la obligación de pagar consignando ante el Juez del Trabajo, y en su defecto ante el Alcalde Municipal, la suma que confiese deber, mientras la justicia decide.

La H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de abril de 1985 dijo al respecto lo siguiente:

“El pago por consignación es un acto complejo que supone la sucesión de varios pasos, comenzando por el depósito mismo en el Banco Popular, siguiente por la remisión del título al juzgado laboral y concluyendo con la orden del juez aceptando la oferta de pago y disponiendo su entrega,

acto este último que reviste importancia frente al problema de la mora en los eventos en que el juez se ve impedido de disponer tal entrega por circunstancias imputables a la responsabilidad del deudor o consignante.

Para que el pago por consignación produzca sus efectos plenamente liberatorios es indispensable que alcance el efecto de dejar a disposición del beneficiario la suma correspondiente y ello se logra mediante la orden del juez ordenando lo pertinente. Sólo en tal momento debe tenerse por cumplida la condición que cese el efecto de la indemnización moratoria, salvo que la razón por la cual no se produzca esa orden no sea imputable a responsabilidad del consignante.

5.2.2 Informe al trabajador.

Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del CST, el empleador deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.

Entonces, cuando el contrato de trabajo termine en forma injusta, el empleador deberá remitir al trabajador el estado de pago de las cotizaciones a la seguridad social y parafiscalidad. Si no lo hace así, se genera en su favor la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, modificado por la ley 789 de 2002. Así lo dice la norma jurídica, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia considera que tal obligación debe estar presente en todas las ocasiones que se termine el contrato de trabajo sin importar como ha ocurrido, *“ora por una forma legal de terminación del contrato, ora por decisión unilateral, con justa o injusta causa por parte de alguna de las partes”*.

Como lo dio la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia antes citada de enero 30 de 2007, rad. 29443. M.P Eduardo López Villegas:

“La causa de la ineficiencia del despido radica en el incumplimiento para con las entidades aludidas, y no precisamente por faltar al deber de comunicar el estado de cuentas al trabajador; esto se advierte si se repara en que se puede satisfacer aportando planillas de pago por auto-liquidación de los tres últimos meses sin que se hubieren efectuado el de períodos anteriores; aquí como se falta al deber sustantivo del pago de contribuciones opera la sanción.

Por tratarse de una de las sanciones por la omisión en el cumplimiento de deberes patronales, prevista en el artículo 65 del código sustantivo del Trabajo, debe seguir las mismas reglas de los otros casos previstos en la norma que la contiene; esto conduce a que dicha sanción no puede operar de manera automática sino que es menester analizar el comportamiento del empleador, no siendo procedente cuando aparezca que estuvo revestido de buena fe.

5.2.3 Buena fe.

A menos que el empleador, con razones valederas, discuta la existencia de la relación laboral dependiente y presente las pruebas atendibles para demostrar su tesis, la que puede resultar fallida, sirve, sin embargo, para abonar a esa creencia, y poder apelar a la buena fe para librarse de la indemnización moratoria.

Por ello, cuando el empleador niega la existencia del contrato de trabajo con razones atendibles y aporta al proceso medios probatorios que justifiquen su actitud, procede estimar que obró de buena fe, quedando facultado el fallador para eximirlo de la indemnización moratoria. Esta indemnización tiene un carácter punitivo, por lo cual, para su aplicación, se impone investigar la conducta del empleador.

Existen otros casos de buena fe que podrían exonerar al empleador del pago de la indemnización moratoria, como cuando se presentan dificultades prácticas para efectuar la liquidación de las prestaciones sociales o del salario del trabajador.

Es claro que el derecho indemnizatorio adquiere vida jurídica cuando hay certeza sobre la existencia del derecho a los salarios y prestaciones sociales, porque de lo contrario se podría incurrir en una notoria injusticia. Por lo tanto, cuando hay duda justificada respecto a la existencia del derecho, y se debe acudir a la justicia laboral para que lo declare, no podría imponerse esa indemnización.

Por el contrario, no podríamos hablar de buena fe cuando la consignación de los salarios y prestaciones sociales se hacen en forma condicionada, porque en tal forma no tiene poder liberatorio la consignación. Se ha sostenido que en ese caso el acto del empleador carece de verdadero animus solvendi.

5.2.4 Desde cuándo se debe la indemnización.

La norma fija con precisión la fecha inicial de la mora: la terminación del contrato. No la subordina el precepto a la presentación de la demanda, ni a ninguna otra condición, como la notificación del auto admisorio de la demanda; o desde que el trabajador se presenta a reclamar las prestaciones sociales, por ejemplo. Obrar así es entender la norma en forma desfigurada, y, por lo tanto, con un sentido distinto del que ofrece su texto.

Cualquiera que sea la causa de la terminación del contrato de trabajo, es decir que culmine el vínculo por despido del trabajador con justa causa o sin ella, o por renuncia presentada por el trabajador, o por decisión de autoridad, etc, la fecha en que el empleador debe pagar las acreencias laborales, con excepción de los casos autorizados por la ley, es la misma fecha de terminación del vínculo jurídico.

No resulta válido alegar que el trabajador ha obrado de mala fe y que, por lo tanto, se debe eximir de la indemnización al empleador, por el hecho de que ha dejado transcurrir un tiempo prolongado, generando de esa manera un enriquecimiento sin causa, toda vez que el empleador tiene a su alcance el medio para evitar el perjuicio, es decir, pagando directamente lo debido o acudiendo a la consignación ante el juez laboral.

5.2.5 La mora y las vacaciones.

Cuando se compensa monetariamente las vacaciones causadas y no disfrutadas, pero se ha hecho en forma inoportuna, no podrá alegarse el derecho a la indemnización moratoria porque el artículo 65 es una norma de interpretación restrictiva, razón por la cual sus efectos no pueden extenderse hasta el caso de deudas insatisfechas por conceptos que no constituyen prestación social ni salarios.

5.2.6 Trabajadores en período de prueba.

El trabajador que se encuentra en período de prueba podrá ser despedido dentro de tal período sin que tal decisión genere obligación alguna para el empleador. Pero esa situación especial en que se encuentra el trabajador no le hace perder sus derechos sociales. Por lo tanto, el empleador está en la obligación de satisfacer en su integridad y en la oportunidad debida todas las obligaciones salariales y prestacionales a que tenga derecho el trabajador. Si no cumple con tal deber se verá obligado a satisfacer la indemnización moratoria, en los términos que hemos visto anteriormente.

5.2.7 Pacto entre empleador y trabajador para el pago de prestaciones sociales.

De acuerdo con el artículo 43 del CST, en los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones

colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto. Y resulta que el artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la ley 789 de 2002, impone al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones sociales *“a la terminación del contrato”*, estipulación que no puede ser variada por las partes porque generaría un efecto negativo para el trabajador. Por lo tanto, no resultaría acorde con la ley un acuerdo entre empleador y trabajador para que aquél pague a éste el valor de sus acreencias laborales días después de que termine el contrato de trabajo.

5.2.8. Indemnización moratoria a favor de los herederos del trabajador.

Cuando fallece un trabajador y el empleador no cancela los salarios y prestaciones sociales debidos no surge el derecho para los herederos de reclamar inmediatamente la indemnización moratoria, porque el empleador tiene derecho a conocer quienes son los sucesores reconocidos del trabajador para saber a quien le puede hacer el pago de las acreencias, y de esa manera extinguir la obligación. Ese conocimiento puede llegar al empleador por la prueba extrajudicial que se le presente, o con el reconocimiento judicial o notarial de la condición de heredero, o con el fallo judicial correspondiente.

5.2.9. La indemnización moratoria y la empresa en liquidación obligatoria.

En sentencia de octubre 10 de 2003, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Luis Javier Osorio López, radicado 20764, dijo:

“Frente a la anterior situación, debe decirse que de imponerse la indemnización moratoria a un empleador que se encuentra en esas condiciones, es decir en liquidación obligatoria, no tendría razón de ser la expedición de las leyes especiales que permiten la intervención estatal en las empresas, las cuales están destinadas a proteger no solo

el capital la inversión económica, sino también los intereses de los asalariados y por ende el derecho constitucional al empleo consagrado en el artículo 25 del ordenamiento superior, que se orienta a que un agente estatal dirija los destinos de la unidad de explotación económica y pretenda ya la recuperación económica, ora la liquidación de la sociedad, todo, contra la voluntad del empleador y empresario, sin que pueda quedar al libre albedrío del promotor del acuerdo o del liquidador, hacer un uso inadecuado de los recursos destinados a conservar el equilibrio de la compañía como persona moral la igualdad entre los acreedores, según la filosofía propia de la liquidación forzada regulada en la ley.

“Finalmente, no puede deducirse que una empresa que fue llamada a liquidación forzada como la sociedad demandada, tuviera interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes, como para entrar a darle viabilidad al artículo 65 del código sustantivo de trabajo, que como lo ha sostenido esta Sala, no es de aplicación automática”.

5.2.10. Finiquitos expedidos por el trabajador.

Cuando a la terminación del contrato de trabajo el trabajador firma un documento en donde declara a paz y salvo al empleador, tal documento no puede tener un alcance diferente al que se deriva de su contenido, es decir, a que el trabajador acepta haber recibido las cantidades que aparecen en el, pero no tiene ningún valor declarar a paz y salvo por toda deuda al empleador, pues si se le quedaron a deber derechos ciertos e indiscutibles no podía el trabajador disponer de ellos, ni el empleador negarse a pagarlos.

En sentencia de casación laboral de junio 12 de 1970, dijo la Corte:

“La declaración de paz y salvo no anula el derecho del trabajador a reclamar judicialmente cualquier otro valor que el patrono haya quedado debiéndole por estos conceptos”.

5.3. Indemnización por atentar contra la maternidad.

Nuestro legislador ha protegido siempre a la mujer embarazada, o a aquellas que han tenido el hijo, o lo han perdido, o se encuentran en la época de la lactancia. Esa protección le impide al empleador tomar decisiones que den por terminado el contrato de trabajo sin que previamente se haya obtenido autorización del inspector del trabajo, a quien hay que demostrarle por parte del empleador una justa causa para terminar el vínculo jurídico con su trabajadora.

El hecho de que el empleador haya obtenido ese permiso del inspector del trabajo no inhibe a la trabajadora para acudir a la justicia ordinaria laboral con la finalidad de demostrar que el despido fue injusto y obtener así la indemnización a la cual se refiere la ley en el numeral 3 del artículo 35 de la ley 50 de 1990, el cual establece que deberá pagarle:

- a) Una indemnización equivalente a sesenta (60) días de salario.
- b) Las doce (12) semanas de descanso remunerado o licencia, si no las ha disfrutado.
- c) La indemnización por despido correspondiente, según el contrato de trabajo que se haya pactado.

También podemos considerar como una indemnización la nulidad del despido cuando éste se presenta en uno de los descansos de la trabajadora, pues en éstos casos si se reintegra a la trabajadora y se ordena el pago de los salarios y prestaciones sociales causados en el período en que esté cesante, se tendrá este pago como el reconocimiento de la indemnización de perjuicios padecidos como consecuencia del despido.

Unidad 6

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

El objetivo principal de esta unidad es analizar y estudiar las formas en que el contrato de trabajo deja de ejecutarse, ya temporalmente, ora de manera definitiva.

De manera específica se pretende determinar los efectos que sobre el contrato de trabajo tienen la suspensión y la terminación del mismo y las consecuencias que para las partes surgen a partir de la configuración de estas formas de inejecución del contrato de trabajo.

También se verificarán en esta unidad, las posiciones jurisprudenciales frente al despido sin justa causa y a la terminación ilegal del contrato de trabajo.

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Podemos decir que la suspensión del contrato de trabajo, la cual tiene por efecto la interrupción temporal de la ejecución de sus prestaciones fundamentales, es decir la de prestar el servicio por parte del trabajador y la de pagar el salario por parte del empleador, permaneciendo, sin embargo, vigente el vínculo jurídico entre las partes contratantes.

Las causas que el legislador estableció para suspender el contrato de trabajo tienen por finalidad evitar la disolución o terminación de la relación de trabajo y, consecuentemente, contribuir a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos

Quiere decir lo anterior que el contrato de trabajo no se termina, sino que permanece vigente pero interrumpidos algunos de sus efectos, como son las obligaciones básicas de prestar el servicio convenido por parte del trabajador y pagar salarios por parte del empleador, salvo lo que pueda establecerse en la convención colectiva, en el pacto colectivo o en el contrato de trabajo.

6.1. Causas de suspensión del contrato de trabajo.

Los supuestos que dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo están tasados en el Artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo que no existen otras causales legales. Sin embargo, podríamos preguntarnos si se pudieran ampliar las causas de suspensión a través de la negociación colectiva, y la respuesta sería afirmativa, como ocurre, por ejemplo, con ciertas licencias donde empleador y trabajador pueden pactar que por ellas se suspenda o no el contrato de trabajo.

Las causas legales de suspensión las podemos clasificar en función a la causa que las motiva.

6.1.1. Suspensión por circunstancias que afectan a la empresa

6.1.2. Fuerza mayor o caso fortuito.

Dice el artículo 1º de la ley 95 de 1890 que: *Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de diciembre de 1987, dijo:

“En materia laboral para que se configure el evento de la fuerza mayor o caso fortuito como causa que libere al patrono de cumplir sus obligaciones contractuales o legales, es menester, no sólo que el hecho constitutivo de tal fuerza sea imprevisible, sino además, que lo coloque en absoluta imposibilidad de atender tales obligaciones, y también, para que opere como causa que justifique la suspensión de un contrato de trabajo, debe tener la característica de ser temporal o pasajera y no indefinida, de tal manera que cesadas las circunstancias que le dieron origen a la suspensión, pudiera reanudarse la prestación del servicio por parte del trabajador”.

A pesar de que la fuerza mayor o el caso fortuito deben ser eventos pasajeros, no se debe dejar de lado la posibilidad de que se trate de un evento que dure un tiempo más o menos prolongado. Tal sería el caso de una guerra civil, o de un desplazamiento del lugar por la acción de los grupos al margen de la ley, hecho que puede perdurar por meses.

Pero la fuerza mayor puede dar origen a la terminación del contrato de trabajo y exonerar de las obligaciones correspondientes cuando, por ella, resultan imposibles la continuidad de aquel y el cumplimiento de los compromisos contractuales. Por ello, la legislación laboral no la descarta como causal de terminación del contrato, aunque no lo diga expresamente. Pero cuando las consecuencias necesarias e ineludibles no son la imposibilidad de cumplir la obligación contractual, sino la inejecución temporal de la misma, no pueden atribuirse a esta los efectos de dar por terminado el contrato.

Así lo expresó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1954 en proceso adelantado contra la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia.

Cuando se presente un evento de ésta naturaleza se le debe comunicar al Inspector del Trabajo el hecho para que el funcionario demuestre la ocurrencia del mismo.

Una vez termina el hecho que afectó la prestación del servicio, se deberá notificar a los trabajadores la reanudación de las labores mediante dos avisos que se publicarán en un periódico de la localidad o en forma personal, debiéndose reintegrar al trabajo dentro de los tres días siguientes. Si no se reintegra, entonces se configura causal de terminación del contrato de trabajo.

6.1.3. Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio en todo o en parte, hasta por ciento veinte días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de la Protección Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores.

Una vez termina el hecho que afectó la prestación del servicio, se deberá notificar a los trabajadores la reanudación de las labores mediante dos avisos que se publicarán en un periódico de la localidad o en forma personal, debiéndose reintegrar al trabajo dentro de los tres días siguientes. Si no se reintegra, entonces se configura causal de terminación del contrato de trabajo.

6.1.4. Por la muerte o inhabilidad del empleador, cuando éste sea una persona natural o cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo.

La razón por la cual la muerte del empleador no termina el contrato de trabajo, es que en el empleador no existe el carecer *intuitu personae*, y porque al trabajador no le interesa la persona del empleador, sino el conjunto de derechos que se derivan de su permanencia en la empresa.

Cuando fallece el empleador se presenta el fenómeno de la sustitución de patronos.

La muerte o inhabilidad del empleador, cuando este sea una persona natural y cuando ella traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo, constituye apenas una causal de suspensión, conforme a lo estatuido por el artículo 51 del CST. El artículo 61 de la misma obra al enumerar las causas de terminación del contrato de trabajo, no contempla la muerte del empleador, pues lo normal en estos casos es que el contrato continúe con sus causahabientes o herederos o que se suspenda cuando la muerte del empleador traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del contrato de trabajo, para reanudarse posteriormente cuando se supere la causa de la suspensión.

Solo cuando las causas susceptibles de impedir a los trabajadores y a los empleadores el cumplimiento de sus obligaciones obran definitivamente, se produce la terminación de la relación laboral. En el caso de la muerte del empleador, el hecho impeditivo del cumplimiento de las obligaciones puede obrar definitivamente cuando tenga como consecuencia ineludible y forzosa la terminación o clausura del negocio, como acontece cuando éste vive de la actividad personal del empleador; pero en este caso, la muerte del empleador no es la causa de la terminación del contrato de trabajo; este concluye o termina por el cierre del negocio, cuando no es posible su continuación. Así mismo, se presentaran casos en que la muerte del empleador le pone fin al contrato de trabajo, como cuando el empleador es una persona natural y su profesión, arte u oficio no puede pasar a sus herederos. Por ejemplo, se trata de un artista que está elaborando una obra y muere. Sus trabajadores, obviamente, perdieron la posibilidad de seguir laborando y no se generaría el derecho a una indemnización, pues la muerte no puede generar responsabilidad alguna.

Habrá inhabilidad por parte del empleador cuando se presentan circunstancias que le impiden seguir ofreciendo trabajo, como en el caso de que se encuentre enfermo o secuestrado. Estos casos se pueden considerar como constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor, pero de todas

maneras constituyen también inhabilidad en el empleador. En éstos casos tampoco podríamos hablar de un derecho indemnizatorio para el trabajador, porque se trata de circunstancias ajenas a su voluntad.

Una vez termina el hecho que afectó la prestación del servicio, se deberá notificar a los trabajadores la reanudación de las labores mediante dos avisos que se publicarán en un periódico de la localidad o en forma personal, debiéndose reintegrar al trabajo dentro de los tres días siguientes. Si no se reintegra, entonces se configura causal de terminación del contrato de trabajo.

6.1.5. Suspensión por circunstancias que afectan al trabajador.

6.1.6 Licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria.

Solamente las licencias que interrumpen para el trabajador la obligación de prestar el servicio acordado y para el trabajador el deber de pagar el salario, se pueden considerar como causa de suspensión del mismo. En aquellos casos en que el empleador concede licencias al trabajador pero no se libera de la obligación de pagar el salario, no pueden considerarse como causa de suspensión del mismo.

Podríamos señalar como licencias que suspenden el contrato de trabajo, las que se le conceden al trabajador para que ejerza el derecho al sufragio. El ejercicio de un cargo oficial de forzosa aceptación, como cuando el trabajador es nombrado jurado de votación. El desempeño de comisiones sindicales. La asistencia al entierro de un compañero de trabajo. Tratándose un trabajador menor de edad, cuando su actividad escolar lo requiera.

Existen otras licencias que no las debe conceder obligatoriamente el empleador, como, por ejemplo, las que se solicitan para estudiar, o para emprender un viaje, para el matrimonio, etc. En estos casos, las partes se podrán de acuerdo sobre si ellas generarán o no el reconocimiento de

salario. Si se concede la remuneración, entonces la licencia no suspende el contrato de trabajo, pero si no se genera la remuneración, sí suspende el contrato de trabajo.

Cuando al trabajador se le impone como sanción disciplinara la suspensión en sus labores porque ha violado las obligaciones o prohibiciones que le incumben, ese tiempo que permanece sancionado suspende el contrato de trabajo.

6.1.7 Por ser llamado el trabajador a filas.

El llamamiento a filas es de forzoso acatamiento, razón por la cual el trabajador tiene derecho a regresar a su trabajo una vez termine de prestar el servicio militar, y el empleador tiene la obligación de permitirle la reanudación de la labor, siempre y cuando lo haga dentro de los seis meses siguientes a la fecha en la cual dejó de prestar el servicio militar (ley 48 de 1993).

Si el trabajador no se presenta a trabajar dentro de éste término, se presenta una causa de terminación del contrato de trabajo, pudiendo el empleador dejar sin efecto el vínculo, sin que ello le acarree consecuencias indemnizatorias.

6.1.8 La detención preventiva del trabajador hasta por treinta (30) días o por arresto correccional que no exceda de ocho (8) días y cuya causa no justifique la extinción del contrato.

Como lo señalan los doctores Ignacio Cadavid Gómez y Eraclio Arenas Gallego, en su libro *“Cartilla del Trabajo 2009, cuarta edición, Universidad de Medellín: Hablamos de detención hasta de treinta (30) días aunque el artículo 51 del CST (numeral 6) da a entender que es hasta de 8 días, para guardar congruencia interpretativa. Existe causa de terminación del contrato sólo cuando la detención preventiva es de más de 30 días, el vacío entre 9 y 30 días debe entenderse como suspensión”*.

Una vez termina la detención preventiva dentro de los treinta días o el arresto dentro de los ocho (8) días, el trabajador puede reincorporarse a su trabajo, demostrando que efectivamente terminó la sanción. Si no lo hace, es decir, si no se presenta a trabajar o si no demuestra que cesó la sanción, entonces el contrato de trabajo termina.

Si la falta amerita la terminación del contrato, entonces no se suspende éste sino que se da por terminado. Por ejemplo, si el trabajador atenta contra la integridad física de su empleador o de un compañero de trabajo.

6.1.9 Suspensión por razón de la existencia de un conflicto laboral.

La Corte Constitucional en sentencia C 1369 de 11 de octubre de 2000, declaró exequible el numeral 7 del artículo 51 del CST bajo el entendido de que la huelga legalmente declarada suspende el contrato de trabajo durante el tiempo que dure el cese de actividades, y, obviamente, el empleador no tiene la obligación de pagar salarios y prestaciones sociales por éste período. Pero cuando el cese colectivo de trabajo se presenta por un hecho imputable al empleador por desconocer derechos legales o convencionales, jurídicamente exigibles, entonces el empleador sí tiene el deber de reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales. Pero en todos los casos, es decir, con o sin responsabilidad, el empleador tiene la obligación de garantizar el derecho a la seguridad social de los trabajadores que participan en el cese de actividades mediante el pago de los aportes para salud y pensiones.

6.2 Efectos de la suspensión del contrato de trabajo.

El artículo 53 del Código sustantivo del trabajo, nos indica cuales son los efectos que produce la suspensión del contrato de trabajo. Veamos:

“Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el patrono la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del patrono, además de las

obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el patrono al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones”

Así las cosas, la suspensión del contrato de trabajo sólo suspende la obligación que tiene el empleador de pagar el salario al trabajador, pero no la obligación de pagar la Seguridad social (Salud y pensión), máxime después de lo señalado en la sentencia C1369 de 2000.

Respecto a la cotización por seguridad social para los casos diferentes a los tratados por la sentencia C 1369 de 2000, el artículo 71 del decreto reglamentario 806 de 1998, indica que en estos casos no habrá lugar al pago de aportes por parte del afiliado, pero sí lo correspondiente al empleador, para lo cual, éste deberá realizar el respectivo aporte con base al ultimo salario reportado antes de la suspensión del contrato.

En cuanto a los aportes parafiscales debemos decir que como ellos se calculan teniendo en cuenta el valor de la nómina mensual de la empresa, al no estar obligado el empleador a pagar salarios a sus trabajadores por estar suspendidos los contratos de trabajo, entonces no se pueden calcular los aportes parafiscales al no haber una base para calcularlos.

De acuerdo a lo señalado por la ley, durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo, el empleador solo está facultado para descontar al trabajador el valor del salario diario por el tiempo que duró la suspensión del contrato de trabajo y la incidencia de este tiempo en la liquidación de las vacaciones, de las cesantías y de la pensión de jubilación.

Es de tener en cuenta que la norma no autoriza descontar el tiempo que duró la suspensión del contrato de trabajo, para efectos de calcular el valor de la prima de servicios, ni de los intereses de cesantías, ni de cualquier otro derecho, solo vacaciones y cesantías. Así se expresó la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia GJ CLXIX, pág 1095. También en sentencias del 6 de abril de 1989, rad 2769; 25 de julio de 1989, rad. 2892 y 31 de enero de 1990, rad 2905.

Unidad 7.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

El contrato de trabajo, como todo acto jurídico, también está llamado a extinguirse; su terminación, a diferencia de la suspensión, constituye el fenómeno jurídico por el cual, en razón de los hechos que pueden provenir o no de la voluntad de las partes, cesa en forma definitiva el cumplimiento de las obligaciones contraídas; de tal forma que desaparece el vínculo jurídico.

7.1. Causas o modos generales de terminación

En el Código Sustantivo del Trabajo, aparecen enlistadas las causas o modos generales de terminación del contrato de trabajo, las cuales encontramos en el artículo 61, entre las que se encuentran aquellas que dependen de la voluntad de ambas partes y otras objetivas.

7.1. 1. Muerte del trabajador

Modo natural y obvio de terminación, y es así porque como el contrato de trabajo se caracteriza por ser *intuitu personae* (en razón a la persona del trabajador), con prestación del servicio personal e indelegable; por manera que el contrato no se hereda, aunque los beneficiarios pueden reclamar el pago de las prestaciones y salarios adeudados por empleador al ex trabajador; la muerte del trabajador no genera ningún tipo de indemnización.

La muerte del empleador no está señalada como causa de terminación del contrato; no obstante, algunos consideran que puede configurar causa de finiquito del nexo la muerte o enfermedad invalidante del empleador, cuando su presencia es indispensable para que el trabajador o los trabajadores presten el servicio, tesis que encuentra su fundamento en la sentencia de 18 de febrero de 1978, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Pero, dada la evolución de la relación obrero-patronal, al trabajador le interesa la presencia del empleador, solamente en razón de los derechos y prerrogativas que ello le genera, sin importar quién sea el empleador.

De otro lado la figura de la sustitución patronal, entra a suplir cualquier inconveniente que se presente a la muerte del empleador.

Al respecto, así se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia del año de 1958:

“....La razón para que la muerte del patrono no produzca la terminación del contrato de trabajo, estriba en que éste ha perdido el carácter de intuitu personae para quedar sustituido por la relación entre el trabajador, como factor de producción y la empresa, y esta es la razón para que opere el fenómeno de la sustitución patronal, pues al obrero no interesa de manera fundamental, la persona del propietario, sino el conjunto de derechos que le confiere su permanencia en la empresa. ...”

7.1.2. Mutuo consentimiento

Así como las partes se vinculan mediante un acuerdo; de la misma manera pueden dar por terminado el contrato. La terminación consensuada puede estar acompañada de otros acuerdos que contengan bonificaciones o compensaciones que justifiquen la dejación del empleo por parte del trabajador, acuerdos que son aceptables por la jurisprudencia, siempre y cuando no vulneren los mínimos de derechos y garantías del trabajador.

Así que, quien esté interesado en atacar o destruir la aceptación del trabajador, deberá demostrar que éste suscribió el acuerdo o se acogió al plan de retiro, bajo el error, o mediante el uso de fuerza o dolo ejercido por el empleador o sus representantes.

En sentencia proferida con radicado No. 10.608 de 18 de mayo de 1998, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado José Roberto Herrera Vergara, se refirió a los planes de retiro compensado, así:

“...Ni la ley ni las decisiones judiciales impiden que los empleadores promuevan planes de retiro compensado, ni es cierto que el ofrecimiento patronal de sumas de dinero a título de bonificación aceptadas voluntariamente por un trabajador constituye per se un acto de coacción. Por el contrario, tales propuestas patronales son una actuación legítima, en la medida en que el trabajador beneficiario de la bonificación o estímulo económico goza de libertad para aceptarla o rechazarla, de manera que esa sola circunstancia no es una presión indebida, ni error, fuerza o dolo, sino un medio muchas veces idóneo y conveniente para ambas partes de resciliación contractual civilizada y justa de cara a las normales dificultades surgidas en el diario devenir de las relaciones laborales en la empresa, evitándose con ello frecuentemente una conflictividad crónica innecesaria entre las partes, que deteriora la armonía e impide la convivencia pacífica que debe presidir la ejecución de los contratos de trabajo. ...”.

La renuncia presentada por el trabajador, es una forma de dar por terminado el contrato de trabajo, siempre y cuando no se haya obtenido por medio de presión ejercida sobre el trabajador; la cual, en caso de ser aceptada, se convierte en terminación del contrato por mutuo consentimiento, y a criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, puede retirarse, siempre que no haya sido aceptada y el contrato de trabajo continúe vigente

Sobre el tema, en la sentencia No. 18299 de 4 de julio de 2002, con ponencia del magistrado José Roberto Herrera Vergara, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expresó:

“...Estima la Sala precisar, por vía de doctrina, que en la vida del derecho las manifestaciones de voluntad de los particulares en principio son revocables, a menos que la ley expresamente lo prohíba o que dadas las circunstancias concretas ello sea improcedente. Específicamente en el campo laboral los cambios de decisión de un trabajador o sus nuevas manifestaciones de voluntad son legalmente admisibles si son oportunos y si con ellos no se quebrantan los derechos mínimos, los irrenunciables y en general los que le discierne la legislación laboral. Es así como una vez presentada una enuncia puede el dimitente retractarse de ella si no le ha sido aceptada, con mayor razón si el contrato de trabajo se halla en plena vigencia. ...”

Pero no acontece lo mismo en casos en que la renuncia es irrevocable, esto es, ajena a cualquier consideración del empleador; por cuanto la misma surte efectos inmediatos, de modo que el empleador no está obligado a mantener el vínculo laboral en virtud del retiro de la renuncia por parte del trabajador, tema que esbozó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 78236 de 7 febrero de 1996.

Ahora, la renuncia afectada por un vicio del consentimiento, la torna ineficaz y de esa manera, el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaba de no haberse presentado el acto de dimisión viciado.

En efecto, esto dijo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 22.842 de 30 de septiembre de 2004, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza:

“... Cumple precisar, por otra parte, que la renuncia afectada por un vicio del consentimiento no puede equipararse al despido sin justa causa. Tiene como fundamento la ineficacia de la declaración de voluntad emitida por el trabajador y cuando se da esta situación, la conclusión lógica y leal, como se verá, es considerar que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido el acto viciado de nulidad, conforme lo establece el artí-

culo 1746 del Código Civil, norma que resulta aplicable en tal situación por virtud de lo dispuesto por el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo. Y esa restitución supone, desde luego, el restablecimiento del contrato de trabajo. (...) Ahora bien, el reintegro como consecuencia de la ineficacia de la renuncia debe tener y tiene fundamento adicional en el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo, porque si la renuncia no produce ningún efecto jurídico no puede afirmarse que en realidad el contrato haya terminado y esto es precisamente lo que regula ese precepto, cuyo título, "salarios sin prestación del servicio", permite su aplicación a una variedad de hipótesis en las cuales no se da la prestación del servicio por culpa o disposición del empleador, una de las cuales es, precisamente, una renuncia del trabajador afectada en su validez. ...".

7.1.3. Expiración del plazo fijo pactado

Esta situación se refiere a los casos de los contratos a término fijo, pero debe advertirse que la sola llegada del plazo no termina el contrato; en tanto que debe mediar, a términos del artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, el aviso previo del empleador, con una antelación no menor a 30 días; puesto que si no se da el aviso, el contrato se entiende renovado.

7.1.4. Terminación de la obra o labor contratada

También en los casos de contratos cuya duración se limita a la de la obra o labor contratada, debe entenderse que una vez finaliza el objeto del contrato, éste fenece.

7.1.5. Liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento

Se presenta la causal, cuando la empresa es clausurada o liquidada definitivamente, es decir, no continúa desarrollando sus actividades; pero para proceder de tal manera tiene el empleador que obtener autorización del Ministerio de Protección Social y haber informado del trámite a

sus trabajadores, conforme lo previsto en los Artículos 466 del Código Sustantivo del Trabajo y 40 del Decreto 2351 de 1965.

Si el cierre se produce de manera intempestiva y sin el lleno los requisitos enunciados, los trabajadores pueden reclamar el pago de los salarios dejados de percibir mientras dure el cierre; según lo asentado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de julio de 1988.

7.1.6. Suspensión de actividades por más de 120 días

Para proceder a la suspensión, requiere el empleador obtener permiso del Ministerio de Protección Social, avisando a los trabajadores del inicio del trámite, para que si lo desean se hagan parte en el mismo.

No obstante que sea considerada causa legal de terminación del contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia radicada al número 11632 de 3 de mayo de 1999, dijo que los trabajadores despedidos en virtud de dicha causal son acreedores de la indemnización por despido injusto, puesto que *“...una cosa es que la suso-dicha terminación del vínculo motivada en esa causal especialísima produzca el efecto de ruptura definitiva del nexo laboral y otra muy distinta es que tal determinación unilateral quede impune frente al trabajador cumplidor de sus deberes quien no tiene por qué padecer los riesgos que la motivan, ni mucho menos los efectos perjudiciales de la misma. ...”*.

7.1.7. Sentencia judicial ejecutoriada

Se presenta la causal cuando la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, proviene de un proceso judicial o administrativo.

7.1.8. No regresar el trabajador al desaparecer las causas de suspensión del contrato de trabajo

Recordamos que en los casos en que el contrato de trabajo se suspende por fuerza mayor, caso fortuito, muerte del empleador o suspensión de

actividades hasta por 120 días, el empleador está en la obligación de avisar a sus trabajadores que deben regresar a su trabajo dentro de los 3 días siguientes a la notificación o aviso.

De igual forma, cuando vence el término de 6 meses siguientes a la finalización del servicio militar, con que cuenta el trabajador para regresar al trabajo, si no se presenta al sitio de trabajo, se entiende que incumple sus obligaciones y por ende el contrato podrá terminarse.

7.1.9. Por decisión unilateral del trabajador

Se presenta la decisión unilateral del trabajador, cuando renuncia, caso en el cual no hay lugar a ninguna sanción, aunque si debe dar aviso al empleador con una anticipación no menor a 30 días; recordemos que el numeral 5º del Artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, que permitía al empleador descontar al trabajador un mes de salario cuando éste hubiera terminado intempestivamente el contrato de trabajo, fue eliminado por la ley 789 de 2002.

También puede terminar unilateralmente el contrato de trabajo por decisión del trabajador, con justa causa imputable al empleador, es decir, por “despido indirecto”, y se presenta por faltas, incumplimientos o violación de prohibiciones por parte del empleador; caso en el cual procede la indemnización como si el contrato hubiere terminado por despido sin justa causa. Debe en estos casos el trabajador expresar las causas o motivos que tiene para dar por terminado el contrato, sin que pueda invocar posteriormente otras diferentes.

Finalmente observamos que en caso de despido indirecto no procede el reintegro en el evento de tener derecho a él, puesto que no es razonable que después haber tomado la decisión de dejar el empleo, pretenda el ex laborante retornar al mismo.

7.2. Las causas de autodespido están contempladas en el artículo 7º del decreto 2351 de 1965, literal b), así:

7.2.1. Haber sufrido engaño por parte del empleador, respecto de las condiciones de trabajo

Se presentan en la ejecución del contrato de trabajo diferencias sustanciales entre lo convenido y lo ordenado ejecutar en la práctica.

7.2.2. Todo acto de violencia, malos tratamientos o amenazas graves inferidas por el empleador contra el trabajador o los miembros de 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.

Esta causal debe ser invocada por el trabajador de manera clara en el acto de su renuncia, y también le corresponde probarlo en juicio.

La protección al trabajador se extiende más allá del sitio de trabajo y también cubre a los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio; pudiendo provenir las agresiones, que con la tolerancia del patrono, provengan de los representantes del empleador, sus parientes o dependientes.

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

Si bien el empleador ejercer el poder directivo o subordinante sobre el trabajador, esta facultad jurídica, no llega hasta imponerle el cumplimiento de órdenes que atenten contra su dignidad o sus convicciones; así

puede presentar renuncia, constituyéndose esta en un despido indirecto que amerita el reconocimiento de las indemnizaciones del caso.

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

Se trata de circunstancias adversas a la salud o la seguridad del trabajador, bajo las cuales se va ejecutando el contrato de trabajo; circunstancias que no son objeto de revisión por parte del empleador.

7.2.5. Todo perjuicio causado maliciosamente por el patrono al trabajador en la prestación del servicio

Causal difícil de demostrar también, pero que se traduce en actos conscientes del empleador que causan perjuicios al trabajador en la prestación del servicio.

7.2.6. El incumplimiento sistemático, sin razones válidas, por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales

Reiterados incumplimientos de las obligaciones que competen al empleador. Debe probarse la reiteración en el incumplimiento.

7.2.7. La exigencia del empleador, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto o en lugares diversos de aquel para el que fue contratado.

Tiene que ver esta causal con el *ius variandi*, o facultad derivada del poder subordinante que ejerce el empleador sobre el trabajador, según el cual aquel puede modificar las condiciones del contrato de trabajo, siempre que se haga de manera justificada y razonable. Es así como, si la modificación no tiene ninguna razón justificativa, puede el trabajador tomar la decisión de renunciar, invocando el hecho como causa de dimisión.

7.2.8. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador de acuerdo con los artículos 57 y 59 del código sustantivo del trabajo, o cualquier falta calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamento.

Lo que indica la jurisprudencia patria es que la calificación de la gravedad de la violación de las obligaciones y prohibiciones, compete al juez; y la gravedad de las faltas debe estar estipulada en el respectivo acto jurídico en que se determinó la falta. Pero no es usual que en los actos jurídicos a que se refiere la norma, encontremos faltas por parte del empleador, y menos calificadas como graves.

Ahora bien, si es el empleador quien da finiquito al vínculo social, sin justa causa, deberá pagar al trabajador la correlativa indemnización; y caso contrario, si invoca justa causa y la misma llega a comprobarse, no está obligado a pagar la indemnización.

7.3. Terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador

Estas justas causas están consagradas en el Artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

En estos casos debe el empleador al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, expresar los motivos que tiene para hacerlo, sin que sea posible que alegue otros en forma posterior; hechos que deben estar consagrados en la ley, el reglamento, la convención colectiva, el contrato de trabajo o el laudo arbitral; y sin que sea necesario que invoque normas. En materia probatoria, corresponde al trabajador demostrar el despido y al empleador la justa causa o justas causales y su oportunidad.

Sobre los principios que se tutelan, al imponerse al empleador dichos requisitos para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia No. 12261 del 2 de septiembre de 1999, con ponencia del magistrado Germán Gonzalo Valdés Sánchez, explanó:

“...La previsión contenida en el parágrafo del artículo 7º del decreto 2351 de 1965 tiene por objeto permitirle a la parte contra la cual se aduce la existencia de una justa causa que motiva la decisión de la otra de terminar el contrato de trabajo, el desarrollar plenamente el derecho de contradicción de lo que se le imputa y de tal forma ejercer debidamente su derecho de defensa en las instancias en que ello cor. Se pretende además materializar los postulados de lealtad y claridad que deben existir en toda relación contractual y que tienen lugar preponderante en el cumplimiento del contrato de trabajo. Pero la ley no exige un modo ni un trámite específicos para el cumplimiento de la obligación allí consignada, por lo que ha quedado al arbitrio del juez determinar si se ha atendido ese deber en los casos en que ello no resulte determinable, dado el mecanismo al cual haya recurrido para el efecto la parte que termina el contrato. ...”.

También la Corte Constitucional en sentencia C-299 de 1998, se refirió a la oportunidad de defensa del trabajador en los casos en que el empleador decide dar por terminado el contrato de trabajo, alegando justa causa. Esto dijo la Corte:

“... no es suficiente que las partes se valgan de alguna de las causales anunciadas para tomar su decisión, pues es imperativo que la parte que desea poner fin a la relación exprese los hechos precisos e individuales que la provocaron. Así, la otra parte tiene la oportunidad de enterarse de los motivos que originaron el rompimiento de la relación laboral, en el momento en que se le anuncia tal determinación y, puede hacer uso de su derecho de defensa y controvertir tal decisión si está en desacuerdo.”

“...En concreto, esta aplicación del derecho a la defensa presupone dos obligaciones concretas por parte del empleador. La primera, manifestarle al trabajador los hechos concretos por los cuales va a ser despedido y, la segunda, darle la oportunidad de controvertir las imputaciones que se le hacen, ...”.

La terminación del contrato de trabajo por parte del empleador no es considerada una sanción, sino el ejercicio de una facultad que la ley le confiere; puesto que las sanciones previstas en la ley laboral buscan corregir conductas inadecuadas del trabajador, asumiendo que el vínculo continuará desarrollándose; al paso que el despido, con o sin justa causa, pretende la terminación del vínculo laboral. En efecto, así se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia No. 19876 de 24 de julio de 2003:

“...la jurisprudencia de la Corte ha precisado que la naturaleza del despido no es la de una sanción, por lo que para adoptar una decisión de esta índole el empleador, salvo convenio en contrario, no está obligado a seguir un procedimiento de orden disciplinario.”

Otro requisito del despido con justa causa, es el de la inmediatez, que significa que el empleador está obligado a dar por terminado el contrato de trabajo, inmediatamente después de ocurridos los hechos que motivan

la decisión o del momento en que se enteró de los mismos; lo que no significa simultaneidad, sino que los hechos constitutivos de la falta deben ser investigados para comprobar su veracidad. Sentencias de 30 de julio de 1976 y 5 de octubre de 1984, Corte Suprema de Justicia.

Estas son las justas causas:

Haber sufrido engaño por parte del trabajador mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido

Podríamos citar algunos casos que encajan dentro de esta causal: Presentar certificados de estudios falsos para acceder al empleo o para obtener un ascenso; presentación de certificados de escolaridad adulterados para reclamar el subsidio familiar ante una Caja de Compensación Familiar, o ante el empleador, para el reconocimiento y pago de primas o beneficios convencionales.

En todo caso, para que se configure la causal, no se requiere que se obtenga el provecho buscado, basta con la presentación del documento con fines de aprovechamiento.

7.3.1. Todo acto de injuria, violencia, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.

Estas conductas se presentan dentro del trabajo, y puede tratarse de violencia verbal o de obra. La injuria debe calificarse objetivamente, y la indisciplina debe ser grave.

Esta causal se puede presentar aun cuando el trabajador no esté dentro de su horario, pero sí en las instalaciones de la empresa. -sentencia de 29 de octubre de 1992, Corte Suprema de Justicia-.

7.3.2. Todo acto grave de violencia, injuria, malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del empleador, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes y celadores

En este caso, los actos en general deben ser graves y se generan fuera del sitio de trabajo, y se incluyen como sujetos pasivos de aquellos a los socios y se limita en cuanto a compañeros de trabajo a jefes de taller, vigilantes y celadores.

7.3.3. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas

En esta causal incurre quien daña intencionalmente una máquina, pone un explosivo o pinta las paredes con cualquier letrero.

La negligencia es la culpa, falta de cuidado o desinterés que conlleva a que se pongan en peligro las personas o las cosas, no siendo necesario que se produzca el hecho dañoso a estos, pues basta que se presente el peligro o riesgo.

7.3.4. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo en el desempeño de sus labores

El acto inmoral o delictuoso debe suceder en el sitio de trabajo y en ejercicio de funciones. Debe formularse la denuncia penal respectiva cuando

se presente el hecho delictuoso, puesto que de lo contrario la causal cesará en sus efectos; a más que en el caso en que el trabajador demande, el juez laboral podrá pronunciarse sobre la causal, sin que tenga que esperar las resultas del proceso penal – Sentencia de 17 de marzo de 2004, Corte Suprema de Justicia-.

7.3.5. Violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del código sustantivo del trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Esta causal se presenta en dos eventos: primero, cuando el trabajador viola de manera grave sus obligaciones; y segundo, cuando comete una falta que se califica como grave en pacto, convención colectiva, fallo arbitral, contrato de trabajo o reglamento interno de trabajo. En el primer caso, corresponde al juez calificar la gravedad de la violación, y en el segundo caso, la calificación de grave de la falta debe emanar de los actos jurídicos enlistados en la norma.

Entonces, a pesar de la violación de las obligaciones o de la comisión de una falta grave por parte del trabajador, para que estos hechos constituyan justa causa de despido, no se requiere que la conducta del empleado haya generado perjuicio a la empresa o beneficio al patrono.

Sobre el alcance de la causal, así se pronunció, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia No. 4005 de 31 de enero de 1991:

“... Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier

incumplimiento que se establezca de aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal. ...”.

7.3.6. Detención preventiva del trabajador por mas de 30 días a menos que posteriormente sea absuelto

Se contradice la norma cuando permite que se despida con justa causa al trabajador que sea privado de la libertad por más de 30 días, a la vez que establece que se configura despido injusto, si el trabajador es absuelto con posterioridad.

Es así como el trabajador puede demandar indemnización o reintegro con fundamento en la decisión por la cual en el proceso penal fue absuelto; por lo que el riesgo es para el empleador que hace uso de esta causal, cuando se cumple con el término de detención preventiva establecido en la norma.

7.3.7. El que el trabajador revele secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa

Esta causal es de poca ocurrencia, por lo cual no existe amplia jurisprudencia al respecto.

No obstante, debemos apuntar que es de difícil prueba, puesto que corresponde al empleador demostrar la existencia del secreto técnico, comercial o del asunto reservado; su revelación por parte del trabajador; y el perjuicio causado con tal proceder.

Antes de abordar los comentarios sobre las siguientes causales, debe observarse que para proceder a la terminación del contrato invocando cualquiera de ellas, el empleador debe comunicarlo al trabajador con una antelación no menor de 15 días.

En la actualidad, la omisión del preaviso, o su extemporaneidad, hace que el despido sea ilegal, que no injusto, razón por la cual el trabajador tendrá derecho al reconocimiento de una indemnización equivalente a 15 días del valor de los salarios dejados de percibir por el trabajador por la falta del aviso, según lo explicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia No. 14.777 de 16 de mayo de 2001.

7.3.8. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales

Para invocar esta causal debe el empleador demostrar que el rendimiento del trabajador es notoriamente inferior al que presentan otros trabajadores que cumplen labores análogas.

Para esta demostración, se ha previsto en el decreto 1373 de 1996, un procedimiento que es el que se describe a continuación:

1. Requerimiento por escrito al trabajador al menos dos veces, con intervalo no inferior a 8 días;
2. Si hechos los requerimientos, el empleador considera que el bajo o deficiente rendimiento subsiste, debe presentar al trabajador un cuadro comparativo con el rendimiento promedio de actividades análogas y citará al trabajador a descargos que debe presentar dentro de los 8 días siguientes.

3. Si las explicaciones del trabajador no son satisfactorias para el empleador, deberá informárselo dentro de los 8 días siguientes a la fecha de los descargos o del vencimiento del término que tenía el trabajador para presentarlos.

7.3.9. La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador. de las obligaciones convencionales o legales

Es el reiterado incumplimiento del trabajador de las obligaciones que le competen; hecho que debe ser demostrado por el empleador, a más que deberá probar que hizo llamados de atención al trabajador por dicho motivo, sin que sea pertinente que acumule varias faltas, efectúe una sola diligencia de descargos y proceda al despido.

Tal postura fue esbozada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 8313 de 6 de junio de 1996, así:

“...Pero, es natural que la empleadora cuando quiera enmarcar el comportamiento de un subordinado dentro de esta causal, deberá no sólo probar que éste periódicamente incurrió en faltas o irregularidades sino, además, que cada vez que ello ocurrió, le hizo la correspondiente reconvencción. Por tanto, mal procede cuando las acumula y hace un solo llamado de atención o un solo pliego de cargos por faltas cometidas a diferentes épocas, como aconteció en el caso debatido, pues la jurisprudencia ha sido clara en definir que frente a la ausencia de inmediatez entre la falta y la sanción, debe entenderse que hubo condonación de la misma. ...”.

7.3.10. Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento

Se tipifica cuando el trabajador padece de adicciones que perturban su comportamiento y por ende la disciplina en la comunidad de trabajo, tales como la drogadicción, los juegos de azar, etc..

7.3.11. La renuencia sistemática del trabajador a aceptar medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del patrono o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes

Se presenta la causal cuando el trabajador de manera sistemática, se niega a aplicar las medidas preventivas o curativas dispuestas por las autoridades de salud ocupacional, tales como negarse a usar casco de protección, cuando su oficio es la construcción, o las gafas, cuando se dedica a la soldadura.

En el artículo 91 del decreto 1295 de 1994, se consagra como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, la violación o grave incumplimiento por parte del trabajador, de las instrucciones, reglamentos y determinaciones de prevención de riesgos, adoptados en forma general o específica, y que se encuentren dentro de los programas de salud ocupacional de la empresa.

7.3.12. La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada

Causal de difícil prueba, cuando se aplica a trabajadores antiguos, puesto que la ineptitud del trabajador debe valorarse dentro del periodo de prueba; requiriéndose además de las pruebas contundentes que expliquen por qué el trabajador fue adquiriendo la ineptitud alegada por la empresa.

7.3.14. El reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa

Esta causal se puede aducir cuando el trabajador empiece a percibir la respectiva pensión, puesto que no basta con que cumpla los requisitos para acceder a ella.

7.3.15. Enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquier otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días.

Remata la norma disponiendo que el despido por esta causal, sólo se puede efectuar al vencimiento del lapso allí enunciado, lo cual no exime al empleador del pago de las prestaciones e indemnizaciones legales o convencionales derivadas de la incapacidad.

La Corte Constitucional en sentencia T-521 de 2008, reiteró la estabilidad laboral reforzada para el trabajador discapacitado y advirtió que para proceder a su despido, una vez transcurridos los 180 días de incapacidad, debe obtener autorización del Ministerio de Protección Social.

Entonces, para hacer uso de esta causal, deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

- Debe verificarse que la enfermedad no sea profesional o que la incapacidad no sea consecuencia de accidente de trabajo;
- Que la incapacidad o lesión incapacite para el trabajo;
- Que la incapacidad dure por lo menos 180 días;

- Que medie autorización del Ministerio de Protección Social, según el criterio de algunos especialistas en el tema, de conformidad a lo establecido en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, que reza: “...En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo. ...”.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”.

Sin embargo, hay otros que opinan que esta norma no es aplicable al caso planteado en la causal de terminación del contrato, por cuanto no se puede asimilar la enfermedad común y su incapacidad, con una discapacidad o limitación a que se refiere el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

De todas maneras este tema debe ser objeto de seguimiento por parte de las y los discentes.

Al respecto valga la pena traer a colación la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en proceso con radicación No. 32532 de 15 de julio de 2008, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón, en la que se decantó el tema, de la siguiente manera:

“...Se resuelve el recurso de casación interpuesto por la compañía DRUMMOND LTDA. contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el 27 de septiembre de 2006, en el proceso ordinario laboral promovido en su contra por el señor ALEJANDRO ENRÍQUE YANES RIVAS.

ANTECEDENTES

El actor pidió para que una vez se declare que la terminación de su contrato de trabajo no contó con la autorización del Ministerio de la Protección Social, se condene a la DRUMMOND LTDA. a pagarle una indemnización equivalente a seis meses de su último salario como auxiliar de trenes y la indemnización por despido sin justa causa.

Expuso que prestó sus servicios para la empresa demandada del 6 de mayo de 1996 al 23 de septiembre de 2003 en el cargo de auxiliar de trenes, con una remuneración mensual de \$1.900.000,00; sufrió un accidente de trabajo el 18 de octubre de 2001, cuando al perder el equilibrio cayó en la última góndola del tren en el que siempre prestaba sus servicios, debido a un mal manejo del maquinista; ese infortunio laboral le ocasionó la fractura intra articular de cúpula radial y de escafoides en muñeca izquierda; la empleadora, atendiendo la sugerencia de la Directora de Medicina Laboral de Colseguros, efectuada el 29 de noviembre de 2002, de reincorporar laboralmente al demandante, dispuso su reubicación, la que se extendió por 10 meses, no obstante que se había recomendado que fueran 2; la empresa dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa y sin autorización del Ministerio de la Protección Social.

La compañía accionada admitió la existencia de la relación laboral invocada y el accidente que sufrió el trabajador, pero aclaró que él no es minusválido, dado que su incapacidad es del 7.41% y que para ser catalogado como tal se requiere que la incapacidad sea superior al 50%, que debe acreditarse con el carné respectivo. Por otra parte, propuso las excepciones de la inaplicabilidad del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pago total e inepta demanda.

DECISIONES DE INSTANCIA

El juzgado del conocimiento declaró la ineficacia jurídica del despido del señor ALEJANDRO ENRIQUE YANES RIVAS y condenó a la compañía DRUMMOND LTDA. a pagar al demandante los salarios, prestaciones legales y extralegales y demás emolumentos a que tuviere derecho. Además dispuso que de la suma liquidada de estos conceptos se descuenta el valor de \$7.682.836; también condenó a la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en cantidad de \$11.400.000.

Al conocer, el juzgador de segundo grado, de la apelación interpuesta por la empresa demandada, revocó la condena dispuesta por concepto de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y en su lugar la absolvió de esa pretensión. Confirmó los restantes puntos de la decisión de primer grado.

En la providencia acusada se encontró que la Ley 776 de 2002 es clara al señalar los porcentajes de la incapacidad permanente parcial, en grado superior al 5% e inferior al 50% y en relación con el caso particular del actor el Tribunal halló demostrado que éste padece una incapacidad permanente parcial del 7.41%, que se incorporó a su trabajo el 26 de enero de 2002, pero que solicitó una nueva valoración por presentar molestias, dado lo cual fue reubicado por la empresa, para que continuara desarrollando el contrato de trabajo suscrito.

Indicó el ad quem que en la carta de despido no se invocó ninguna causal para la terminación de la relación laboral y que por el contrario se indicó que se trataba de un despido injusto y por ello se procedió a cancelar la indemnización que se consideró era la legal. Así mismo concluyó que el actor fue despedido debido a su minusvalía, pues la empleadora no acreditó motivo distinto, razón por la que se confirmó la decisión apelada en lo atinente a la ineficacia del despido y la condena al pago de salarios y las prestaciones sociales dejados de percibir por el demandante a causa del despido.

El Tribunal estimó que no era atendible “minimizar el porcentaje de incapacidad parcial permanente del actor para pretender la no aplicación, a su caso, de la Ley 361 de 1997 por cuanto, no sólo esta ley rige la presente situación, sino también la Ley 776 citada, que fija los porcentajes establecidos para calificar la disminución definitiva del afiliado incapacitado permanente parcial, del 5% pero inferior al cincuenta por ciento 50%.”.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Pretende que se case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto declaró ineficaz el despido del demandante y condenó a la demandada a pagar los salarios, prestaciones, legales y extralegales y los demás emolumentos causados, para en sede de instancia se revoque la decisión de primer grado en la parte confirmada por el Tribunal y, en su lugar, absuelva a la demandada de todas las pretensiones del actor.

Con el propósito anotado, la acusación presentó dos cargos fundados en la causal primera de casación laboral, que tuvieron réplica oportuna.

PRIMER CARGO

Orientado por la vía directa acusa la aplicación indebida de los artículos 5 y 8 de la Ley 776 de 2002, lo que a su vez condujo a la aplicación indebida de los artículos 1 de la misma ley y 26 de la Ley 361 de 1997, en relación con los artículos 1, 5, 24 y 31 de esa normatividad; 1, inciso 2, y 7 del Decreto 2463 de 2001. Violación que, agrega, produjo consecuentemente el quebranto de las normas que regulan los salarios y prestaciones sociales.

En el desarrollo del cargo afirma, después de citar apartes de la decisión recurrida, que para la viabilidad del ataque son hechos no controvertidos que el demandante sufrió un accidente de trabajo y que como consecuencia del mismo le quedó una incapacidad permanente parcial

del 7.41%, que fue calificada en debida forma por la ARP y aceptada por las partes.

Aduce que el juzgador de segundo grado aplicó el artículo 5 de la Ley 776 de 2002 a una situación no prevista ni regulada en esta norma, pues conforme lo señala el artículo 1 de dicha ley, se hace alusión al derecho que tiene todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales de percibir las prestaciones provenientes de los riesgos profesionales que se causen a su favor con ocasión del padecimiento de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, conforme al Decreto Ley 1295 de 1994. Resalta al respecto que la ley referida no regula las limitaciones previstas en la Ley 361 de 1997, toda vez que conforme a su enunciado trata de otros aspectos.

También se afirma que la denominación prevista en el artículo 5 de la Ley 776 de 2002 de “incapacidad permanente parcial”, que aplicó indebidamente el ad quem, no es posible para las situaciones generadas por la Ley 361 de 1997, dado que tal condición la regula la propia ley cuando establece en el artículo 5 que “Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carnet de afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, ya sea del régimen contributivo o subsidiado”, en tanto que en el inciso segundo especificó los destinatarios de esta ley, según sus grados de limitación en moderada, severa o profunda.

Advierte que en tal sentido, los titulares de los derechos establecidos en la Ley 361 de 1997, son aquellos que tienen limitaciones calificadas de moderada, severa o profunda, que no están definidas en la Ley 776 de 2002, como equivocadamente lo creyó el Tribunal, sino en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, norma anterior, que hace referencia expresa a la Ley 361 de 1997 y concretamente a su artículo 5, que señala el campo de aplicación; allí se prevé un 15%, de manera que no es cualquier limitado el que puede pretender beneficiarse de los privilegios que consagra la Ley 361 de 1997, sino aquel que reúna y cumpla las condiciones mínimas establecidas en esa ley y en el decreto que la desarrolla.

Estima en síntesis que de acuerdo con el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 la incapacidad permanente parcial diagnosticada y fijada al actor no le permite ser considerado como un limitado para los efectos de la aplicación de la Ley 361 de 1997 y particularmente para los beneficios previstos en su artículo 26 y de los demás que por extensión han sido concedidos por la jurisprudencia Constitucional, como son los de la ineficacia del despido y sus consecuencias.

LA OPOSICIÓN

Manifiesta que la censura no tiene razón, dado que el artículo 5 de la Ley “712” (sic) define lo que se entiende por incapacidad permanente parcial y qué porcentajes la delimitan, mientras que el Decreto 2463 de 2001, dentro de los parámetros de incapacidad permanente parcial, otorga una graduación sin definir quien es considerado disminuido en su capacidad de trabajo o inválido o discapacitado. Agrega que el sistema de riesgos profesionales al que se encuentra circunscrita la Ley 776 hace parte integral del sistema general de seguridad social, al que también pertenece la Ley 361 de 1997 y el Decreto 2463 de 2001 y, que además no existe norma distinta a la Ley 776 que defina el concepto de incapacidad permanente parcial y discrimine el porcentaje necesario para recibir el calificativo de incapacitado permanente parcial, de modo que su aplicación fue acertada en este asunto.

SE CONSIDERA

La protección con la que cuentan las personas limitadas en lo concerniente a que no pueden ser despedidas o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie la autorización de la Oficina de Trabajo se encuentra regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de manera que la minusvalía a que se refiere esta disposición debe ser buscada, en primer lugar, en el contexto de este articulado y, sólo en ausencia de disposición que lo determine, es dable acudir a la aplicación supletoria de otras normas, conforme lo prevé el artículo 19 del C. S. del T.

Al respecto conviene precisar que la Ley 361 de 1997 contiene un régimen de carácter especial, que trasciende el campo del Sistema de Seguridad Social Integral, dado que su protección va más allá de las garantías que este régimen cubre, pues su propósito es la protección de los derechos fundamentales de las personas con limitaciones, previendo para quienes las padecen en los grados de “severas y profundas” la asistencia y protección necesarias. En este sentido la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse en sentencia de 7 de febrero de 2006, radicada con el número 25130, lo siguiente:

“cumple observar que la Ley 361 de 1997 es un estatuto especial que estableció “...mecanismos de integración social de las personas con limitación...” y que según su primer artículo los principios que la fundamentan están en los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución Política. Se trata de una ley que según la exposición de motivos tuvo por objeto la integración social de los discapacitados (Gaceta del Congreso N° 364 del 30 octubre de 1995). Los capítulos que la integran consagran garantías que asumen el Estado y la Sociedad para facilitar al antes señalado grupo de personas un modo de vida digno que les permita la rehabilitación, bienestar social, el acceso preferente a la educación, a los bienes y al espacio de uso público, al trabajo, etc.”.

Aclarado lo anterior, se observa que la Ley 361 de 1997 está dirigida de manera general a garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones severas y profundas, pues así lo contempla su artículo 1°; al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación, como ya se anotó, a quienes padecen una minusvalía significativa.

Es en desarrollo de esta preceptiva y particularmente en lo que tiene que ver con las personas a que está orientada la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, que se dispone en el artículo 5 que las personas con limitaciones deberán aparecer como tales en los carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, correspondiendo a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas

de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley comentada. No se trató entonces de una previsión caprichosa del legislador al aludir, en esta disposición, a los distintos grados de minusvalía que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Obviamente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

En el articulado de la Ley 361 de 1997 se toman como parámetros los diferentes grados de minusvalías a que se hecho alusión para establecer condiciones que garanticen su incursión en el ámbito laboral o que los haga merecedores de la protección del Estado, entre otros, en el campo de vivienda, seguridad social y educación. Así por ejemplo en el 24 se garantiza a los empleadores que vinculen laboralmente a personas con limitación que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitaciones, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados, si tienen en sus nóminas un mínimo del 10% de sus empleados, en las condiciones de discapacidad enunciadas en ese mismo ordenamiento; en el 31 se dispone que los empleadores que ocupen trabajadores con limitación no inferior al 25% comprobada y que estén obligados a presentar declaración de renta y complementarios, tienen derecho a deducir de la renta el 200% del valor de los salarios y prestaciones sociales, pagados durante el año o período gravable a los trabajadores con limitación, y el 37 prevé que el Gobierno, a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y en cooperación con las organizaciones de personas con limitación, apropiará los recursos para crear una red nacional de residencias, hogares comunitarios y escuela de trabajo para atender las personas con limitaciones severas.

Es claro entonces que la precipitada Ley se ocupa esencialmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es

para aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo.

Ahora, como la ley examinada no determina los extremos en que se encuentra la limitación moderada, debe recurrirse al Decreto 2463 de 2001 que sí lo hace, aclarando que en su artículo 1º de manera expresa indica que su aplicación comprende, entre otras, a las personas con derecho a las prestaciones y beneficios contemplados en las Leyes 21 de 1982, 100 de 1993, 361 de 1997 y 418 de 1997. Luego, el contenido de este Decreto en lo que tiene que ver con la citada Ley 361, es norma expresa en aquellos asuntos de que se ocupa y por tal razón no es dable acudir a preceptos que regulan de manera concreta otras materias.

Pues bien, el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; define que la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%.

En las condiciones anotadas es claro que el juzgador de segundo grado se equivocó al aplicar en este asunto el artículo 5 de la Ley 776 de 2002, pues si bien este precepto limita los grados en que se encuentra comprendida la incapacidad permanente parcial lo hace de manera expresa para los afiliados al Sistema General de Riesgos Profesionales y para los fines de las indemnizaciones y prestaciones que cubre este régimen, que obviamente no guarda relación con el tema de estabilidad laboral que protege la Ley 361 de 1997.

Surge de lo expuesto que la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limita-

ción moderada. Situación en la que no se encuentra el demandante, pues su incapacidad permanente parcial tan sólo es del 7.41%, es decir, inferior al 15% del extremo mínimo de la limitación moderada, que es el grado menor de discapacidad respecto del cual operan las garantías de asistencia y protección que regula esa ley, conforme con su artículo 1º.

El cargo, en consecuencia es fundado, por tanto se casará la sentencia recurrida, en cuanto confirmó la decisión de primer grado que declaró la ineficacia jurídica del despido del actor y condenó a la compañía DRUMMOND LTDA. a pagar al demandante los salarios, prestaciones legales y extralegales y demás emolumentos a que tuviere derecho. En sede de instancia, es suficiente lo dicho en la etapa de casación para revocar las condenas antes anotadas, y en su lugar procede la absolución de la demandada.

Resulta, conforme con lo visto, innecesario estudiar el segundo cargo.

Sin costas en casación ni en la segunda instancia; las de primera son de cuenta de la parte demandante.

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, CASA la sentencia dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el 27 de septiembre de 2006, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor ALEJANDRO ENRIQUE YANES RIVAS contra la empresa DRUMMOND LTDA., en cuanto confirmó la decisión de primer grado que declaró la ineficacia jurídica del despido del actor y condenó a la demandada a pagar al demandante los salarios y prestaciones legales y extralegales derivadas del restablecimiento de la relación laboral. En sede de instancia se revocan las condenas impuestas por el juez del conocimiento y en su lugar se absuelve a la demandada. ..."

Unidad 8

TALLER PARA DESARROLLAR CASOS APLICADOS AL DERECHO LABORAL INDIVIDUAL

1. La Nacional de Seguros LA FORTUNA S.A requiere los servicios de un ingeniero eléctrico para la reparación de toda las redes eléctricas en los dos pisos que ocupa y que son de su propiedad. En efecto, la Secretaria de Gerencia de la compañía de seguros contacta a la ingeniera Vicky Castillo para tal fin. La ingeniera se compromete a realizar los trabajos de reparación con personal propio y utilizando sus propias herramientas. La labor concluye en el término acordado que fue de tres meses. La ingeniera queda a deber a los trabajadores que empleó en la obra parte de sus salarios y las prestaciones sociales causadas.

Determine:

- a) Qué papel juega la Secretaria de Gerencia en la contratación de la ingeniera.
- b) Qué relación existe entre la compañía de seguros y al ingeniera Vicky Castillo.
- c) Qué responsabilidad le caben tanto a la Secretaria de Gerencia como a la compañía de seguros frente al incumplimiento de la ingeniera para con sus trabajadores.

2. El escultor Carlos Botero tiene en su taller cuatro empleados a su servicio quienes participan decididamente en la realización de los proyectos formulados por aquél. Ante el fallecimiento del artista se pregunta:
 - a) ¿Qué efectos produce la muerte de Carlos Botero respecto de los contratos de trabajo que tenía con sus cuatro empleados?
3. Juan Pablo Angulo, trabajador de la empresa Colombiana de Tabacos S.A, vinculado mediante contrato a término indefinido es llamado a filas por el Ejército Nacional de Colombia. En efecto el trabajador se incorpora al ejército el día 24 de enero de 2006 y permanece allí por espacio de 18 meses, los que culminaron el día 24 de julio de 2007. Juan Pablo Angulo se presentó a la empresa el día 1º de marzo de 2008 con el fin de reincorporarse a la misma.

Se pregunta:

- a) Qué fenómeno jurídico operó en éste caso con la incorporación a la milicia del trabajador Juan Pablo Angulo y qué efectos tuvo el mismo sobre el contrato de trabajo.
 - b) ¿Podía reincorporarse Juan Pablo a su trabajo el día 1º de marzo de 2008? Explique su respuesta.
4. María Quintero viene trabajador en una empresa dedicada a la confección de ropa para niños desde hace 8 años. Al cabo de ese tiempo, extrañamente, la trabajadora disminuye su rendimiento en el trabajo de manera notable, como lo informó a la gerencia el jefe de personal de la empresa. La gerencia decide conformar un comité para buscar con la trabajadora una posible mejoría en el rendimiento a partir de soluciones que ella proponga y así es convocada al comité en tres oportunidades entre las cuales medió un término de dos meses. Como quiera que la trabajadora no mejoró en su rendimiento la empresa empleadora, a través del Jefe de Personal, decide despedirla invocando como justa causa *“el deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio*

en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del patrono”, consagrada en el numeral 9º de literal A del artículo 7 del decreto 2351 de 1965, que subrogó los artículos 62 y 63 del CST,

Se pregunta:

- a) ¿Existió justa causa en el despido de la trabajadora? Explique su respuesta.
5. De los siguientes conceptos que recibe un trabajador, cuáles constituyen salario y cuáles no:
- a) La vivienda que proporciona el empleador al trabajador y su familia, con pacto de que no constituye salario.
 - b) La participación en las utilidades de la empresa que se reciben cada año.
 - c) Los dineros que el empleador entrega al trabajador (agente vendedor) para manutención y alojamiento en forma mensual.
 - d) Una prima extralegal que se recibe cada seis meses, con pacto de que constituye salario.
 - e) Las propinas que el empleador le entrega al trabajador.
 - f) Las comisiones por recaudo de cartera.
 - g) Una prima técnica que otorga la empresa a los trabajadores que posean título de postgrado.
 - h) Los gastos de representación que recibe el gerente de una empresa siderúrgica, mensualmente.
 - i) Una prima por cada quinquenio servido pactada convencionalmente.

6. Un trabajador que hoy (Julio de 2009) devenga un salario mensual igual a \$ 7.000.000, se reúne con su empleador y acuerdan que a partir del 1º de agosto de 2009 se le pagará un salario de \$ 8.000.000 mensuales, suma en la que quedan incluidos el salario y las prestaciones sociales que se causen a partir de esa fecha, procediendo la empresa a la liquidación de todas las prestaciones causadas hasta el 31 de julio de 2009.

Se pregunta:

- a) ¿El pacto entre el trabajador y su empleador se ajusta a la legalidad?
7. La empresa de servicios temporales “La Maravilla S.A” envía en misión a una trabajadora (aseadora) a la fábrica de gaseosas “Mamey”. En desarrollo de su oficio como aseadora, esta se ha sentido incómoda dado que diariamente, el señor Medardo Marín, jefe de bodega, le ordena que repita su tarea en la oficina que ocupa pues considera que el trabajo no es satisfactorio. Es tan extrema la situación que la trabajadora en misión ha pensado renunciar a su empleo.

Se pregunta:

- a) ¿Usted como abogado qué aconsejaría a la trabajadora en misión?
8. Un mecánico de una empresa automotriz a quien le es terminado el contrato de trabajo bajo el pago de una indemnización ajustada a la ley, demanda a su ex empleadora en procura del reconocimiento y entrega de las dotaciones de trabajo (calzado y vestido de labor) que no le entregaron en los últimos tres años de servicio. En el curso del proceso la empresa acreditó mediante prueba documental y testimonial que siempre entregó las dotaciones al demandante, pero que éste nunca las usó, y, por el contrario, las vendió a otro compañero de trabajo.

Se pregunta:

- a) ¿Es válido que en éste caso se solicite el reconocimiento y entrega de las dotaciones de calzado y vestido de labor?.
 - b) ¿Es admisible la justificación probada por el empleador en el curso del proceso?.
9. Víctor Eladio Vinasco, jefe de la agencia de la empresa de transportes Montegrande Ltda., en Madrid (Cundinamarca), realiza las siguientes funciones: Venta de tiquetes, atención de accidentes, realizar trámites ante la DIAN, Secretaría de Hacienda Municipal y el INTRA, cumpliendo una jornada diaria, de Domingo a Domingo, igual a 18 horas diarias, comprendidas entre las 5 a.m y las 11 p.m, horario en el cual se despachan buses a Bogotá y otras localidades, cada media hora. Diariamente el Jefe de la Agencia, debe consignar el producido por venta de tiquetes y remitir una relación a la oficina principal de la empresa de transportes ubicada en Bogotá, la cual sobre ese recaudo le liquida mensualmente un 10% que equivale a comisiones por venta de tiquetes. La empresa transportadora tiene autorizado al jefe de esa agencia para que de los recaudos pague el arrendamiento del local en donde funciona la agencia, los servicios públicos y una aseadora que acude cada dos días a efectuar labores de limpieza en dicha oficina; oficina que se anuncia con un aviso colocado en la puerta de entrada que dice: “Transportes Montegrande Ltda.”, la cual se encuentra registrada en la Cámara de Comercio de la localidad y ante la Secretaría de Hacienda como un contribuyente de Industria y Comercio.

Se pregunta:

- a) Con los presupuestos de hecho presentados determine la naturaleza de la relación que existe entre las partes. Explique su respuesta.