



*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

DERECHO LABORAL PARA EMPLEADOS

República de Colombia



**PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA
PARA EL ÁREA LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**DERECHO LABORAL PARA
EMPLEADOS Y EMPLEADAS**

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
Vicepresidenta

CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“ RODRIGO LARA BONILLA ”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora

ALEJANDRO PASTRANA ORTIZ
Coordinador Académico



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

JAIME CERÓN CORAL

**PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA
PARA EL ÁREA LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**DERECHO LABORAL
PARA EMPLEADOS Y EMPLEADAS**

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

ISBN 978-958-8331-34-8

JAIME CERÓN CORAL, 2007

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2007

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No. 11 - 96 pisos 6 y 7

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: Diciembre de 2007

Con un tiraje de 1000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

Diseño editorial: Grafi-Impacto Ltda.

Impresión: Grafi-Impacto Ltda.

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA PARA EL ÁREA LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Laboral y de la Seguridad Social**, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados incorporados al **Área Laboral y de la Seguridad Social**, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y cuyo autor **Jaime Cerón Coral, profesor de la Universidad Sergio Arboleda**, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Laboral y de la Seguridad Social**.

El módulo **Derecho Laboral para Empleados y Empleadas** 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 del Juez o Jueza.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. 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 delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor, fue enviado para su revisión por los Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones,

el autor complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Empleados y Empleadas de la Rama Judicial.

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

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*, más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí

que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelanten para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, fiscales y procuradores, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

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 usuarios y usuarias; que 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 la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener

un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; 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” 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 animadores 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 Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

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 incrementa 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

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

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.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y 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 el 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.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos y pedagogas vinculados al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos, con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes fases:

Fase I. *Reunión inicial*. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y Análisis Individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Fase III. *Investigación en Subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de estudios o Conversatorio*. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Magistrados y Magistradas Jueces, Juezas, titulares de los respectivos cargos.

Fase VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta fase en los subgrupos.

Fase VII. *Experiencias compartidas*. Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Fase VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación*. De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase IX. *Seguimiento y evaluación*. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

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 y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas 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 permite 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.

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 se encuentra inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Laboral y de la Seguridad Social**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del

Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como 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 discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura 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 acceder a diversas perspectivas.

El Plan integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Laboral y de la Seguridad Social**, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11 — 96 piso 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujudcendoj@ramajudicial.gov.com, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Laboral y de la Seguridad Social**.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
1. MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO LABORAL (DEFINICION, DENOMINACIONES Y DIVISIÓN DEL DERECHO LABORAL.)	23
1.1 El concepto de trabajo	24
1.2 División del derecho laboral	27
1.3 Reseña historica	27
1.4. Principios constitucionales y legales fundamentales	30
1.5 Efectos de los normas laborales: retroactividad y retrospectividad	41
1.6 Principios generales de interpretación	43
1.7 Normas de aplicación supletoria	45
1.8 Conflicto de leyes	49
1.9 Norma más favorable	50
1.10 Actividades pedagógicas	50
1.11 Análisis juris prudencial	51
1.12 Actividades de autoevaluación	51
2. CONTRATO DE TRABAJO	53
2.1 Definición	54
2.2 Elementos esenciales del contrato	54
2.3 Principio de primacía de la realidad	55
2. 4 Elementos del contrato de trabajo:	61
2.5 Elementos esenciales de la relación de trabajo	64
2.6 Concurrencia y coexistencia de contratos	72
2.7 Utilidades y pérdidas	73
2. 8 Capacidad para contratar	73
2.9 Modalidades del contrato.	73
2.10 Ejecucion y efectos del contrato	77
2.11 Terminacion del contrato	86
2.12 Erminacion unilateral del contrato de trabajo sin justa causa	93

2.13	Indemnizacion por falta de pago	98
2.14	Actividades pedagógicas	102
2.15	Análisis jurisprudencial	102
2.16	Autoevaluación	103
3.	SALARIO	105
3.1.	Concepto legal y jurisprudencial	106
3.2	Elementos no constitutivos de salario	108
3.3	Salario en especie	110
3.4	Viaticos	112
3.5	Salario integral	113
3.6	A trabajo igual salario igual	117
3.7	Actividades pedagógicas	118
3.8	Análisis jurisprudencial	118
3.9	Autoevaluación	119
4.	JORNADA DE TRABAJO – LIQUIDACIÓN Y PAGO	121
4.1	Tipos de jornada - concepto	122
4.2	Distribución de las jornadas en el tiempo	123
4.3	Remuneracion en trabajo nocturno y suplementario	127
4.4	Actividades pedagógicas	132
4.5	Análisis jurisprudencial	132
4.6	Autoevaluación	132
5.	DESCANSO OBLIGATORIO	133
5.1.	Descanso dominical remunerado	134
5.2	Descanso en otros días de fista.	137
5.3	Vacaciones anuales remuneradas	138
5.4	Actividades pedagógicas	143
5.5	Análisis jurisprudencial	144
5.6	Autoevaluación	144

6.	PRESTACIONES SOCIALES COMUNES	145
6.1	Conceptualización	146
6.2	Prestaciones sociales comunes y especiales	151
6.3	Actividades pedagógicas	174
6.4	Análisis jurisprudencial	174
6.5	Autoevaluación	174
7.	PRESTACIONES SOCIALES ESPECIALES	177
7.1	Pension de jubilación o de vejez	178
7.2	Auxilio por enfermedad no profesional e invalidez.	190
7.3	Escuelas y especializacion	193
7.4	Seguro de vida colectivo	194
7.5	La prima de servicios	195
7.6	Prestaciones especiales para ciertos grupos de trabajadores	204
7.7	Actividades pedagógicas	216
7.8	Análisis de jurisprudencia	217
7.9	Autoevaluación	217
8.	NORMAS PROTECTORAS DE LAS PRESTACIONES.	219
8.1	Irrenunciabilidad	219
8.2	Inembargabilidad	220
8.3	Prelacion de créditos	221
8.4	Exencion de impuestos	222
8.5	Higiene y seguridad en el trabajo	222
	Bibliografía seleccionada	224

CONVENCIONES

A_e

Autoevaluación

A_p

Actividades pedagógicas

B

Bibliografía

B_s

Bibliografía seleccionada

J

Jurisprudencia

O_e

Objetivos específicos

O_g

Objetivo general

Unidad 1 | MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO LABORAL (DEFINICION, DENOMINACIONES Y DIVISIÓN DEL DERECHO LABORAL.)

Qg

| *Presentar las bases conceptuales del Derecho Laboral*

Qe

- *Determinar el concepto, las divisiones y los principios del derecho laboral.*
- *Establecer los efectos de las normas laborales en relación con la retroactividad y la retrospectivita de las mismas.*
- *Identificar los principios y los criterios para la interpretació de las normas laborales.*

1.1 EL CONCEPTO DE TRABAJO

1.1.1 Definiciones Doctrinales

La profesora de la Universidad de la Sabana Diana María Gómez de Ortiz define, con la ayuda de varios autores, lo que es el trabajo humano así:

“De acuerdo con Juan Fernando Sellés:

Trabajar es añadir. El hombre añade porque sobreabunda, es decir, porque es un dar inagotable. De ordinario se entiende por trabajo el perfeccionamiento de la realidad externa mediante una serie de acciones que el hombre ejerce, y eso está muy bien entendido, porque es así, pero también podemos añadir que el “primer trabajo” es la “transformación” de algo interno al hombre, de algo de sí, de algo humano de lo que saca partido cada persona. Además, si el hombre no pudiera perfeccionar su naturaleza por dentro no podría producir nada por fuera.

El que el hombre esté hecho para trabajar según el conocido texto del Génesis, significa que el hombre está llamado a dar, a aportar perfección a la realidad perfeccionándose él mismo.

Sólo nos mejoramos como hombres con hábitos y virtudes. Los hábitos son de la inteligencia; las virtudes de la voluntad. Se puede decir que mediante ellos el hombre posee dominio sobre sus actos (posee su naturaleza, no su persona). Y si dispone según su naturaleza, puede añadir, perfeccionar. Trabajar es dar en la medida en que uno se posee. Elevar la naturaleza con hábitos comporta disponer según ella mejor que si ésta permanece en estado de naturaleza. Disponemos según ella mejor y para lo mejor¹

Ahora bien; el trabajo es un bien del hombre. Y es no sólo un bien útil o “para disfrutar”, sino un bien digno, es decir, que corresponde a la dignidad del hombre, un bien que expresa esta dignidad y la aumenta. El trabajo es un bien del hombre -es un bien de su humanidad-, porque mediante el trabajo el hombre no sólo transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre, es más, en un cierto sentido, “se hace más hombre”²

Etimológicamente la palabra trabajo viene de la voz latina “trabs”, que significa traba, obstáculo, dificultad. De acuerdo con esta acepción, el trabajo sería la “lucha contra

1 SELLÉS, Juan Fernando. La persona humana. Bogotá D. C.: Universidad de La Sabana, Antropología filosófica. 1998. Págs. 109-130.

2 ABAD GÓMEZ, Javier. El Trabajo. Cali: Ediciones Tacurí. 1996. Pág. 7

las dificultades, lucha que es necesaria al hombre para atender la satisfacción de sus necesidades vitales". También podría venir de la locución latina labor laboris, que significa "actividad encaminada a producir, a realizar algo".³

En palabras del tratadista Antonio Cerón⁴ "el Estado social de derecho debe intervenir, sin duda ni reserva posibles, en la regulación de todos aquellos supuestos económicos y sociales que, en una u otra forma, interesen la dignidad del hombre, a fin de evitar que ésta sea desconocida o lesionada... El trabajo, cualquiera que sea su tipo o categoría: intelectual o material, independiente o subordinado, remunerado o gratuito, no solamente interesa la dignidad del hombre sino que en una muy importante medida contribuye a constituirlo. El trabajo dignifica al hombre, es su más trascendental proyección"

"Lo cierto es que todas las personas debemos procurar nuestra subsistencia por medio del trabajo, bien sea en condición de empleadores o de trabajadores. Es así como a ninguno de nosotros nos debe ser extraño el conocimiento de cuáles son los derechos y cuáles las obligaciones que conlleva la prestación de un servicio personal a un empleador, bajo la continuada subordinación o dependencia y mediante una remuneración (artículo 23 del C.S.T., modificado por la Ley 50 de 1990)."

El trabajo hace parte de la historia del hombre y cada filosofía política que existe en el mundo está relacionada con (con respecto a) la labor del ser humano, entonces respecto a él hay nociones fisiológicas, nociones económicas, nociones filosóficas y la noción jurídica.

1.1.2 Definición del Trabajo según el Código Sustantivo del Trabajo

El trabajo a que se refiere este modulo es el trabajo dependiente que lo define el C.S.T. en su artículo 5º de la siguiente manera:

ARTICULO 5o. DEFINICION DE TRABAJO. El trabajo que regula este Código es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo.

³ CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho Laboral Colombiano. Bogotá: Temis, 1997).

⁴ CERÓN DEL HIERRO, Antonio. Introducción al Derecho del Trabajo. Relaciones Individuales. Santa fe de Bogotá D. C. : Derecho Vigente. 1998

De esta definición se pueden extraer los siguientes elementos:

- Huelga mencionar que es toda actividad humana. No es la realizada por los animales.
- Es actividad libre. No es la realizada en el estado de esclavitud o por los sometidos al pago de condenas de carácter penal.
- Su finalidad es lícita, ajustada a principios morales y éticos. No es la actividad ilícita o dolosa.
- Se trata de una actividad o trabajo dependiente o subordinado (con su ordenación). Es el trabajo donde hay un empleador y un trabajador. El empleador remunera la labor desarrollada por la otra parte, el trabajador. Hay, entre ellos, una interdependencia mutua que genera derechos y obligaciones entre ambas partes.
- Puede ser trabajo material o intelectual, permanente o transitorio.

1.1.3 Otras denominaciones

El Derecho Laboral es definido por los autores y por los estados de diversas maneras:

- **Legislación Industrial**, que se usó para diferenciarlo del Derecho Civil. “La expresión significo propiamente el desprendimiento de la nueva rama del derecho del tronco civilista, y por ello se configuro su cuerpo, contenido y finalidad”.⁵
- **Derecho Económico.**
- Derecho Obrero, llamado así por Castorena.
- Derecho Social, denominación que le asignan otros autores del Derecho Español, entre ellos Meléndez Vidal y García Oviedo.
- Derecho del Trabajo, así lo nominan autores como Mario de la Cueva, Rafael Caldera y en nuestro país Guillermo Camacho Enríquez y Guillermo González Charry.
- Derecho Laboral, expresión empleada por autores como Guillermo Cabanellas y en Colombia por Domingo Campo Rivera.

5 CAMPOS, Rivera Domingo. Editorial Temis, Bogotá 1974. p. 66

1.2 DIVISIÓN DEL DERECHO LABORAL

El Derecho que se va a mencionar en este modulo es el derecho Sustantivo que se divide en cinco partes:

1) **La primera que consagra las normas generales** que le sirven de introducción.

2) **La segunda las relaciones laborales de naturaleza individual del servidor particular** y no de los empleados públicos, porque así lo dice el artículo 4º del C.S.T.

ARTICULO 4o. SERVIDORES PUBLICOS. Las relaciones de derecho individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten.

Ellas están reguladas en disposiciones aparte.

3) **La tercera se ocupa de las relaciones colectivas**, de la asociación sindical, del derecho de huelga, de la convención colectiva del trabajo, del pacto colectivo y del contrato sindical.

4) **La cuarta se refiere a las autoridades que ejercen vigilancia y control** del cumplimiento de las disposiciones laborales, esto es, el derecho Procesal Laboral y de la Seguridad Social, y de las funciones que ejerce el Ministerio de Protección Social.

5) **Y la quinta versa sobre la Seguridad Social** que cubre los riesgos de Salud, Pensiones y Riesgos profesionales.

1.3 RESEÑA HISTORICA

1.3.1 Esclavitud

Una vez descubierta América por España en 1492, en el período de la conquista se instituyó como sistema fundamental en América, el sometimiento de los indígenas y de los negros a la esclavitud.

“la esclavitud fue implantada en nuestro medio por los conquistadores, que consideraban indispensable utilizarla como medio de producción”⁶.

Este dominio del hombre por el hombre fue suprimido en nuestro medio por medio de la ley 21 de 1851 que en su artículo primero normó: *“Desde el día 1º de enero de 1852 serán libres todos los esclavos que existen en el territorio de la Republica. En consecuencia, desde aquella fecha gozaran de los mismos derechos y tendrán las mismas obligaciones que en la Constitución y las leyes garantizan e imponen a los demás Granadinos”*

1.3.2 Los resguardos indígenas

Es la adaptación de la estructura de una tribu semifeudal a las nuevas condiciones creadas por la conquista; el aprovechamiento económico de las tierras del resguardo se hacia, generalmente, dividiendo en tres partes el lote que lo integraba: una se parcelaba adjudicándose las distintas parcelas a las diversas familias de la comunidad, la otra se destinaba para los ganados del pueblo y la ultima para que laboraran todos los vecinos.

1.3.3. La Encomienda

Por ella un grupo de familias de indios quedaba sometida a la autoridad del español encomendero. Este se obligaba jurídicamente a proteger a los indios que le habían sido encomendados y a cuidar de su instrucción religiosa. El encomendero adquiría el derecho de beneficiarse de los servicios personales de los indios para distintas necesidades del trabajo y de exigir de los mismos el pago de las diversas prestaciones económicas.

1.3.4 La Mita

En virtud de esta institución los indios se sorteaban periódicamente para trabajar durante un plazo de tiempo determinado al servicio de los españoles mediante el pago de un salario adecuado, controlado por las autoridades.

1.3.5 Periodo nacional

El Derecho Laboral Colombiano se empezó a gestar en el siglo XIX pero fue desde el principio del siglo XX cuando realmente se empezó a producir. Se han expedido copiosas legislaciones de trabajo que no han cesado hasta nuestros días.

6 CAMPOS, Rivera Domingo. Editorial Temis, Bogotá 1974. p. 87

Fue el General Rafael Uribe Uribe quien “en un programa expuesto en octubre de 1904 señaló la necesidad que el país tenía que expedir una legislación laboral para indemnizar las consecuencias de los accidentes de trabajo; la prohibición del trabajo para los niños; la limitación del trabajo de las mujeres; el salario mínimo; el descanso dominical; la restricción del trabajo nocturno para los menores de edad; las autoridades administrativas del trabajo y el régimen de los Seguros Sociales”⁷

Colombia ingresó, desde su fundación, a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y hoy en día tiene suscritos y reafirmados por ley muchos convenios algunos de los cuales mencionaremos a lo largo de este trabajo.

En la pagina de Internet <http://www.ilo.org> se podrá estudiar la historia, los convenios suscritos, la organización y lo que la O.I.T. ha representado para Colombia.

Según el Maestro Camacho Henríquez, la primera ley de contenido laboral fue la ley 57 de 1915 mediante la cual se responsabilizo a los empleadores de las consecuencias del accidente de trabajo ocurrido en determinadas condiciones.

Según el mismo profesor, se expidieron las leyes 78 del 1919 sobre conflictos de trabajo, la ley 21 de 1920 sobre conciliación y arbitraje y la ley 83 de 1931 sobre sindicatos.

En 1921 se expidió la ley 37 sobre el seguro obligatorio y sobre la inembargabilidad de las pensiones.

La Oficina General del Trabajo se creo mediante la ley 87 de 1923.

En 1936 se reformo la Constitución de 1876, se constitucionalizó el Derecho al trabajo y mediante el Acto Legislativo No. 1 de ese mismo año se estableció que *“Se garantiza el derecho de huelga salvo en los servicios públicos. La ley reglamentara su ejercicio”*.

La ley 96 de 1938 creo por primera vez una entidad administrativa de carácter Ministerial par atender los asuntos del trabajo la previsión social y la higiene.

En 1945 se expidió la ley 6ª conocida como la ley general de trabajo. En ella se reglamentaron el contrato de trabajo, las prestaciones patronales para atender

7 CAMACHO, Henríquez Guillermo. *Derecho del Trabajo*, tomo 1º. Editorial Temis. Bogota. DE. 1961. p.64

los riesgos e infortunios del trabajo tanto de trabajadores públicos como de particulares. Se estatuyó sobre asociaciones profesionales, contratación colectiva en asuntos de trabajo y sobre conflictos colectivos de la misma naturaleza. Se creo la jurisdicción especializada del trabajo que muy pronto alcanzaría consagración constitucional.⁸

En 1948 se expidió con fuerza de ley, el Decreto 2158 contentivo del Código Procesal del Trabajo que fue declarado permanente mediante el Decreto 4143 de ese mismo año.

El Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.) se expidió con fuerza de ley, mediante el Decreto 2662 de 1950 y adicionado posteriormente por el Decreto 3743 de ese mismo año para comenzar a regir el 1º de enero de 1951.

Para mencionar algunas leyes expedidas después del C.S.T. se mencionan algunas pocas: El decreto ley 2351 de 1965 constituido en norma permanente por medio de la ley 48 de 1968; La Constitución de 1991 cuyos apartes referidos al Derecho Laboral se estudiará en profundidad; la ley 50 de 1990 que reformó algunas de las normas anteriores y la ley 100 de 1993 que es el estatuto general de la seguridad social.

1.4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES FUNDAMENTALES

Los principios fundamentales del derecho Laboral Colombianos se hallan establecidos en la Constitución Nacional, en el C.S.T., en el Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, en las leyes de Seguridad Social y en todas las normas que lo complementan y reforman.

Las estudiaremos someramente a continuación.

1.4.1 Finalidad de la legislación laboral

La finalidad u objeto de la legislación laboral es la enunciada en el artículo 1º del C.S.T.:

⁸ Conf. CAMACHO, Henríquez Guillermo. Ob. Cit. p. 67

ARTICULO 1o. OBJETO. La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre {empleadores} y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

De esa concepción se deben destacar **tres fundamentos**. El **primero** es la justicia de las relaciones trabajador-empendedor: justicia social. El **segundo** la coordinación económica que obedezca a planes encaminados al logro de las metas precisas por el desarrollo económico y social. Y **el tercero es el equilibrio social** entre los empleadores, los trabajadores y el Estado.

El artículo 1º de la Constitución de 1991 que se menciona a continuación habla del estado social de derecho y esa función la cumple con lujo de detalles las normas de la legislación laboral.

ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

1.4.2 El derecho al trabajo

En **la Constitución actual** se expresa que toda persona tiene el derecho a trabajar. Dice así **el artículo 25**:

*ARTICULO 25. **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 Carta Fundamental en su parte final establece lo siguiente:

“La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

Y el artículo 9º del C.S.T. se pronuncia en la siguiente forma:

ARTICULO 9o. PROTECCION AL TRABAJO. El trabajo goza de la protección del Estado, en la forma prevista en la Constitución Nacional y las leyes. Los funcionarios públicos están obligados a prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones.

El artículo 11 del C.S.T. menciona lo siguiente:

ARTICULO 11. DERECHO AL TRABAJO. Toda persona tiene derecho al trabajo y goza de libertad para escoger profesión u oficio, dentro de las normas prescritas por la Constitución y la Ley.

El derecho al trabajo se encuentra entonces consagrado en nuestra Carta Política y en las leyes, es uno de los derechos fundamentales de las personas y deberá gozar de la especial protección del Estado. Esta norma contiene una orientación de profundo sentido social y moral.

1.4.3 Libertad de trabajo

El principio de la libertad al trabajo esta plasmado en el artículo 26 de la Constitución:

ARTICULO 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social. Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.

Y la misma constitución en su artículo 17 dispone lo siguiente en relación con la libertad de trabajo:

ARTICULO 17. Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.

El artículo 8º del C.S.T. en relación con el mismo tópico establece:

ARTICULO 8º LIBERTAD DE TRABAJO. Nadie puede impedir el trabajo a los demás, ni que se dediquen a la profesión, industria o comercio que les plazca, siendo lícito su ejercicio, sino mediante resolución de autoridad competente encaminada a tutelar los derechos de los trabajadores o de la sociedad, en los casos que se prevean en la ley.

Los artículos 198 y 199 del Código Penal han tipificado dos delitos que protegen la libertad de trabajo así:

Artículo 198. Violación de la libertad de trabajo. El que mediante violencia o maniobra engañosa logre el retiro de operarios o trabajadores de los establecimientos donde laboran, o por los mismos medios perturbe o impida el libre ejercicio de la actividad de cualquier

persona, incurrirá en multa. Si como consecuencia de la conducta descrita en el inciso anterior sobreviniere la suspensión o cesación colectiva del trabajo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, sin sobrepasar las diez (10) unidades multa.

Artículo 199. *Sabotaje. El que con el fin de suspender o paralizar el trabajo destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe herramientas, bases de datos, soportes lógicos, instalaciones, equipos o materias primas, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de cinco (5) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor. Si como consecuencia de la conducta descrita en el inciso anterior sobreviniere la suspensión o cesación colectiva del trabajo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.*

El artículo 22 de la ley 361 de 1997 señala lo siguiente:

Art. 22.- *El Gobierno dentro de la política nacional de empleo adoptará las medidas pertinentes dirigidas a la creación y fomento de las fuentes de trabajo para las personas con limitación para lo cual utilizará todos los mecanismos adecuados a través de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social, Salud Pública, Educación Nacional y otras entidades gubernamentales, organizaciones de personas con limitación que se dediquen a la educación, a la educación especial, a la capacitación, a la habilitación y rehabilitación. Igualmente el Gobierno establecerá programas de empleo protegido para aquellos casos en que la disminución padecida no permita la inserción al sistema competitivo.*

1.4.4 Obligatoriedad del trabajo

El artículo 25 de la Constitución antes transcrito se refiere a la obligatoriedad del trabajo y el artículo 7º del C.S.T. habla de la obligatoriedad del trabajo diciendo que “el trabajo es socialmente obligatorio”

1.4.5 Protección al trabajo

La protección integral al trabajo y la garantía para preservarla para todos los trabajadores en torno a unos principios mínimos fundamentales, la propone **el artículo 53 de la Constitución Política** en el cual se encuentran los elementos básicos del estatuto del trabajo que será expedido por el Congreso.

Para este fin la ley ha dispuesto el establecimiento de dos entes distintos pero ambos ligados a la protección de los derechos laborales que son la Jurisdicción del Trabajo con juzgados, Sala Laboral de los Tribunales Superiores y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y por otra parte las autoridades administrativas del trabajo como las Inspecciones del Trabajo, direcciones

regionales que están obligadas a prestar a los trabajadores la debida u oportuna protección para la garantía de sus derechos.

El artículo 17 del C.S.T. es del siguiente tenor:

ARTICULO 17. ORGANOS DE CONTROL. La vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sociales está encomendada a las autoridades administrativas del Trabajo.

Además, el artículo 485 y el artículo 486 del C.S.T. se refieren a la vigilancia y control por parte del Ministerio de Protección Social y las sanciones a que pueden ser sometidos los empleadores por el incumplimiento de las leyes laborales.

1.4.6 Igualdad del los trabajadores

A la igualdad de los trabajadores, también hace alusión el citado **artículo 53 del la Carta Fundamental**, que no es sino un desarrollo de los planteamientos generales que sobre la igualdad hace el **artículo 13 de la Carta** en los siguientes términos:

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

El artículo 10º del propio C.S.T. señala también lo siguiente:

ARTICULO 10. IGUALDAD DE LOS TRABAJADORES. Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen las mismas protección y garantías, y, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, salvo las excepciones establecidas por la Ley.

El Decreto reglamentario 1398 de 1990 establece en su artículo 9º la no discriminación en el empleo. Este decreto fue desarrollado en base a la ley 51 de 1981 que aprobó la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptada por las Naciones Unidas en 1979.

En el campo laboral, la ley 22 de 1967 ratificó el convenio 111 de la O.I.T. relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Las sentencias, T-230 de 1994, T-330 de 1977, T-026 de 1996, T-326 de 1995 y la T-624 de 1995, desarrollan el tema de la discriminación en materia laboral y el de la igualdad de los trabajadores ante la ley.

El Decreto 1543 de 1997 en su artículo 25 habla de la prohibición de la referencia en canes, en el artículo 32 del deber de confidencialidad y en el artículo 39 sobre la no discriminación.

La ley 931 de 2004, artículos 1º a 4º establece la no discriminación por edad:

Artículo 1º. Objetivo. La presente Ley tiene por objeto la protección especial por parte del Estado de los derechos que tienen los ciudadanos a ser tratados en condiciones de igualdad, sin que puedan ser discriminados en razón de su edad para acceder al trabajo.

Artículo 2º. Ninguna persona natural o jurídica, de derecho público o privado, podrá exigir a los aspirantes a ocupar un cargo o ejercer un trabajo, cumplir con un rango de edad determinado para ser tenido en cuenta en la decisión que defina la aprobación de su aspiración laboral.

Artículo 3º. Razones de equidad. A partir de la vigencia de la presente Ley, los reglamentos que contemplen restricciones de edad para acceder a un cargo o empleo o un trabajo deberán ser modificados, con el propósito de eliminar esta o cualquier otra limitante que no garantice condiciones de equidad, razones que deberán ser promovidas entre los trabajadores. De igual forma, las convocatorias públicas o privadas no podrán contemplar limitantes de edad, sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión u opinión política o filosófica.

La ley 982 de 2005 establece la no discriminación de los sordos y sordo-ciegos.

1.4.7 Derecho de asociación y de huelga

El artículo 38 de la Constitución de 1991 habla del derecho de asociación en general y dice lo siguiente:

ARTICULO 38. Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.

El artículo 39 de la misma Carta establece el derecho de asociación para los trabajadores, así:

ARTICULO 39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución. La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos. La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial. Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública.

El artículo 56 de La misma Carta Fundamental reza:

ARTICULO 56. Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. La ley reglamentará este derecho.

El C.S.T. en su artículo 12 dice así:

ARTICULO 12. DERECHOS DE ASOCIACION Y HUELGA. El Estado colombiano garantiza los derechos de asociación y huelga, en los términos prescritos por la Constitución Nacional y las leyes.

Las leyes 26 y 27 de 1976 acogieron para el país los convenios 87 y 98, el primero relativo ala libertad sindical y a la protección de los derechos de sindicalización y el segundo relativo al los derechos de sindicalización y de negociación colectiva.⁹

Sobre el derecho de huelga no hay convenio de la O.I.T.

1.4.8 Derecho a la seguridad social

La Seguridad Social es parte integrante y fundamental del Derecho Laboral. Comprende este derecho la protección contra los riesgos que amenazan al trabajador en su vida laboral: Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales. Ha sido reglamentado por la ley 100 de 1993 y las reformas a esa ley y el cúmulo de decretos que las ponen en practica.

⁹ Pueden consultarse en la pagina Web <http://www.dafp.gov.co/leyes/2667.HTM>

1.4.9 Derechos y garantías mínimos

El ya citado **artículo 53 de la Constitución Política** se refiere expresamente, entre otras disposiciones, a las atinentes al mínimo de derechos y garantías a favor de los trabajadores. Se transcribe a continuación el texto completo de la norma.

ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

*El aparte en negrilla corresponde al famoso aforismo latino “**in dubio pro operario**”.*

Y el artículo 13 del C.S.T. elaborado con anterioridad a la constitución de 1991 menciona lo siguiente:

ARTICULO 13. MINIMO DE DERECHOS Y GARANTIAS. Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo.

Como resultado de las (Debido a las dos) normas anteriores, es nula cualquier estipulación que afecte o desconozca ese mínimo y es perfectamente lícita y laudable cualquier norma que este por encima de lo que las leyes laborales establezcan.

1.4.10 Carácter de orden público e irrenunciabilidad de los derechos de carácter laboral

El artículo 53 de la Constitución Política habla de la no renunciabilidad de los derechos laborales. Dice así en su parte pertinente: “...irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales...”.

Y la no renunciabilidad a los derechos laborales por ser de Orden Publico, esto es, por hacer referencia al interés de la colectividad, tanto en su aspecto político como económico.

Y el artículo 14 del C.S.T. trae, al efecto, el siguiente texto:

ART. 14. CARACTER DE ORDEN PÚBLICO. IRRENUNCIABILIDAD. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.

La sociedad está interesada en la observancia y el cumplimiento de (que se observen y cumplan) las leyes que regulan el trabajo humano subordinado, porque así (con ello) se logran (no solo su) el bienestar y la tranquilidad económica del hombre trabajador y por cuyo incumplimiento tantos trastornos se ocasionan.

Las excepciones que consagra el artículo 14 son las contempladas en los artículos 340, 341 y 342 del C.S.T.

1.4.11 Los principios de transacción y conciliación

1.4.11.1 La transacción

El artículo 15 del C.S.T. establece esta figura tomada del derecho civil cuando afirma:

Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles.

El artículo 2469 del Código Civil reza que la transacción “Es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual. No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

En primer lugar de esta definición **se extrae que es un contrato por lo menos bilateral** y que por lo tanto existe acuerdo de voluntades con el fin de terminar un litigio pendiente o prevenir uno eventual. Es consensual, ya que no esta sometido a formalidad alguna. Debe recaer sobre asuntos (cosas) dudosos, , sobre derechos cuya extensión son objeto de disputa, es además oneroso y las partes deben efectuar reciprocas concesiones, casi siempre de tipo económico.

Deben existir diferencias litigiosas, aun cuando no se encuentre (halle) “*sub judice*”, la voluntad manifiesta de ponerles fin extrajudicialmente o de prevenirlas y debe haber concesiones reciprocas otorgadas por las parte con tal fin.

Ya vimos en el numeral 1.4.10 que las disposiciones legales laborales son de Orden Público y por consiguiente los derechos y las prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables.

Aparentemente nos encontramos con dos preceptos legales contradictorios en nuestro C.S.T. ya que la transacción involucra siempre el sacrificio de un derecho, o de lo contrario deja de ser tal.

Con una interpretación lógica y justiciera de las normas sobre la irrenunciabilidad y sobre la transacción, esta es válida cuando se trate de pretensiones dudosas, no probadas plenamente, (con respeto a la prueba de ellas) o por ejemplo cuando se discute la existencia o no de una relación de trabajo. El hecho de efectuar una transacción cuando los hechos aparecen dudosos, no lesiona los intereses del trabajador, ni va en contra del espíritu del precepto que imprime a las normas laborales el carácter de disposiciones de Orden Publico, pues se trata una solución amigable, en igualdad de condiciones, justa y equitativa del diferendo.

1.4.11.2 La conciliacion.

Para el estudio de la conciliación es conveniente contrastarla con la transacción, por lo tanto precisa anotar ahora las diferencias y similitudes existentes entre la TRANSACCIÓN y la CONCILIACION.

1) Primera diferencia: La transacción, como lo dijimos esta contemplada en el artículo 15 del C.S.T. y la CONCILIACIÓN tiene más bien un carácter tanto **extra procesal** como **procesal** y como tal está contemplada en **el articulado** del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social (**artículos 19, 20 y 77**) y en las normas que lo complementan.

En conclusión según esta diferencia, la TRANSACCIÓN es una norma que esta incluida en el Código Sustantivo de Trabajo y la CONCILIACIÓN se encuentra en el C.P.L. y de la S.S.

2) Por otra parte, como lo anota Guillermo González Charry, la transacción es una figura típicamente civilista, está considerada como un contrato, en tanto, la conciliación es una figura de marcado sabor laboralista.¹⁰

3) Otra diferencia es que la transacción es siempre extrajudicial, en tanto que la conciliación puede ser judicial o extrajudicial, pero, y esta es la diferencia básica, en la conciliación siempre se da la intervención de un funcionario público, bien sea el Inspector del Trabajo el Juez Laboral. En la conciliación ninguno de los dos interviene.

4) La conciliación tiene el carácter de presupuesto procesal ya que si no se lleva a cabo como audiencia previa a las de trámite, la actuación es nula.

La conciliación, una vez realizada (se lleve a cabo), tiene el carácter de Cosa Juzgada, la transacción no puede tener tal carácter (ser nunca) ya que no proviene de autoridad a la cual la ley (que la ley) haya conferido (dado) ese derecho, como son los centros de conciliación y arbitraje (Ley 640 del 2001).

Ahora bien, las similitudes entre la TRANSACCIÓN Y LA CONCILIACIÓN son bastante marcadas: La primera: en ninguna de ellas el trabajador puede renunciar a derechos ciertos e indiscutibles; la segunda, una y otra suspenden el proceso y su posibilidad, la tercera ambas son un medio de extinguir las obligaciones.

La ultima pero vital similitud, como lo menciona el Maestro González Charry es que ambas son *“Instrumentos que el Estado ha acogido a través de su legalización para realizar el principio de que el Derecho del Trabajo debe ser un derecho de armonía y no un derecho de conflicto”*.¹¹

La ley 446 del 1998, estableció la definición de la Conciliación. Dice así el mencionado artículo:

ARTICULO 64. DEFINICION. La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

¹⁰ GONZALEZ, Charry Guillermo.. *Derecho Individual del Trabajo*. 7ª Edición, Biblioteca Juridica Dique. Bogotá D.C. 1991. p. 93.

¹¹ GONZALEZ, Charry. *Ob. Cit.* p. 102.

ARTICULO 65. ASUNTOS CONCILIABLES. Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley.

El Decreto reglamentario 2511 de 1998 estableció la forma de realizar (solicitar) una conciliación y el artículo 30, del mismo Decreto, establece que tiene mérito ejecutivo.

Además, y eso tiene mucha importancia, el artículo 15, que se transcribe a continuación, del Decreto Reglamentario 2511 establece que asuntos son conciliables en materia laboral.

ARTICULO 15. ASUNTOS CONCILIABLES EN MATERIA LABORAL. Para los efectos de los artículos 65 y 68 de la Ley 446 de 1998, se entienden como asuntos conciliables, todos los conflictos jurídicos de trabajo que se tramitan como procesos ordinarios de única o de primera instancia.

La ley 446 de 1998 y la ley 640 de 2001 establecen todo lo referente a la conciliación y a la conciliación laboral.

1.5 EFECTOS DE LAS NORMAS LABORALES: RETROACTIVIDAD Y RETROSPECTIVIDAD

La regla general es que toda norma jurídica entra en vigor en una determinada fecha y deja de regir, también en otra igualmente cierta.

Sin embargo, precisa destacar que en ocasiones los efectos que producen unas leyes se prolongan en el tiempo y la vida de una norma continua regulando las situaciones jurídicas creadas bajo su imperio, aún después de su derogación formal, es la figura conocida como retrospectividad; y a la inversa, la nueva ley entra a regular situaciones jurídicas creadas con anterioridad, bajo el imperio de una ley anterior, es la figura de la retroactividad.

Respecto a tan interesante cuestión, Mario de la Cueva expresa el siguiente concepto:

“Toda ley es de aplicación inmediata y, en consecuencia, su efecto natural es regir todas las relaciones jurídicas a partir de la fecha en que cobra vigencia; este efecto natural de la ley.

***Una ley es retroactiva** cuando vuelve sobre el pasado para juzgar el nacimiento de una relación jurídica o destruir los efectos producidos antes de su entrada en vigor. En materia de contratos, la ley antigua debe quedar rigiendo los efectos futuros de los que se hubiere celebrado durante su vigencia; esta supervivencia de la ley antigua se justifica en la doctrina con el nombre del principio de Seguridad Jurídica, pues los contratantes, antes de celebrar contrato, deben tener la certidumbre de que la voluntad, protegida por el Derecho vigente en ese momento, será respetada, esto es, deben estar ciertos de que una manifestación de voluntad, jurídicamente válida, deberá cumplirse; sin esta certeza, devendría precario el régimen de los contratos”¹²*

El C.S.T. recoge con claridad y precisión la tesis expuesta por el tratadista mencionado y así es como en su artículo 16 distingue el simple efecto RETROSPECTIVO que tienen las leyes que regulan el trabajo humano subordinado del efecto RETROACTIVO, propiamente dicho.

ARTICULO 16. EFECTO. 1. Las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.

2. Cuando una ley nueva establezca una prestación ya reconocida espontáneamente o por convención o fallo arbitral por el empleador, se pagará la más favorable al trabajador.

Se desprende pues en forma indubitable del precepto transcrito que las normas sobre trabajo no tienen efecto retroactivo, es decir que no afectan situaciones definidas y consumadas conforme a leyes anteriores, no obstante dárseles efecto retrospectivo, esto es, debe ser de inmediata aplicación aun de los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso.

Y como es lógico también que en la parte segunda del artículo que venimos comentando se estableciera que se pagarán, en caso de que, por convención, laudo arbitral, o espontáneamente ya se hubiere reconocido una prestación, la más favorable al trabajador, que ya, como lo vimos al analizar el artículo 13 (3.9), el espíritu de la norma es indudablemente favorecer al trabajador.

Se entiende por retroactividad en el sentido estricto la aplicación de la ley

¹² DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo 1. Editorial Porrúa. Decimosegunda Edición. México, 1970 p. 422, 423

nueva a los efectos de hechos o actos producidos antes de entrar en vigor. En cambio, la aplicación inmediata de la ley nueva solo procede (se aplica) para aquellos hechos o actos que se produzcan después de entrar en vigor ella.

En síntesis, la retrospectividad se produce cuando se aplica una ley nueva a los efectos producidos después de entrar en vigencia y la retroactividad se aplica la ley nueva a los efectos anteriores de hechos o actos pasados, es decir, de hechos o actos producidos antes de entrar en vigencia la misma.

En la sentencia C-168 de 1995, la Corte Constitucional dijo lo siguiente en interpretación del artículo 53 de la Carta.

“El constituyente prohíbe menguar, disminuir o reducir los derechos de los trabajadores. Pero ¿a que derechos se refiere la norma? Para la corte es indudable que tales derechos no pueden ser otros que los ‘derechos adquiridos’, conclusión a la que llega haciendo un análisis temático de los artículos 53, inciso final, y 58 de la Carta. Pretender, como lo hace el demandante, la garantía de los derechos aun no consolidados, seria aceptar que la Constitución protege ‘derechos’ que no son derechos, lo cual no se ajusta al ordenamiento superior”¹³

1.6 PRINCIPIOS GENERALES DE INTERPRETACIÓN

1.6.1 Clases de interpretación

La doctrina distingue dos especies de interpretación:

- 1) La **interpretación por vía de doctrina o interpretación privada** que es la realizada por particulares, por jurisprudencias y por tratadistas.
- 2) La **interpretación por vía de autoridad o interpretación pública** que es la que hacen las autoridades que tienen poder de interpretar la ley. La primera no tiene otra fuerza que la autoridad de la razón; la segunda es obligatoria.

La interpretación por vía de autoridad se divide, a su vez, en interpretación judicial y en interpretación legislativa.

- a) La **interpretación judicial** es la que emana de los Tribunales, Jueces y demás funcionarios sometidos a su conocimiento. Esta interpretación, a diferencia de la

¹³<http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1995/Constitucionalidad/C-168-95.htm>

legislativa no tiene el carácter de general, solo obliga a las partes que intervienen en el litigio que ha originado la intervención de la autoridad mencionada.

El artículo 230 de la Constitución Nacional señala:

“Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”

La ley 270 de 1996 en su artículo 48 fija los alcances de la interpretación judicial de la Corte Constitucional así:

ARTICULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace tiene carácter obligatorio general.

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

b) **La interpretación legislativa** es aquella atribuida al órgano legislativo y es natural que tenga fuerza obligatoria. Se traduce en la expedición de una nueva ley, que puede no solamente limitarse a aclarar el sentido oscuro o ambiguo de la ley, sino también a complementarla, corregirla, ampliarla o restringirla.

La primera idea que debe tener en cuenta el intérprete es la de que toda ley debe buscar un contenido jurídico y los fines sociales, económicos y políticos que la hacen necesaria. Toda interpretación jurídica, debe sacar, -dice Geny- su inspiración del gran fondo de la justicia y de la utilidad social que alimentan permanentemente la vida orgánica del derecho.

1.6.2 Criterios de interpretación

El intérprete de la ley puede recurrir a los siguientes criterios: el cronológico, el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.

1. **El criterio cronológico** es aquel que tiene por objeto conocer la vigencia de las disposiciones legales de acuerdo con la prelación de ellas en el tiempo. Al efecto los artículos segundo y tercero del C.C.C. nos dan las normas que sirven para orientar el criterio a este respecto.
2. **El criterio gramatical** tiene por objeto el estudio de las palabras de que se ha servido el legislador, es decir el lenguaje de las leyes.
3. **El criterio lógico** tiene por fin analizar la intención y ahondar en el espíritu mismo de la ley mediante el estudio de las relaciones lógicas que unen sus diversas partes.
4. **El criterio histórico** tiene por objeto el estudio de las condiciones sociales y jurídicas existentes en la época que se dictó la ley para precisar y apreciar el cambio introducido en la legislación por la norma que va a ser interpretada.

Las consideraciones anteriores tienen plena cabida en el Derecho Laboral, pues son los principios generales de interpretación de las leyes que rigen para todas las ramas del Derecho.

1.7 NORMAS DE APLICACIÓN SUPLETORIA

El artículo 19 del C.S.T. señala:

ARTICULO 19. NORMAS DE APLICACION SUPLETORIA. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad.

Aparte subrayado declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-401 de 2005, “en el entendido de que (i) no exista convenio aplicable directamente, como fuente principal o prevalente,

al caso controvertido, y (ii) el convenio que se aplique supletoriamente esté debidamente ratificado por Colombia”

De esta norma se desprenden **varios principios**:

1.7.1 Principios de aplicación supletoria

1) Normas que regulan casos o materias semejantes.

Se trata del **principio de la analogía** que reposa sobre el fundamento de que las situaciones que presentan los mismos caracteres deben someterse a las mismas reglas. En el argot jurídico corriente se presenta con el siguiente aforismo *“allí donde existe la misma razón debe existir idéntica disposición”*

En general las instituciones y reglas jurídicas forman un conjunto armónico y coherente que es el “Sistema Jurídico”. No existe una sola parte del derecho que no esté concatenada íntimamente con las demás partes; por esta razón no podría hablarse de lagunas es decir de falta de norma aplicable a un determinado caso.

2) Los principios que se derivan del Código del Trabajo.

El artículo 19 del C.S.T. se refiere a los principios fundamentales de la legislación laboral que son distintos a los del derecho común, ya que el Derecho del Trabajo tiene su filosofía jurídica propia.

3) La Jurisprudencia.

Por jurisprudencia se entiende, por norma general, el conjunto de tesis sustentadas por los tribunales al decidir cuestiones jurídicas sometidas a su conocimiento. Pero para que ella tenga alguna base de consulta es necesario que exista uniformidad, pues si varía constantemente o es contradictoria, no sería posible en un momento dado saber cual prevalece.

4) La costumbre o el uso.

El artículo 8º del C.C.C. acota que “la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desusó para su inobservancia, ni practica alguna por inveterada y general que sea.

La ley 153 de 1887 en su artículo 13 menciona que “la costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye el derecho, á falta de legislación positiva”.

Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-224-94 1994, bajo el entendido que “la expresión “moral cristiana” significa “moral general” o “moral social”, como se dice en la parte motiva de esta Sentencia”.

Mario de la Cueva expresa que “pueden definirse la costumbre y el uso en materia de trabajo como la repetición uniforme de una practica que venga, bien a interpretar las cláusulas de un contrato, bien a reformar o complementar las restantes fuentes formales del Derecho del Trabajo en beneficio del trabajador.¹⁴

5) La doctrina

Está constituida por las opiniones emitidas por los jurisconsultos, sobre cuestiones de derecho, especialmente en textos sobre la materia.

El mismo Maestro De La Cueva, afirma que la doctrina *“es fuente excelente de inspiración, pero no es fuente de transformación de un principio en regla socialmente obligatoria”*¹⁵

Los convenios y recomendaciones adoptados por la organización y las conferencias internacionales del trabajo.

6) Los convenios y recomendaciones adoptadas por la OIT. señalan disposiciones reglamentarias y normas de carácter general que no establecen principios básicos en el orden a las relaciones laborales concebidas en una forma contractual, señala el Doctor Guillermo Cabanellas de Torres¹⁶

Los convenios ratificados por los Gobiernos son verdaderos tratados y forman parte de la Legislación Colombiana como lo dice el artículo 53 de la Constitución Política en el inciso 2º “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”

¹⁴ DE LA CUEVA, Mario. Ob. Cit. p. 378 y s.s.

¹⁵ Ob. Cit. Loc. Cit.

¹⁶ CABANELLAS, Guillermo. Tratado del Derecho Laboral. Tomo 1. Editorial de Palma. Buenos Aires. P. 128

Desde que Colombia ingreso a la OIT. en 1919 se han adoptado por el país los convenios 1 al 26, 29, 30, 52, 62, 81, 87, 88, 95, 98, 99, 100, 101, 104, 105 al 107, 111, 116, 129, 136, 138, 144, 151, 182, 159, 160, 161, 167, 169, 174, 182.

La sentencia C-401 de 2005 la Corte Constitucional valoró frente a la legislación interna los convenios internacionales de trabajo y el bloque de constitucionalidad en Colombia.¹⁷

7) Principios del derecho que no sean contrarios al Derecho del Trabajo

Estos principios se extraen del ordenamiento jurídico en su totalidad. La existencia de tales principios admitida por el legislador, se concibe fácilmente, teniendo presente que las normas singulares aun cuando sean formuladas con el carácter hipotético que toman en consideración situaciones particulares, derivan todas ellas de los principios de mas largo alcance, que son como el tejido conjuntivo del ordenamiento jurídico.

Ejemplos del principio del derecho común son los siguientes:

- La incapacidad de obrar en regla.
- La buena fe.
- No se puede hacer recaer más de una vez sobre un sujeto la responsabilidad de un hecho.
- Nadie puede hacerse justicia por su propia mano.
- Todos tienen iguales derechos y deberes frente al ordenamiento jurídico.

8) Todo dentro de un espíritu de equidad.

La equidad es un principio jurídico, que tiene lugar por si mismo, y un lugar de importancia en cuanto permite aplicar, para ciertos institutos, principios jurídicos diversos de los resultantes del derecho común.

Se transcribe la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 28 de febrero de 1980, relativa al asunto por su especial importancia:

17 www.secretariassenado.gov.co/leyes/SC401_05.HTM

“Es cierto que la equidad es un principio fundamental que debe inspirar la interpretación de la ley –especialmente la laboral- que es igualmente evidente que la noción de lo equitativo no puede ser utilizada para desconocer, desvirtuar o tergiversar el mandato explícito, manifiesto y evidente del legislador, so pena de sacrificar el derecho objetivo en aras de un subjetivismo judicial, que tomaría en inciertos todos los derechos y obligaciones que surjan de la ley.

La jurisprudencia de esta sala ha expresado que ‘el principio de equidad opera cuando no existe norma aplicable al caso, como lo previene el artículo 19 del C.S.T., pero de ninguna manera puede enfrentarse ese principio a una norma precisa de la ley, y aun menos para desconocer los efectos de un precepto también legal’”

1.8 CONFLICTO DE LEYES

El inciso primero del artículo 4º de la Constitución Nacional reza que “la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicaran las disposiciones constitucionales.

El artículo 20 del C.S.T. reza que “*en caso de conflicto entre las leyes del trabajo y cualquier otra, prefieren aquellas*”.

El precepto anterior es un desarrollo del principio sostenido por el artículo 5º de la ley 57 de 1887, que dice “*las disposiciones relativas a un asunto especial se preferirán a las que tengan carácter general*”.

Hoy en día se reconoce si ningún inconveniente que el Derecho del Trabajo es una rama independiente, sometida a normas especiales y distintas, ya que esta inspirado en ideas y principios distintos al derecho común.

El Derecho del trabajo es un derecho autónomo creado para beneficiar al trabajador, es de interés público y sus disposiciones priman sobre cualquier otra en caso de presentarse conflicto entre ellas.

1.9 NORMA MÁS FAVORABLE

El artículo 21 del C.S.T. señala:

ARTICULO 21. NORMAS MÁS FAVORABLES. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.

Esto mismo acota el artículo 53 de la Constitución Nacional que en la parte pertinente dice:

“...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”.

El principio de nuestra legislación y del Derecho del Trabajo, según el cual la disposición mas favorable al trabajador es la que se aplica, el *“in dubio pro operario”* debe entenderse en el sentido de que confrontada una norma con otra bien sea de la ley, del reglamento interno de trabajo, del contrato, de la convención colectiva o del fallo arbitral, la una debe excluir a la otra según favorezca al trabajador pero no puede tomarse el precepto como una serie de partes, sino como un todo armónico, pues una disposición se aplica o no se aplica pero peca contra la hermenéutica jurídica y contra la mas simple lógica que la norma rija en estos casos por etapas o por partes y no en su totalidad. A esto se le llama el **principio de la inescindibilidad de la norma jurídica**.¹⁸

1.10 ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

- 1) Analice los artículos de la Constitución Política y del Código Sustantivo del Trabajo donde se consagran el derecho al trabajo, la libertad para trabajar, la protección al trabajo y la igualdad de los trabajadores.
- 2) Señale como operan los principios de transacción y conciliación en materia laboral.

¹⁸ CAMPOS, Rivera Domingo. Ob. Cit. Pag 111.

1.11 ANÁLISIS JURIS PRUDENCIAL

J

Estudie con detención en **7.1.7 8) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia** del 28 de febrero de 1980, *relativa a la equidad* y explique porqué en su tratamiento se corre el riesgo de caer en un “*subjetivismo judicial*”.

1.12 ACTIVIDADES DE AUTOEVALUACIÓN

Ae

1) Señale los cinco elementos que se deducen de la definición de trabajo consignanada en el artículo 5º del C.S. del T.

2) En qué sentido se aplican la retroactividad y la retrospectividad en las normas laborales?

Unidad 2 | CONTRATO DE TRABAJO

Og

| *Formarse una idea comprensiva del contrato de trabajo.*

Qe

1) *Discriminar los elementos básicos del contrato de trabajo.*

2) *Fijar las condiciones de forma y tiempo del contrato de trabajo.*

3) *Determinar los derechos y obligaciones que para empleador y trabajador se originan en el contrato de trabajo.*

4) *Identificar y analizar las causas y consecuencias de la terminación del contrato de trabajo.*

2.1 DEFINICIÓN

Debe aclararse de entrada que La ley 50 de 1990 en su artículo 107 dispuso una modificación indiscutible: que la denominación **“patrono”** utilizada en la normatividad para indicar las relaciones laborales con los trabajadores se entiende reemplazada por el término “empleador”

Los artículos 22 y 23 del C.S.T. dan y definen las características del CONTRATO DE TRABAJO así:

DEFINICION. 1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.

2.2 ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

*a) **La actividad personal del trabajador**, es decir, realizada por sí mismo;*

*b) **La continuada subordinación o dependencia** del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y*

Aparte subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-386 del 2000. Dijo la Corte:

“...condicionamientos señalados en el numeral 2.4 de la parte motiva de esta sentencia”“En consecuencia, el literal b) del artículo 23 del C.S.T. no puede entenderse

como una norma aislada ni del ordenamiento jurídico superior, ni del conformado por los tratados y convenios humanos del trabajo, ni de las demás disposiciones pertenecientes al régimen legal contenido en el referido código que regulan las relaciones individuales y colectivas del trabajo, de las cuales pueden derivarse derechos para el trabajador que deben ser respetados por el empleador. Por consiguiente, sin perjuicio del respeto de los derechos mínimos mencionados, cuando el empleador ejercite los poderes propios de la subordinación laboral está obligado a acatar los derechos de los trabajadores que se encuentran reconocidos tanto en la Constitución, como en las demás fuentes formales del derecho del trabajo”

c) Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

2.3 PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

La prestación de los servicios personales se conoce en el Derecho Laboral con el nombre genérico de la relación de trabajo, o sea el hecho de vincula jurídica y económicamente a los extremos de la actividad productiva, a saber, trabajadores y patronos. De ello que la fuente de donde emanan los derechos y obligaciones a que da lugar la prestación de un servicio.

*“El contrato de trabajo envuelve la noción del consentimiento, del acuerdo de voluntades. **La relación de trabajo en cambio surge de la prestación efectiva del servicio,** es un fenómeno jurídico que sustituye la noción subjetiva y civilista del contrato de trabajo y que lo excluye completamente, como acuerdo de voluntades sin principio de ejecución real. La relación de trabajo dice De La Cueva, es un conjunto de derechos y obligaciones que derivan para el trabajador y patronos, del simple hecho de las prestación del servicio”*

[...]

Buena parte de los autores modernos se orientan a dar completa autonomía al derecho laboral partiendo de su institución básica que en su sentir debe ser la relación de trabajo y no el contrato de trabajo. Es importante anotar, no obstante que en la vida de las relaciones obrero-patronales aún subsiste como típico acto del consentimiento, aunque

*cada vez ocupa un lugar menos importante sino complementarios: tiene este un contenido más amplio que aquel.*¹⁹

Según lo anterior **la formalidad cede ante los hechos y estos, son los que determinan la naturaleza jurídica** de la situación producida. Demostrados los hechos **la realidad llama a imponerse**.

Y así lo menciona nuestra Carta Política en el artículo 53 tantas veces citado:

“...primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”

Las formalidades ceden ante los hechos y son estos los que determinan la naturaleza jurídica de la situación producida. Demostrados los hechos la forma no puede quitarles validez, pues es la realidad la llamada a imponerse, como lo expresan María Lucía Barrera y Claudia Wilchez en el Módulo de Derecho Individual, que hace parte del trabajo completo que en el área del Derecho Laboral se elaboró a través de Universidad Sergio Arbolela para la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.²⁰

Sobre ese trabajo, tomamos *“in extenso”*, para este Módulo, los siguientes apartes:

“Contrato Realidad.

Lo anterior puede ser considerado como una consecuencia del carácter tuitivo y protector del derecho del trabajo y es por ello que tanto la Jurisprudencia como la Doctrina han precisado en múltiples ocasiones que al momento de determinar si el vínculo que une a las partes en una relación es de carácter laboral, debe preferirse el análisis fáctico sobre el meramente documental, independientemente de la voluntariedad o buena fe con que hubieren sido elaborados los soportes de dicha relación.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 1 de diciembre de 1981 precisó que este principio correspondía al derecho del trabajo por ser protector e irrenunciable y fundamentó su posición en conceptos expresados por tratadistas como Américo Plá Rodríguez, Mario Deveali, y Mario de la Cueva, entre otros, quienes coinciden en afirmar que la existencia de un contrato de trabajo está

19 REGIMEN LABORAL COLOMBIANO. Ediciones Legis. Bogotá. Envío 213 Septiembre 2002

20 BARRERA, María Lucía y Wilchez Claudia. Módulo de Derecho Individual. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2008. P. 7

determinada por la conducta de las partes en desarrollo de una relación jurídica, así los propios involucrados hayan querido darle una connotación diferente en los acuerdos formales suscritos por ellos.

Así las cosas, para la doctrina internacional citada por la Corte Suprema

“...en todos los casos debe tratarse, como hemos dicho, de llegar al contrato realidad, a la efectiva prestación al orden de la relación habida entre las partes, para determinar la verdadera naturaleza jurídica del acto cumplido...”²¹¹.

La relación de trabajo existe a pesar de que las partes le hayan dado una denominación diferente si en la práctica se comprueba que las características en que se desarrollaba la actividad son las propias del derecho laboral. Por ello el juez debe evaluar la forma como se prestó el servicio y no las formalidades del contrato celebrado entre las partes.

La prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por las partes en una relación laboral no es una novedad introducida por la Carta de 1991, sino un principio protector del trabajo humano subordinado, que desde antes tenía consagración legal y pleno reconocimiento por parte de la jurisprudencia y la doctrina en nuestro país.

Al respecto, valga citar la **sentencia del 1° de diciembre de 1981 (GJ. XCI – 1157) de la Corte Suprema de Justicia**, en la que se indicó:

“Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas a la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato”.

Igualmente, en **sentencia del 19 de enero de 1989, la misma Corporación** señaló:

“En anteriores ocasiones esta Sala ha explicado que en materia laboral los datos formales que resultan de documentos contractuales o similares, aunque sean elaborados de buena fe o con todas la apariencias de legalidad que sean

²¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Primera. 1 de diciembre de 1981. Radicado 7922. M. P. Fernando Uribe Restrepo. Gaceta Judicial 1981.

del caso, no necesariamente son definitivos para establecer la existencia o inexistencia del vínculo contractual laboral, ya que deben preferirse los datos que ofrece la realidad jurídica analizada, si contradicen lo que informan los aludidos documentos”.

Son múltiples los pronunciamientos de las altas cortes en relación con este principio elevado a rango constitucional en 1991. En ellos se precisan su naturaleza y alcances. Así, en sentencia N° 22259 del 2 de agosto de 2004, M.P. Luis Javier Osorio López, la misma Corte Suprema de Justicia precisó:

“La verdad es, que no ha sido extraño para la jurisprudencia y la doctrina que en muchas ocasiones se pretende desconocer el contrato de trabajo, debiéndose acudir por el Juzgador al análisis de las situaciones objetivas presentadas durante la relación, averiguando por todas las circunstancias que rodearon la actividad desarrollada desde su iniciación, teniendo en cuenta la forma como se dio el acuerdo de voluntades, la naturaleza de la institución como tal, si el empleador o institución a través de sus directivos daba ordenes perentorias al operario y como las cumplía, el salario acordado, la forma de pago, cuáles derechos se reconocían, cuál horario se agotaba o debía cumplirse, la conducta asumida por las partes en la ejecución del contrato etc., para de allí deducir el contrato real, que según el principio de la primacía de la realidad, cuando hay discordia entre lo que se ocurre en la práctica y lo que surge de documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Quiere decir lo anterior que la relación de trabajo no depende necesariamente de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentra colocado. Es por ello que la jurisprudencia y la doctrina a la luz del artículo 53 de la Carta Política, se orientan a que la aplicación del derecho del trabajo dependa cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuando de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento aparecen circunstancias claras y reales, suficientes para contrarrestar las estipulaciones pactadas por las partes, por no corresponder a la realidad presentada durante el desarrollo del acto jurídico laboral.

Y es evidente que al aplicar el mencionado principio, lo que se busca es el imperio de la buena fe que debe revestir a todos los contratos, haciendo que surja la verdad real, que desde luego en el litigio tendrá que resultar del análisis serio y ponderado de la prueba arrimada a los autos, evitando la preponderancia de las ficciones que con actos desleales a la justicia, tratan de disimular la realidad con

el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o convencionales”-

Ahora bien, una vez precisado que una relación es de naturaleza laboral, la consecuencia lógica es que se aplican las normas de ésta categoría a los contratantes, las cuales se suponen mas favorables al trabajador que las puramente civiles o comerciales, ya que en estas especialidades se parte de la igualdad de los contratantes, mientras que para el derecho laboral el trabajador es la parte débil de la relación laboral. Sin embargo, es preciso anotar que esta declaración no puede afectar los acuerdos que válida y legalmente las partes hayan pactado y que no contraríen la naturaleza laboral. Así, por ejemplo, si se celebra un contrato de prestación de servicios de carácter civil por un lapso determinado y posteriormente al discutirse la naturaleza del contrato el juez declara la existencia de un vínculo laboral, el término de duración continúa siendo el acordado por las partes.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia precisó²²²

“...la declaración judicial de primacía de la realidad para efectos de catalogar como laboral un contrato que se calificó como civil o comercial, en ningún caso tiene las consecuencias que pretende el impugnante en el sentido de considerar ineficaces las cláusulas contractuales en su conjunto, puesto que puede haber en ese contrato estipulaciones, fruto del acuerdo de voluntades, que no contraríen el orden legal, ni afecten el mínimo legal, ni impliquen la existencia de un objeto y causa ilícitas...”

“... la potestad que otorgan a los jueces laborales los artículos 53 de la Constitución Política y 23 numeral 2° del Código Sustantivo del Trabajo en el sentido de declarar la existencia del contrato de trabajo realidad desechando las formalidades que broten de los documentos, de ninguna manera tiene un alcance que vaya mas allá de esa simple declaración porque es claro que lo que las mentadas disposiciones persiguen es evitar que mediante artificios se pretenda ocultar, bajo otro empaque, la relación de trabajo, protegiendo de esta forma el derecho de los empleados subordinados a percibir el mínimo garantizado legalmente”

El contrato de trabajo es pues un contrato realidad donde más que a lo formal se atiende a lo real del compromiso o a lo que materialmente se presente. Lo que realmente interesa al derecho laboral son los hechos no los documentos o acuerdos, evitando de esta forma,

²²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 30 de septiembre de 2003, radicación 20.933, Magistrado Ponente: Carlos Isaac Náder.

que se considere como independiente a un trabajador subordinado. Sin embargo, ello no pude llevar a que se considere que todos los documentos involucrados en una relación de carácter laboral que no tengan dicha vocación, v.gr, los civiles o comerciales, se presuman simulados o tengan por objeto encubrir realidades, pues lícitamente pueden corresponder a situaciones reales.

No esta vedado a las partes en un contrato acudir a las normas y formalidades del derecho comercial o civil, para acordar la ejecución de tareas o la prestación de servicios inherentes a la libre empresa.

La sola utilización de vocablos propios del derecho laboral, como por ejemplo, salarios o contrato de trabajo, tampoco pueden llevar como regla inexorable, en aplicación del principio de primacía de la realidad, a la conclusión de que el vínculo es de naturaleza laboral. El juez, al evaluar las pruebas debe buscar la verdad real (principio derivado de la primacía e la realidad como ya se anotó) para llegar a conclusiones acertadas.

Esta conclusión está reforzada por el criterio esbozado por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 24978 del 29 de septiembre de 2005, M.P. Camilo Tarquino Gallego, en la que se indicó:

“Pues bien, el contenido de las reseñadas documentales, no fue desconocido, ni tergiversado por el sentenciador, puesto que al referirse a tales pruebas, como “contratos de trabajo suscritos por el demandante” y, como “documentos que aluden al pago de sueldos o salarios al mencionado”, precisamente consideró su existencia, pero los opuso a otros medios de convicción, que le dieron la certeza de hallarse frente a un vínculo no subordinado, esto es, distinto al laboral. En especial, descartó la dependencia o subordinación, al valorar la prueba testimonial recaudada, según la transcripción que se hizo, e incluso, el propio interrogatorio rendido por el actor.

En consecuencia, debe reiterarse que el sentenciador evidenció el pago de unos emolumentos, distinguidos unas veces como honorarios, otras como sueldos y otras como “Contable”, sufragados por la prestación del servicio de contador, pero no como trabajador de la comunidad demandada, sino como contratista, vinculado por convenios de prestación de servicios, aún cuando, dijo, en la forma escrita se les denominara como de trabajo. Y, en este sentido, no pudo incurrir en un yerro fáctico, dado que, se repite, no alteró, ni ignoró el contenido de las pruebas en mención. No obstante, el principio de primacía de la realidad no se traduce en una presunción de que todos los documentos contienen simulaciones o fraudes ya que ellos pueden corresponder a situaciones reales.²³.

23 BARRERA, Maria Lucia y WILCHEZ, CLAUDIA. Modulo de Derecho Laboral. P . 8 y s.s.

2. 4 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO:

El ya transcrito artículo 22 del C.S.T. establece los elementos del contrato de trabajo. Del mismo modulo de Derecho Individual antes mencionado transcribimos (copiamos) ahora lo siguiente:

2.4.1 Capacidad

Están facultados para celebrar contrato de trabajo todas las personas mayores de 18 años de edad, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Código Sustantivo del Trabajo. Esta capacidad comprende la posibilidad de contraer el vínculo y de ejercer las acciones que se deriven del mismo. Las personas mayores de 16 años de edad pueden dirigir empresas asociativas.

Por su parte, el artículo 35 de la Ley 1098 de 2006, que adoptó el Código de la Infancia y la Adolescencia, dispone que la edad mínima de admisión al trabajo es la de quince (15) años de edad.

Sin embargo, es posible que los adolescentes entre los 15 y 17 años celebren contrato de trabajo, siempre que exista autorización escrita del inspector de trabajo, de la primera autoridad local, o del Ente Territorial Local, a solicitud de los padres, o a falta de ellos, del defensor de familia, a falta de ellos.

Excepcionalmente, los niños y niñas menores de 15 años pueden recibir autorización de la Inspección de Trabajo, o en su defecto del Ente Territorial Local, para desempeñar actividades remuneradas de tipo artístico, cultural, recreativo y deportivo. Para el efecto, la autorización debe precisar el número de horas máximas y prescribirá las condiciones en que esta actividad debe llevarse a cabo. Finalmente, es preciso recordar que en ningún caso el permiso puede exceder las catorce (14) horas semanales.

2.4.2 Consentimiento

Si bien se entiende que el consentimiento es la manifestación libre y espontánea de los contratantes para entrar en la relación jurídica, en materia laboral existen algunas circunstancias especiales, pues se ha considerado que la autonomía de la voluntad en la práctica está restringida.

Así, las partes no son libres para determinar el contenido normativo del contrato si sus cláusulas son menos favorables que el mínimo legal. Igualmente, hay

quienes afirman que no es necesaria esta manifestación respecto de todos los elementos de la relación laboral.

Sin embargo, debe precisarse que en nuestro medio no es indispensable que exista consentimiento en relación con todas las condiciones laborales, según las voces de los artículos 38 y 39 del Código Sustantivo del Trabajo.

Hay quienes afirman que la capacidad consensual del trabajador es limitada y por eso caracterizan al de trabajo como un contrato de adhesión. El profesor González Charry indica sobre el particular:²⁴⁴

“En el contrato de trabajo, el sentido que a este elemento le dan las reglas y doctrinas del derecho común varía notablemente, pues entendido el consentimiento como el fruto de una libre discusión sobre las condiciones del contrato, es obvio que, o no existe por parte del trabajador, o se presenta en un grado muy limitado. Claro que en la práctica ningún trabajador puede ser llevado a la fuerza a la relación de trabajo, y en este sentido, la afirmación de que la que contraiga obedece a su pleno consentimiento, es evidente”.

2.4.3 Objeto

El objeto del contrato de trabajo es doble, pues mientras para el trabajador es la adquisición de un medio de subsistencia mediante una remuneración, para el empleador es el aprovechamiento de la capacidad de trabajo de quien presta el servicio, en beneficio suyo y de la empresa.

Desde luego, **el objeto perseguido debe ser lícito**. Ya que si no lo es, el contrato se torna ineficaz. Sin embargo, si la actividad que ha desarrollado el trabajador es lícita, tendrá derecho al pago de los salarios y de las prestaciones sociales hasta que se declare esa ineficacia. Por ello, hay quienes diferencian para esos efectos si el trabajador consintió el objeto ilícito o si no lo conocía.

2.4.4 Causa

El Código Civil, en su artículo 1524, inciso 2°, define la causa como “...**el motivo que induce al acto o contrato**...”. Puede afirmarse entonces que la causa está determinada por lo que en realidad se persigue con el contrato, por la intención de los contratantes cual es la de dar inicio a una relación.

En el contrato de trabajo es importante determinar la causa por dos razones:

²⁴⁴ GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. “Derecho Individual del Trabajo”. Décima Edición. Legis, pág 121

1) Para que exista el contrato se requiere que exista interés del trabajador de obtener un beneficio económico del trabajo.

En este aspecto conviene recordar que este es un tema que ha sido fruto de discusión, particularmente cuando se analiza la naturaleza de la prestación de servicios por parte de personas que no esperan recibir retribuciones económicas por el mismo.

Por ejemplo, para la Corte Suprema de Justicia, en **el caso de los servicios prestados por los religiosos a su comunidad**, en cuanto **no buscan un fin de carácter lucrativo** sino cumplir con los votos de orden religioso, como el de obediencia, tales servicios no pueden considerarse como de naturaleza laboral.

En la **sentencia N° 5638 del 27 de mayo de 1993**, M..P. Jorge Iván Palacio Palacio se precisó sobre el particular:

“La Corte tiene sabido y considerado que en veces la prestación personal de servicios obedece a relaciones de carácter espiritual que escapan por completo al ánimo especulativo pues tocan mas bien con la vocación religiosa y las creencias y convicciones del individuo y sus tendencias de servicio a la humanidad.

(...)

Si la vinculación del actor con la Iglesia fue con el ánimo de estudiar el evangelio y predicarlo, entregándose a la “obra del Señor”, debemos concluir que entre las partes no hubo la intención de sostener un vínculo de carácter laboral sino la de cumplir con una misión de tipo religioso...”

2) El contrato de trabajo a término indefinido tiene vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo.

En este acápite debe recordarse, tal como se hizo al hablar del objeto, que la causa debe ser lícita so pena de que el contrato se convierta en ineficaz.²⁵

Del mismo Modulo transcribimos el siguiente apartado:

²⁵ BARRERA y WILCHEZ. Ob.Cit. p.14 y s.s.

2.5 ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

2.5.1 Actividad personal del trabajador

La actividad debe ser ejecutada por el trabajador por sí mismo. Sin embargo, la colaboración excepcional de otras personas no desvirtúa la existencia del contrato de trabajo; verbigracia, la ley prevé la posibilidad de que el empleado de manejo cuando salga de vacaciones deje un reemplazo, bajo su responsabilidad solidaria y con la aquiescencia del empleador, como también es permitida la colaboración en aquellos casos en los cuales el contrato de trabajo se realiza a domicilio.

La subordinación laboral

Como lo afirma Francisco Javier Romero Montes²⁶⁵ la subordinación surge como un hecho histórico durante la época de la Revolución (trabajo) Industrial, en el siglo XIX, cuando el trabajador (hombre) no era dueño, ni tenía parte en la propiedad de los medios de producción y por tanto requería entregar sus servicios a quien sí lo era (s tenía), a cambio de remuneración y con la potestad de dirigir el trabajo. Fenómeno (Es lo) que se conoce como el trabajo por cuenta ajena, es decir, por cuenta del empleador.

Esta dependencia se concreta en elementos como el sometimiento del trabajador a las órdenes del empleador, la continuidad en el trabajo, la exclusividad en la prestación de servicios, la sujeción a una jornada u horario, la remuneración, el control por parte del empleador respecto de las actividades del trabajador y la ejecución del trabajo con medios de propiedad del empleador, entre otros.

La evolución de este elemento ha llevado a **la noción actual de la “subordinación jurídica”** como la que mas se ajusta a la naturaleza del derecho laboral actual. El tratadista Mario de la Cueva sostiene que donde exista subordinación como poder jurídico, es decir, como principio de autoridad, se habla de derecho laboral.

No obstante, la doctrina internacional ha discutido últimamente sobre la pertinencia de mantener este elemento como diferenciador de la relación laboral. Sin embargo, en nuestro ordenamiento sigue siendo distintivo del contrato de trabajo.

²⁶⁵ ROMERO MONTES, Javier. “Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano, Libro homenaje a Américo Pla Rodríguez.” Pág 344.

En efecto, en la legislación laboral colombiana se considera como el elemento característico del vínculo laboral en desarrollo del cual surge una relación jerárquica que coloca al trabajador bajo la autoridad laboral de empleador y que se traduce en una serie de facultades y de deberes correlativos, pero dentro del marco del contrato de trabajo.

En virtud de la subordinación el empleador está legalmente autorizado para impartir órdenes, instrucciones, directrices o reglamentos relacionados con la forma como el trabajador debe desarrollar sus labores y cumplir con las obligaciones adquiridas, hecho que involucra una potestad de dirección para delimitar la conducta laboral y facultades disciplinarias para velar porque el comportamiento del trabajador sea adecuado e imponer una disciplina congruente con estos fines.

De conformidad con lo anterior, **este elemento se manifiesta en la posibilidad del empleador de impartir al trabajador órdenes**, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, calidad y cantidad de trabajo e imponerle reglamentos. En el sentir del profesor José Roberto Herrera (6¹):

“estos son los factores determinantes de la condición subordinante por parte del empleador, de forma que si se dan en la ejecución del contrato no se podrá negar, en principio, la configuración del nexo jurídico laboral”.

El tratadista Ernesto Krotoschin, citado por González Charry²⁷⁷ se pronuncia de la siguiente manera en relación con la subordinación como elemento diferenciador de la relación de trabajo:

“La doctrina, la legislación y la jurisprudencia están de acuerdo, en principio, en que la característica fundamental del trabajador consiste en la dependencia en que está frente al empleador. El principio de la dependencia es decisivo, tanto para distinguir al trabajador, en el sentido del derecho del trabajo, de otros” trabajadores” que precisamente a causa de la falta de dependencia no se hallan comprendidos en este derecho (trabajadores autónomos), como para diferenciar la relación laboral de otras relaciones jurídicas (locación de servicios del derecho común, locación de obra, etc.)”

Así, la subordinación permite al operador judicial determinar, de una manera eficiente y eficaz, la naturaleza de las relaciones laborales. Para José Luis Ugarte²⁸⁸

²⁷⁷ Op. Cit. Pág 137

²⁸⁸ UGARTE CATALDO, José Luis. “El nuevo derecho del trabajo”. Editorial universitaria. Santiago de Chile. Pág 43.

la racionalidad pragmática que se exige a la comunicad jurídica en su conjunto (legislador, jueces, juristas) en la calificación de las relaciones laborales y por tanto en el modo de acceder al propio derecho del trabajo, es importante, en primer término, para lograr el objetivo de proteger a quienes se buscaba tutelar al disponer de una normativa laboral (eficacia) y, en segundo lugar, para que todo lo anterior se consiga al menor costo posible (eficiencia).

Para facilitar esta determinación, es importante observar que para que la subordinación se presente efectivamente, no basta con afirmarlo, sino que debe demostrarse que las órdenes e instrucciones que están siendo impartidas por uno de los contratantes, se imparten en ejercicio de un poder de disposición de la capacidad de trabajo. No toda ejecución de órdenes e instrucciones conlleva la realización de un contrato de trabajo, ya que en la práctica es posible encontrar contratos de naturaleza civil, como por ejemplo el mandato regulado en el artículo 2144 del Código Civil, que también conllevan la ejecución de órdenes, sin que por ello se desvirtúe la naturaleza civil de dicha relación.

En cuanto hace referencia al contrato de mandato, la jurisprudencia ha precisado:

“El hecho de que una persona natural o jurídica otorgue poder general a un abogado para que la represente ante las autoridades judiciales o administrativas, atienda un número indeterminado de litigios en que aquella actúe como demandante o demandada o se notifique de demandas, en modo alguno le confiere a éste en forma automática la condición de empleado ni mucho menos significa que sea por ello subordinado o dependiente de su poderdante”

Es que no se puede olvidar que de conformidad con el artículo 2144 del Código Civil “Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona (y el ejercicio de la abogacía conlleva por antonomasia la facultad de representación), respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato” (entre paréntesis, fuera del texto). Tampoco puede perderse de vista que por el mandato se confía a otro la gestión de uno o más negocios, que el mismo puede ser remunerado o gratuito y que en tal virtud puede el mandante trazar instrucciones al mandatario y éste queda obligado a acatarlas.

Puede agregarse a lo dicho, que la circunstancia de que el mandato encomendado signifique el control y la vigilancia del contratante sobre la manera en que se ejecutan las obligaciones contractuales o el deber de rendir informes periódicos sobre ellas, no constituye en sí misma prueba de una relación dependiente por cuanto todo contrato, como atrás se explicó, comporta una serie de compromisos, cuyo imperioso cumplimiento

*por parte del contratista no es signo de la continuada subordinación que requiere el vínculo laboral*²⁹⁹

Lo anterior, por cuanto todo contrato bilateral conlleva la generación de obligaciones recíprocas. Para el caso del contrato de trabajo, en desarrollo del elemento de subordinación, es el empleador el facultado para imponer órdenes, al tiempo que le corresponde al trabajador la obligación de acatarlas, como una manifestación de esa dependencia.

De vieja data la jurisprudencia ha precisado que no toda obligación contractual puede ser constitutiva de subordinación. Así, en sentencia del 30 de abril de 1974 (Gaceta 2378/2389), la Corte Suprema de Justicia, precisó:

“Todo contrato bilateral conlleva obligaciones que corresponde cumplir a cada una de las partes, y en el que aquí se discute, el demandante asumió la de “grabar y producir en forma exclusiva para la empresa, las obras musicales de su especialidad, propias o ajenas que ésta le encomiende” y ella tomó para sí la de cubrirle el valor de los honorarios y las “regalías”, pactadas como contraprestación.

De aquella obligación deduce el casacionista la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo diciendo: “Es decir, subordinó su voluntad a la voluntad del patrono en punto a la ejecución de ese servicio que constituye uno de los objetos y obligaciones contractuales”, lo que no es exacto, pues de que el actor asumiera dicho deber no puede deducirse que “subordinó su voluntad a la voluntad del patrono”; si así fuera, todo contrato bilateral en que existe la prestación del servicio, resultaría de trabajo, lo que es inaceptable a todas luces.

Lo que ocurre es que el censor juega con el verbo “subordinar”, dándole el sentido de que por razón de las obligaciones recíprocas resultantes de un contrato, la voluntad del uno se subordina a la del otro. Pero no es ese el contenido de la subordinación jurídica que diferencia el contrato de trabajo de otros similares y que consiste en que el trabajador se coloca bajo la autoridad del patrono, quien tiene el derecho o facultad de darle órdenes en la ejecución de su trabajo, de vigilarlo y de imponerle sanciones por faltas disciplinarias”

La exigencia de órdenes o la posibilidad de impartir instrucciones no es pues exclusiva de uno de los contratantes en la relación de trabajo. Las simples sugerencias y recomendaciones no constituyen por sí mismas órdenes en sentido laboral, como tampoco pueden ser consideradas como imposición

²⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia 16208 del 17 de julio de 2001. M.P. Carlos Isaac Náder-

de reglamentos. No puede afirmarse que en los contratos civiles o comerciales este prohibido impartir instrucciones so pena de que se declare de naturaleza laboral.

Este criterio ha sido reiterado en varios pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia dentro de los que se destaca, la sentencia N° 16305 del 18 de octubre de 2001, M.P. Isaura Vargas Díaz, en la que se indicó: *“..y el hecho de que ese servicio de asesoría se haya convenido como un “obligación” de la corresponsal, tampoco puede ser indicativo de la existencia de subordinación, pues, como es apenas lógico, esa denominación corresponde al desarrollo de los deberes o compromisos que, como parte de un negocio jurídico, adquirió.*

Igualmente, la sentencia N° 23721 del 13 de abril de 2005, M.P. Carlos Isaac Náder, que precisó: *“...debe anotarse que la existencia de un contrato civil de prestación de servicios profesionales en ningún caso implica la veda total de instrucciones o el ejercicio de control y supervisión del contratante sobre el contratista, ni que la delegación de actividades que impliquen representación del empleador conlleve indefectiblemente a concluir que se está en presencia de un contrato de trabajo”.*

Y, la sentencia N° 24762 del 22 de junio de 2005, M.P. Carlos Isaac Náder, en la que también se hace referencia a la remuneración, manifestó la Corte Suprema: *“... no es extraño que en contratos que no tienen la condición de laborales se pacte una remuneración, que no salario, o que en muchos de ellos el contratante imparta órdenes al contratista, sin que las mismas puedan identificarse con la subordinación continuada que exige la relación laboral”.*

De otro lado, debe precisarse en relación con la subordinación, que a pesar de tratarse de una facultad amplia que conlleva la obligación correlativa del trabajador de acatar las órdenes e instrucciones, no puede ser entendida como una potestad omnímoda, ya que en la medida en que constituye una limitación a la plena autonomía de la voluntad laboral del trabajador, su ejercicio no puede afectar el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador, de conformidad con lo indicado en el artículo 23 literal b) del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma en que fue modificado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990.

Esta limitación también ha dado lugar a la construcción de una abundante jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Suprema de Justicia. Precisamente, al estudiar la exequibilidad de la modificación efectuada por la ley 50 antes citada, la Corte Constitucional indicó:

“El aparte normativo del literal b) del art. 23 del C.S.T., es simplemente una norma afirmativa del deber que tiene el empleador de respetar la dignidad del trabajador y su honor, así como también los derechos mínimos consagrados en los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos en materia laboral, los cuales constituyen el reducto esencial de la protección básica que en el ámbito universal se ha acordado a favor de los trabajadores.

Sin embargo, lo anterior no significa que en el ejercicio de los mencionados poderes el patrono pueda atentar contra los derechos fundamentales, ni contra los derechos mínimos legales establecidos en el C.S.T., ni contra los derechos reconocidos a los trabajadores en el contrato de trabajo, en la convención o en los pactos colectivos de trabajo o en los laudos arbitrales, o acordados específicamente por las partes, o reconocidos unilateralmente por el empleador.

En consecuencia, el literal b) del artículo 23 del C.S.T. no puede entenderse como una norma aislada ni del ordenamiento jurídico superior, ni del conformado por los tratados y convenios humanos del trabajo, ni de las demás disposiciones pertenecientes al régimen legal contenido en el referido código que regulan las relaciones individuales y colectivas del trabajo, de las cuales pueden derivarse derechos para el trabajador que deben ser respetados por el empleador. Por consiguiente, sin perjuicio del respeto de los derechos mínimos mencionados, cuando el empleador ejercite los poderes propios de la subordinación laboral esta obligado a acatar los derechos de los trabajadores que se encuentran reconocidos tanto en la Constitución, como en las demás fuentes formales del derecho del trabajo”.

La fijación de estos límites al poder subordinante puede ser considerada como uno de los avances mas significativos del derecho laboral en los últimos tiempos, en la medida en que los mismos se encuadran en el respeto a los derechos fundamentales del trabajador y, dentro de ellos, a la dignidad como principio rector de la prestación subordinada de servicios.

La subordinación se encuentra sometida a reglas que limitan el poder del empleador. Constitucionalmente se han fijado los siguientes criterios orientadores de estos límites:

“A juicio de la Corte, la subordinación laboral que gobierna el contrato de trabajo se encuentra sometida, desde el punto de vista constitucional, a las siguientes reglas:

Los poderes del empleador para exigir la subordinación del trabajador, tienen como límite obligado el respeto por la dignidad del trabajador y por sus derechos fundamentales. Estos, por consiguiente, constituyen esferas de protección que no pueden verse afectadas

en forma alguna por la acción de aquél, porque como lo anotó la Corte en la sentencia SU-342/95, los empleadores se encuentran sometidos a la Constitución, sumisión que ‘...no solo se origina y fundamenta en los arts. 1, 4, inciso 2 y 95 de la Constitución, en cuanto los obligan a acatarla y le imponen como deberes respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, obrar conforme al principio de solidaridad social, defender los derechos humanos y propender al logro y mantenimiento de la paz, lo cual se logra con el establecimiento de relaciones laborales justas en todo sentido sino en el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores...’

Igualmente dichos poderes, se encuentran limitados por las normas contenidas en los convenios y tratados internacionales relativos a los derechos humanos en materia laboral, de conformidad con los arts. 53, inciso 4, 93 y 94 de la Constitución, que prevalecen en el orden interno e integran, como lo observó la Corte en la sentencia T-568/99, el bloque de constitucionalidad.

En las circunstancias anotadas, es evidente que los referidos poderes no son absolutos y tienen como límites: i) la Constitución; ii) los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos; iii) la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, los cuales ‘no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores’.”³⁰¹⁰

En síntesis, el ejercicio de la subordinación en materia laboral no puede afectar la dignidad humana del trabajador por cuanto esta facultad no autoriza al empleador para desconocer la dignidad del trabajador como persona.

2.5.3 La presunción de existencia del contrato de trabajo

Como corolario de los dos elementos anteriores y, sólo a manera de referencia, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo establece que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Es de todos sabido que en una presunción, de un hecho conocido se deduce uno desconocido. En este caso, el hecho conocido es la prestación personal de un servicio a partir del cual se concluye que el mismo es de naturaleza dependiente o subordinada. La Corte Suprema ha indicado “Esta presunción, como las demás de su stirpe, parten de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado. Este hecho es la relación de trabajo personal a que se refiere el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo que

³⁰¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-386 del 2 de abril de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

consiste *“en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado, dependiente y remunerado”*³¹¹¹.

En virtud de esta presunción, le basta al trabajador demostrar la prestación personal del servicio en un juicio para que de ello se deduzca que esa actividad es de carácter subordinado. Le corresponde entonces al empleador demostrar que el servicio prestado era de carácter autónomo para evitar que se apliquen las consecuencias laborales. En la práctica esta presunción conlleva una mayor actividad probatoria y deposita la carga de la prueba en el supuesto empleador.

En consecuencia se trata de una presunción legal desvirtuable, por lo cual la conducta procesal del supuesto empleador debe estar orientada a demostrar que el servicio no fue subordinado y, por ende, que no es posible considerar que el trabajador esté amparado por un contrato de trabajo.

La jurisprudencia ha indicado que esta presunción por su naturaleza legal, puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario al presumido, es decir, precisando que el servicio no se prestó bajo un régimen contractual laboral, pues quien lo ejecutó *“no lo hizo con el ánimo que fuera retribuido, o en cumplimiento de una obligación que le impusiera dependencia o subordinación, tal como lo expresó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de abril de 1970.*

En el mismo sentido, la Corte Constitucional³²¹² indicó que *“para desvirtuar la presunción el empleador debe acreditar que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente.”*

Esta presunción se convierte realmente en una ventaja probatoria para el trabajador, pero no tiene la virtud de definir por sí misma una controversia, en criterio de la Corte Suprema *“su virtud consiste en relevar al trabajador de toda otra actividad probatoria, en torno a la existencia del vínculo contractual; pero si la única que está obligado a desplegar conlleva la negación de la subordinación, mal puede lograrse el reconocimiento de un contrato de trabajo. Todavía mas: si la presunción resulta desvirtuada por cualquier otra probanza, así provenga ella del propio trabajador, el resultado desestimatorio será el mismo, pues una cosa es la ventaja probatoria que implica la presunción legal y otra muy distinta la definición de la litis por el mérito de las pruebas”* (Sentencia 9 de abril de 1965. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral).

31¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-386 del 2 de abril de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

32¹² Corte Constitucional. Sentencia C-665 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara.

El anterior criterio ha sido ratificado por la misma Corporación y es así como en sentencia del 6 de junio de 1978, M.P. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, la Sala Laboral de la Corte manifestó que el hecho de que la presunción se edifique sobre la base de la existencia de un servicio personal no significa que donde quiera que este se presente hay un contrato de trabajo, ya que si junto con la prueba de aquel hecho surge que los servicios se prestaron de forma independiente y no subordinada, la declaración que corresponde es precisamente la contraria. Para la Corporación *“si para hacer aquella calificación fuera suficiente la simple demostración de un servicio personal, sin atender a las demás circunstancias que aparezcan probadas, habría que concluir que toda actividad humana en beneficio de otra persona estaría siempre regida por un contrato de trabajo, lo cual sería inadmisibles por implicar el desconocimiento de la naturaleza de otros vínculos contractuales y de los ordenamientos legales que los regulan”*.

2.5.4 El Salario

Tan solo a manera de referencia pues no es el tema principal de este estudio, es preciso recordar que el salario es propiamente el tercer elemento del contrato de trabajo y que tiene como finalidad retribuir el servicio subordinado prestado a favor del empleador. La Ley es clara al establecer que ante la presencia de la actividad personal y la subordinación, se entiende que dicho servicio debe ser remunerado y establece pautas para determinarlo en aquellos casos en los que las partes no se han puesto de acuerdo sobre el particular, ya que no se concibe en nuestro ordenamiento un contrato de trabajo gratuito.³³

2.6 CONCURRENCIA Y COEXISTENCIA DE CONTRATOS

El artículo 25 y el artículo 26 del C.S.T. hablan, el primero, de dos hipótesis cuando hay mas de un contrato de trabajo y cuando el contrato de trabajo subsiste con otro que no es de trabajo, por ejemplo, cuando el trabajador es socio de la sociedad donde labora.

Y el artículo 26 se expresa así, *“un mismo trabajador puede celebrar contratos con dos o mas patronos, salvo que se haya pactado la exclusividad de servicios a favor de uno solo”*. La coexistencia de contratos implica la coexistencia de prestaciones sociales e implica también la coexistencia de aportes a la seguridad social y parafiscales.

33Op. Cit. p. 21 y s.s, de quien es la obra?? Colocarla donde van los suspensivos

2.7 UTILIDADES Y PÉRDIDAS

El artículo 28 del C.S.T. expresa que *“El trabajador puede participar en las utilidades o beneficios de su patrono pero nunca asumir los riesgos de las perdidas”*. esta norma concuerda con el artículo 57 de la Constitución Política cuando señala:

“La ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas”.

La ley 789 de 2002 en su artículo 44 habla de los estímulos para el proceso de capitalización.

2. 8 CAPACIDAD PARA CONTRATAR

El capítulo segundo del C.S.T. que se inicia en el artículo 29, habla de la capacidad para celebrar el contrato de trabajo de todas las personas que hayan cumplido los 18 años.

En el numeral 2.4.1 de este módulo ya se había hecho una referencia más extensa al tema de la capacidad.

2.9 MODALIDADES DEL CONTRATO.

2.9.1 Forma: verbal o escrito

El artículo 37 del C.S.T. se refiere a (habla de) que el contrato de trabajo puede ser verbal o escrito y para su validez no requiere forma especial, salvo disposición expresa en contrario.

2.9.2 Contratos que deben constar por escrito

El contrato de trabajo **debe ser escrito, cuando en él deben constar los siguientes elementos:**

1) El periodo de prueba, contemplado en el **artículo 76 del C.S.T.** La definición y los efectos jurídicos de este periodo de prueba están contenidos en este artículo mencionado antes y en el artículo 80 de la misma codificación.

2) **El salario integral**, contemplado en el artículo 132 del C.S.T. que se denomina “Formas y Libertad de Estipulación” subrogado por la ley 50 de 1990 artículo 18; además, la ley 789 de 2002 en el artículo 49 dispone las bases para el cálculo de los aportes parafiscales del salario integral.

Este salario integral está reglamentado también por el Decreto Reglamentario 1174 de 1991.

3) Los **pagos** que por acuerdo entre las partes **no constituyen salario** dentro de lo permitido por la ley. (ver artículo 127 subrogado por la ley 50 de 1990 artículo 14 al que nos referiremos en capítulos posteriores)

4) **El contrato a término fijo**, sus prorrogas y el preaviso (al cual nos referiremos después)

5) El **contrato celebrado con extranjeros** no residentes en el país. (ver los artículos 74 del C.S.T. inciso 2º y 100 de la Constitución Política).

6) **Enganches de trabajadores para el exterior** (ver artículo 72 y 73 del C.S.T., el segundo artículo modificado por la ley 962 de 2005, artículo 53)

2.9.3 Contratos en el tiempo

2.9.3.1 contrato a término indefinido

El contrato de trabajo se pacta “...por lo común, en estas condiciones. Es decir, no se fija en forma anticipada la fecha de su terminación ni esta se deduce de la naturaleza de la obra o labor que se va a ejecutar. Celebrado así, el contrato tendrá vigencia mientras subsistan las causas que lo han originado y la materia del trabajo”³⁴

Esta reglamentado por el artículo 47 del C.S.T. subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965, artículo 5º que dice:

ARTICULO 47. DURACIÓN INDEFINIDA. 1o) El contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido.

³⁴ CAMPOS, Rivera Domingo. Ob. Cit. p. 121

2o) El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen, y la materia del trabajo. Con todo, el trabajador podrá darlo por terminado mediante aviso escrito con antelación no inferior a treinta (30) días, para que el patrono lo reemplace. En caso de no dar aviso oportunamente o de cumplirlo solo parcialmente, se aplicará lo dispuesto en el artículo 8o., numeral 7o., para todo el tiempo, o para el lapso dejado de cumplir.

Mario de la Cueva habla de la concepción de la estabilidad en el empleo cuando dice:

*“...fluye de la naturaleza de la relación de trabajo [...] como una situación jurídica objetiva que se crea entre el trabajador y el patrono por el simple hecho de la prestación del trabajo, y cuya persistencia, desde la superación del contractualismo, ya no depende de la voluntad del empresario sino de la existencia de la actividad de la empresa, concebida como una unidad económica de producción y distribución de bienes y servicios”*³⁵

En este momento, de hecho la estabilidad en el empleo se ha suprimido en Colombia al ser remplazado el contrato a término indefinido **por el trabajo en misión de las empresas de servicios temporales y las cooperativas de trabajo asociado** que a juicio del autor no redundan en beneficio de la clase trabajadora y tampoco de las empresas porque sus trabajadores, ante la falta de estabilidad no tienen respecto a ellas ningún apego, ni menos aún sentido de pertenencia.

Ver sobre ese tema el modulo de Derecho Individual del Trabajo ya citado escrito por María Lucia Barrera y Claudia Wilchez, paginas 39 y subsiguientes.

2.9.3.2 .Contrato a término fijo

El artículo 46 del C.S.T. subrogado por la ley 50 de 1990, artículo 3º, habla de los contratos a termino fijo cuando dice:

ARTICULO 46. CONTRATO A TÉRMINO FIJO. <Artículo subrogado por el artículo 3o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.

1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una

³⁵ DE LA CUEVA, Mario. Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. 1ra Edición. 1972. p. 217. Citado por Régimen Laboral Colombiano. Numero 0914 p. 316.

antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.

PARAGRAFO. En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea.

De ese artículo se desprenden a juicio de este autor varios temas:

- Como ya se dijo, debe constar siempre por escrito.
- Su duración no puede ser superior a tres años pero es renovable indefinidamente.
- Si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado no se da el preaviso, este se renueva por el término inicialmente pactado.
- Si el término es inferior a un año deberá prorrogarse hasta por tres periodos iguales o inferiores al cabo de los cuales la renovación no podrá ser inferior a un año.
- En los contratos a término fijo inferiores a un año el trabajador tendrá derecho a las vacaciones y a la prima de servicios.

En la sentencia C-016 de 1998 la Corte Constitucional señaló la constitucionalidad de los contratos a término fijo. Se trae a continuación la parte pertinente:

*La renovación sucesiva del contrato a término fijo, no riñe con los mandatos de la Constitución, ella **permite la realización del principio de estabilidad laboral**, pues siempre que al momento de la expiración del plazo inicialmente pactado, subsistan la materia de trabajo y las causas que lo originaron y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación.*

*El **principio de estabilidad** trasciende la simple expectativa de permanecer indefinidamente en un puesto de trabajo; su realización depende, como lo ha señalado la Corte, de la certeza que éste pueda tener de que conservará el empleo siempre que su desempeño sea satisfactorio y subsista la materia de trabajo, no teniendo que estar*

supeditado a variables diferentes, las cuales darían lugar a un despido injustificado, que como tal acarrea consecuencias para el empleador y el empleado.

Ello no quiere decir, que por el solo hecho de la renovación cambie la naturaleza del contrato, esto es, que una vez renovado se convierta en contrato indefinido, ello dependerá del acuerdo de voluntades, las cuales en el marco de las disposiciones de ley que rijan la materia, podrán optar por la modalidad que más les convenga.

Tampoco se vulnera el principio de igualdad (art. 13 C.P.), pues no son iguales las hipótesis de quien ha sido contratado indefinidamente y de quien ha celebrado un contrato de trabajo por término previamente establecido. Así, pues, no se vislumbra discriminación alguna carente de justificación.

De ninguna manera se desestimula el trabajo (art. 25 C.P.), ya que la modalidad del contrato a término definido, en vez de conducir a las partes a abstenerse de contratar, permite que las relaciones laborales que no necesitan una mayor extensión de tiempo se formalicen.

Por lo dicho, esta Corporación declarará exequibles las normas del Código Sustantivo del Trabajo impugnadas por el actor” .³⁶

2.10 EJECUCION Y EFECTOS DEL CONTRATO

El artículo 55 del C.S.T. menciona:

ARTICULO 55. EJECUCION DE BUENA FE. *El contrato de trabajo, como todos los contratos, deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella.*

El artículo 83 de la Constitución ordena que toda actuación debe ceñirse a la buena fe. Reza el artículo:

ARTICULO 83. *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.*

³⁶ <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1998/Constitucionalidad/C-016-98.htm>

La buena fe supone una posición de honestidad y honradez en los actos e implica la plena conciencia de no engañar ni perjudicar a nadie, sin trampas ni abusos ni desvirtuaciones. Implica la obligación de fidelidad, de lealtad para el empleador y para el trabajador.

El artículo 56 del C.S.T. señala que *“de modo general incumbe al patrono la obligación de protección y seguridad para los trabajadores, y a estos la obligación de obediencia y fidelidad para con el empleador”*. Y el artículo 57 del mismo código, que copiamos a continuación, habla de las obligaciones especiales del empleador.

En los numerales siguientes se detallarán los derechos, obligaciones, prohibiciones y demás efectos que se desprenden de la ejecución del contrato de trabajo, tanto para empleadores como para los trabajadores.

2.10.1 Obligaciones especiales del empleador

Son las consignadas en **el artículo 57 del C.S.T.**

ARTICULO 57. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL EMPLEADOR. *Son obligaciones especiales del {empleador}:*

- 1. Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores.*
- 2. Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud.*
- 3. Prestar inmediatamente los primeros auxilios en caso de accidente o de enfermedad. A este efecto en todo establecimiento, taller o fábrica que ocupe habitualmente más de diez (10) trabajadores, deberá mantenerse lo necesario, según reglamentación de las autoridades sanitarias.*
- 4. Pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos.*
- 5. Guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, a sus creencias y sentimientos.*
- 6. Conceder al trabajador las licencias necesarias para el ejercicio del sufragio; para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación; en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada; para desempeñar comisiones sindicales*

inherentes a la organización o para asistir al entierro de sus compañeros, siempre que avise con la debida oportunidad al empleador o a su representante y que, en los dos (2) últimos casos, el número de los que se ausenten no sea tal que perjudique el funcionamiento de la empresa. En el reglamento de trabajo se señalarán las condiciones para las licencias antedichas. Salvo convención en contrario, el tiempo empleado en estas licencias puede descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, a opción del empleador.

7. Dar al trabajador que lo solicite, a la expiración de contrato, una certificación en que consten el tiempo de servicio, la índole de la labor y el salario devengado; e igualmente, si el trabajador lo solicita, hacerle practicar examen sanitario y darle certificación sobre el particular, si al ingreso o durante la permanencia en el trabajo hubiere sido sometido a examen médico. Se considera que el trabajador, por su culpa, elude, dificulta o dilata el examen, cuando transcurrido cinco (5) días a partir de su retiro no se presenta donde el médico respectivo para la práctica del examen, a pesar de haber recibido la orden correspondiente.

8. Pagar al trabajador los gastos razonables de venida y de regreso, si para prestar sus servicios lo hizo cambiar de residencia, salvo si la terminación del contrato se origina por culpa o voluntad del trabajador. Si el trabajador prefiere radicarse en otro lugar, el empleador le debe costear su traslado hasta la concurrencia de los gastos que demandaría su regreso al lugar donde residía anteriormente. En los gastos de traslado del trabajador, se entienden comprendidos los de los familiares que con el convivieren; y

9. Cumplir el reglamento y mantener el orden, la moralidad y el respeto a las leyes.

Sobre estos numerales se hacen las siguientes observaciones.

- Para facilitar al trabajador la realización de la labor: **el empleador debe suministrar al trabajador los elementos de trabajo que requiere** la labor encomendada y debe velar por que los locales donde se efectúa el trabajo cuenten con los elementos de seguridad industrial convenientes para el desarrollo de sus labores.
- Si el trabajador para realizar su labor, necesita cambiar de residencia, el empleador está obligado a **pagar los viajes de ida y regreso** de él y de su familia.
- El empleador esta en la obligación de **conceder al trabajador licencias** para ausentarse temporalmente del trabajo como son la calamidad domestica, las actividades sindicales, matrimonio o entierro de sus familiares o de los

compañeros de trabajo, el ejercicio del sufragio y el desempeño de funciones públicas obligatorias de forzosa aceptación.

- Auxiliar al trabajador en caso de accidentes o enfermedades. En el Reglamento de Higiene y Seguridad se deben contemplar estas hipótesis y además es imposible terminar el contrato de trabajo con un trabajador que este incapacitado, según jurisprudencias de la Corte Constitucional.
- Respecto a la persona del trabajador, debe respetar sus creencias religiosas, políticas, los sentimientos y todo lo contemplado en los artículos 13 y subsiguientes de la Constitución Política.
- Como el derecho al trabajo es un derecho fundamental, el expedir certificaciones al trabajador al finalizar el contrato de trabajo se puede pedir en caso de incumplimiento con el derecho de petición y con el derecho de tutela porque se podrían empañar la imagen del trabajador y restringir su posibilidad de encontrar otro trabajo.
- Está contemplado en la norma antes transcrita que se le debe practicar examen médico de egreso cuando al trabajador se le haya practicado examen médico de ingreso, según el artículo 65 del C.S.T. numeral 3º pero este fue sustituido por la ley 789 de 2002.

El artículo 58 del C.S.T. reza sobre las obligaciones especiales del trabajador:

2.10.2 Obligaciones especiales del trabajador

ARTICULO 58. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR.

1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

2a. No comunicar con terceros, salvo la autorización expresa, las informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios al empleador, lo que no obsta para denunciar delitos comunes o violaciones del contrato o de las normas legales del trabajo ante las autoridades competentes.

3a. Conservar y restituir en buen estado, salvo el deterioro natural, los instrumentos y útiles que le hayan sido facilitados y las materias primas sobrantes.

4a. Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros.

5a. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios.

6a. Prestar la colaboración posible en casos de siniestro o de riesgo inminente que afecten o amenacen las personas o cosas de la empresa o establecimiento.

7a. Observar las medidas preventivas higiénicas prescritas por el medico del patrono o por las autoridades del ramo.

8a. Observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes o de enfermedades profesionales.

Sobre este artículo conviene hacer los siguientes comentarios:

En los Códigos Sustantivos del Trabajo que se pueden consultar a través de Internet, no aparece el numeral 7º de este artículo, como si aparece en el Régimen Laboral Colombiano, Pág. 330.

Es posible que la desaparición de este numeral haya sido efectuada porque o bien está en el reglamento de higiene y seguridad o porque todos los trabajadores tienen el derecho y la obligación de estar inscritos en el riesgo de salud en el régimen de seguridad social, pero en ninguno de los textos consultados virtualmente o por escrito aparece la derogatoria de esta norma.

El artículo 59 del C.S.T. reza lo siguiente, y lo comentaremos numeral por numeral.

2.10.3 Prohibiciones a los empleadores

2.10.3.1 En relación con el salario

ARTICULO 59. PROHIBICIONES A LOS EMPLEADORES. Se prohíbe a los empleadores:

1. Deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial, con excepción de los siguientes:

a). Respeto de salarios, pueden hacerse deducciones, retenciones o compensaciones en los casos autorizados por los artículos 113, 150, 151, 152, y 400.

b). Las cooperativas pueden ordenar retenciones hasta de un cincuenta por ciento (50%) de salarios y prestaciones, para cubrir sus créditos, en la forma y en los casos en que la ley las autorice.

c). En cuanto a pensiones de jubilación, los empleadores pueden retener el valor respectivo en los casos del artículo 274

- Del numeral 1º como ya se vio es obligación del empleador pagar la remuneración pactada en las condiciones, periodos y lugares convenidos (artículo 57 numeral 4º)

El artículo 149 del C.S.T. prohíbe los descuentos y dice así:

ARTICULO 149. DESCUENTOS PROHIBIDOS.

1. El {empleador} no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el {empleador}, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados, o pérdidas o averías de elementos de trabajo; avances o anticipos de salario; entrega de mercancías, provisión de alimentos, y precio de alojamiento.

2. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional, o la parte del salario declarada inembargable por la ley, o en cuanto el total de la deuda supere al monto del salario del trabajador en tres meses.

- En el literal a), habla de varios artículos que transcribimos a continuación:

ARTICULO 113. MULTAS. 1. Las multas que se prevean, sólo puede causarse por retrasos o faltas al trabajo sin excusa suficiente; no puede exceder de la quinta (5a) parte del salario de un (1) día, y su importe se consigna en cuenta especial para dedicarse exclusivamente a premios o regalos para los trabajadores del establecimiento.

2. El empleador puede descontar las multas del valor de los salarios.

3. La imposición de una multa no impide que el {empleador} prescinda del pago del salario correspondiente al tiempo dejado de trabajar.

ARTICULO 150. DESCUENTOS PERMITIDOS. Son permitidos los descuentos y retenciones por conceptos de cuotas sindicales y de cooperativas y cajas de ahorro, autorizadas en forma legal; de cuotas con destino al seguro social obligatorio, y de sanciones disciplinarias impuestas de conformidad con el reglamento del trabajo debidamente aprobado.

ARTICULO 151. AUTORIZACION ESPECIAL. Los inspectores de trabajo pueden autorizar por escrito, a solicitud conjunta del {empleador} y del trabajador, y previa calificación de cada caso, préstamos, anticipos, deducciones, retenciones, o compensaciones del salario, aunque haya de afectarse el salario mínimo o la parte inembargable, o aunque el total de la deuda supere al monto del salario en tres (3) meses. En las mismas providencias en que autorice la operación, el funcionario debe fijar la cuota que puede ser objeto de deducción o compensación por parte del {empleador}, y el plazo para la amortización gradual de la deuda.

ARTICULO 152. PRESTAMOS PARA VIVIENDAS. En los convenios sobre financiación de viviendas para trabajadores puede estipularse que el {empleador} prestamista queda autorizado para retener del salario de sus trabajadores deudores las cuotas que acuerden o que se prevéan en los planos respectivos, como abono a intereses y capital, de las deudas contraídas para la adquisición de casa.

ARTICULO 400. RETENCION DE CUOTAS SINDICALES. . <Artículo subrogado por el artículo23 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Toda asociación sindical de trabajadores tiene derecho a solicitar el voto de las dos terceras (2/3) partes de sus miembros, que los (empleadores) respectivos deduzcan de los salarios de los trabajadores afiliados y pongan a la disposición del sindicato, el valor de las cuotas ordinarias o extraordinarias con que aquellos deben contribuir. La retención de las cuotas extraordinarias requiere copia autenticada del acta de la asamblea sindical en que fueron aprobadas. Para la retención de las cuotas ordinarias bastará que el secretario

y el fiscal del sindicato comuniquen certificadamente al (empleador) su valor y la nómina de sus afiliados.

2. Cesará la retención de cuotas sindicales a un trabajador a partir del momento en que aquél, o el sindicato, comunique por escrito al {empleador} el hecho de la renuncia o expulsión; quedando a salvo el derecho del sindicato en caso de información falsa del trabajador.

3. <Numeral modificado por el artículo 11 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Previa comunicación escrita y firmada por el presidente, el fiscal y el tesorero de la federación, confederación o central sindical, el empleador deberá retener y entregar las cuotas federales y confederaedass que el sindicato esté obligado a pagar a esos organismos de segundo y tercer grado a los cuales está afiliado. Para tal efecto se deberán adjuntar los estatutos y constancia de afiliación del sindicato emitida por la respectiva federación, confederación o central sindical.

El texto subrayado fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-797 del año 2000 proferida por la Corte Constitucional.³⁷

- En el literal b), se habla de descuentos a las cooperativas, cosa que ratifica el artículo 150 del C.S.T. ya transcrito.

En la ley 920 de 2004, artículo 4º, se autoriza la retención de salarios y pensiones para cubrir las deudas adquiridas con la caja de compensación familiar, con cooperativas y con libranzas.

2.10.3.2 En relación con otras actividades

- El literal c), fue declarado inexecutable mediante sentencia C-247 de 2001³⁸

2. Obligar en cualquier forma a los trabajadores a comprar mercancías o víveres en almacenes o proveedurías que establezca el {empleador}.

³⁷<http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/2000/Constitucionalidad/C-797-00.htm>

³⁸<http://209.85.207.104/search?q=cache:rrnOy9AsAGgJ:web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/2001/Constitucionalidad/C-247-01.htm+C-247+de+2001&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=co>

3. *Exigir o aceptar dinero del trabajador como gratificación para que se le admita en el trabajo o por otro motivo cualquiera que se refiera a las condiciones de éste.*
4. *Limitar o presionar en cualquier forma a los trabajadores en el ejercicio de su derecho de asociación.*
5. *Imponer a los trabajadores obligaciones de carácter religioso o político, o dificultarles o impedirles el ejercicio del derecho del sufragio.*
6. *Hacer, autorizar, o tolerar propaganda política en los sitios de trabajo.*
7. *Hacer o permitir todo género de rifas, colectas o suscripciones en los mismos sitios.*
8. *Emplear en las certificaciones de que trata el ordinal 7o. del artículo 57 signos convencionales que tiendan a perjudicar a los interesados, o adoptar el sistema de “lista negra”, cualquiera que sea la modalidad que utilicen, para que no se ocupe en otras empresas a los trabajadores que se separen o sean separados del servicio.*
9. *Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad.*

2.10.3.3 Prohibición de acoso laboral

La ley **1010 de 2006** estableció el acoso laboral y señaló las definiciones y modalidades, el maltrato, la persecución, la discriminación, el entorpecimiento, la inequidad y la desprotección laboral. Señalo las conductas atenuantes, las circunstancias agravantes, la graduación, los sujetos y ámbito de aplicación de la ley, conductas que constituyen el acoso laboral, conductas que no constituyen acoso laboral, las medidas preventivas y correctivas, el tratamiento sancionatorio al acoso laboral, las garantías contra actitudes retaliatorias, la competencia, los procedimientos sancionatorios, la temeridad en las quejas de acoso laboral, el llamamiento en garantía, la suspensión de la evaluación y calificación del desempeño laboral, los sujetos procesales y la caducidad.³⁹

2.10.4 prohibiciones a los trabajadores

Al respecto el artículo 60 del C.S.T. señala:

39 www.secretariassenado.gov.co/leyes/L1010006.HTM

ARTICULO 60. PROHIBICIONES A LOS TRABAJADORES. Se prohíbe a los trabajadores:

- 1. Sustraer de la fábrica, taller o establecimiento, los útiles de trabajo y las materias primas o productos elaborados. Sin permiso del {empleador}.*
- 2. Presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes.*
- 3. Conservar armas de cualquier clase en el sitio del trabajo, a excepción de las que con autorización legal puedan llevar los celadores (D.2478/48).*
- 4. Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del empleador, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar del trabajo.*
- 5. Disminuir intencionalmente el ritmo de ejecución del trabajo, suspender labores, promover suspensiones intempestivas del trabajo o excitar a su declaración o mantenimiento, sea que participe o nó en ellas.*
- 6. Hacer colectas, rifas y suscripciones o cualquier clase de propaganda en los lugares de trabajo.*
- 7. Coartar la libertad para trabajar o no trabajar, o para afiliarse o nó a un sindicato o permanecer en él o retirarse.*
- 8. Usar los útiles o herramientas suministradas por el {empleador} en objetos distintos del trabajo contratado.*

El Decreto 2486 de 1973, reglamentó el numeral 5º del artículo anteriormente transcrito e impone sanciones por la disminución en el ritmo de trabajo.⁴⁰

2.11 TERMINACION DEL CONTRATO

La terminación del contrato de trabajo se da, según el artículo 5º de la ley 50 de 1990, que subroga el 61 del C.S.T. por las siguientes causales:

⁴⁰ http://www.dafp.gov.co/leyes/D2486_73.HTM

2.11.1 Por las causales del artículo 61 del C.S.T

ARTICULO 61. TERMINACION DEL CONTRATO

1. El contrato de trabajo termina:

- a) Por muerte del trabajador;
- b) Por mutuo consentimiento;
- c) Por expiración del plazo fijo pactado;
- d) Por terminación de la obra o labor contratada;
- e) Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento;
- f) Por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días;
- g) Por sentencia ejecutoriada;
- h) Por decisión unilateral en los casos de los artículos 7o., del Decreto Ley 2351/65, y 6o. de esta Ley, e
- i). Por no regresar el trabajador a su empleo, al desaparecer las causas de la suspensión del contrato.

2. En los casos contemplados en los literales e) y f) de este artículo, el empleador deberá solicitar el correspondiente permiso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social e informar por escrito a sus trabajadores de este hecho. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social resolverá lo relacionado con el permiso en un plazo de dos (2) meses. El cumplimiento injustificado de este término hará incurrir al funcionario responsable en causal de mala conducta sancionable con arreglo al régimen disciplinario vigente.

Este artículo merece los siguientes comentarios:

- En el literal b), se habla de mutuo consentimiento que en términos prácticos es la renuncia del trabajador.

En la legislación anterior para presentar la renuncia el trabajador debería dar al empleador el preaviso de treinta días (30) que estaba contemplado en la ley, hoy de acuerdo a la ley 789 de 2002, este preaviso se suprimió. Según algunos doctrinantes, para otros el preaviso sigue existiendo.

“Además, la ley 789 elimina para los contratos a término indefinido el ‘preaviso’ de treinta días que debía dar el trabajador al patrono en caso de la renuncia intempestiva y la posibilidad de descuento de las prestaciones [...]. Por tanto, si el empleado se retira intempestivamente no se le puede retener ni descontar, por este hecho, suma alguna de salario”⁴¹

La expedición del plazo fijo pactado fue comentada cuando se hablo del artículo 46 del C.S.T. en los contratos a término fijo. Igual comentario se hace con la terminación del contrato por la expiración de la obra o labor contratada, pero a este evento debemos decir que el plazo es determinable porque se puede prever la duración de la obra.

- Suspensión de las actividades patronales por mas de 120 días, es causal de suspensión del contrato hasta por 120 días por la muerte del empleador o la inhabilitación y puede traer como consecuencia necesaria y directa la suspensión del trabajo por mas de 120 días, con lo cual el contrato termina por ministerio de la ley.
- Cuando ocurre esta causal es indispensable, para que opere la terminación legal, que se notifique a los trabajadores, con anticipación no inferior a un mes, la fecha precisa de la suspensión o que se paguen los salarios correspondientes a ese periodo.

Otra causal es la liquidación definitiva o clausura de la empresa que ocasionará la terminación de los contratos. Cuando la empresa que fuere a liquidarse definitivamente, es una empresa de servicio publico y no dependa ni directa ni indirectamente del Estado, es indispensable obtener un permiso gubernamental dirigido a tomar medidas que permitan garantizar la continuidad de este servicio, según el articulo 464 del C.S.T.

Cuando las empresas no son de servicio publico, según el articulo 66 de la ley 50 de 1990, también deben pedir permiso al Ministerio de Protección Social.

41 ARENAS. CERÓN. HERRERA. *Comentarios a las Reformas Laboral y de Seguridad Social*. Legis Editores. Bogotá, 2003 p. 21

El Decreto 2351 de 1965 prohíbe los despidos colectivos cuando no tengan autorización del Ministerio de Protección Social y el Decreto 1469 de 1968 estableció el trámite para efectuar despidos colectivos.

- **Por sentencia ejecutoriada.** Habrá sentencia ejecutoriada cuando la sentencia en el proceso de despido por fuero sindical sea favorable al demandante. También es sentencia ejecutoriada el Acto Administrativo que profiere el Ministerio de Protección Social cuando se comprueba la justa para despedir a una mujer embarazada. Es además fallo ejecutoriado cuando se pide permiso para despedir a un trabajador que cometió acoso laboral. También esta dentro de esa causal el Acto Administrativo del Ministerio de Protección Social cuando autoriza el despido colectivo de algunos trabajadores.
- **Por decisión unilateral** en los casos del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y 6º de esta ley.

Los artículos inicialmente concebidos fueron los artículos 62 y 63 del Código. Después fueron reformados por el Decreto ley 2351 de 1965 y ahora se conciben el artículo 7º del Decreto ley 2351 de 1965 y el artículo 6º de la ley 50 de 1990.

Ese texto fue declarado exequible condicionalmente en términos de la sentencia C-1507 del año 2000.⁴²

2.11.2 Terminación del contrato de trabajo con justa causa

El artículo 62 del C.S.T., subrogado por el Decreto 2351 de 1965 artículo 7º dice así:

ARTICULO 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

A) Por parte del empleador

1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.

⁴² <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/2000/Constitucionalidad/C-1507-00.htm>

2. Todo acto de violencia, injuria, 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.

3. Todo acto grave de violencia, injuria o 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 o celadores.

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.

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

6. Cualquier 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.

7. La detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho (8) días, o aun por tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato.

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

9. 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 empleador.

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

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

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

13. *La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.*

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

15. *La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al empleador de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.*

En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días.

B). Por parte del trabajador:

1. *El haber sufrido engaño por parte del {empleador}, respecto de las condiciones de trabajo.*

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 la tolerancia de éste.*

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

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

5. *Todo perjuicio causado maliciosamente por el empleador al trabajador en la prestación del servicio.*

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

7. *La exigencia del empleado}, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató, y*

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 grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.*

PARAGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

- **Con respecto a las justas causas establecidas para que el empleador pueda terminar el contrato de trabajo**, la Corte Constitucional, en sentencias C-299 y C-594 de 1998, reafirmó el criterio de la Corte Suprema de Justicia y ordeno que el trabajador tenía la posibilidad de ejercer el derecho de defensa.⁴³

- Aparte subrayado, correspondiente al Numeral 14 del Código Sustantivo del Trabajo, declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1443-00, condiciona la Corte: "... que el empleador cuando el trabajador haya cumplido los requisitos para obtener su pensión, no puede dar por terminado el contrato de trabajo, en forma unilateral, por justa causa, si previamente al reconocimiento de la pensión de jubilación, omitió consultar al trabajador si deseaba hacer uso de la facultad prevista en el artículo 33, parágrafo 3, de la Ley 100 de 1993. Bajo cualquier otra interpretación, se declara INEXEQUIBLE.

Para la interpretación de este numeral por lo expuesto por la Corte Constitucional, en la Tutela T-062-07 de 1 de febrero de 2007, en la cual establece:

"En conclusión, como se deduce del análisis de las disposiciones precedentes, la facultad de acudir a esta causal para dar por terminada la relación laboral en cabeza del empleador se encuentra condicionada a que el trabajador sufra una incapacidad que suponga una pérdida superior al 50% de su capacidad de trabajo, en cuyo caso el trabajador tiene derecho a recibir del Sistema de riesgos profesionales una pensión de invalidez. Así pues, en las hipótesis en que ocurra una recuperación parcial superior al 50% de la capacidad laboral o total de la salud del empleado el empleador tiene la obligación de reintegrar al trabajador."⁴⁴

⁴³ Ambas sentencias se pueden consultar en www.secretariassenado.gov.co

⁴⁴ www.fenalcoatlantico.com.co/portal/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid

“La ley establece causales o motivos que se estiman justos y suficientes para que cualquiera de las partes, patrono o trabajador, terminen unilateralmente el contrato de trabajo imputando a la otra el respectivo motivo, el cual, tendrá la naturaleza de una violación de la ley o del contrato.

La parte que termine el contrato debe expresar a la otra la causa o motivo de la terminación y no pueden posteriormente alegar razones diferentes validamente. De hay que resulte de mayor importancia contar con las pruebas adecuadas de la violación en que ha incurrido la parte contraria, puesto que quien invoca la causal debe probarla si la cancelación es impugnada como injusta ante las autoridades judiciales”⁴⁵

Ya hemos mencionado que la jurisprudencia C-299 estableció la defensa del trabajador cuando se determine una justa causa en la que el esta comprometido.

El Decreto 1373 de 1966 establece como requisito un procedimiento en caso de deficiente rendimiento.

En cuanto al numeral 14, la jurisprudencia ha establecido que cuando la pensión la otorga un ente encargado de concederla, la resolución debe estar debidamente ejecutoriada. No se puede despedir antes de la ejecutoria porque el despido seria injusto.

Se debe recordar que la causal contemplada en los numerales 9º al último por parte del empleador se debe dar preaviso con quince (15) días calendario para que el despido sea justo.

2.12 TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA

El artículo 64 del C.S.T. fue modificado por la ley 789 de 2002, artículo 28 que lo transcribimos a continuación:

ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA 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.

⁴⁵ REGIMEN LABORAL COLOMBIANO. Ediciones Legis. Bogotá. Envío 212R junio 2002, numeral 1057-2.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

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

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.

1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley, tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, se les aplicará la tabla de indemnización establecida en los literales b), c) y d) del artículo 6o. de la Ley 50 de 1990, exceptuando el parágrafo transitorio, el cual se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez (10) o más años el primero de enero de 1991.

Hacemos los siguientes comentarios transcribiendo la parte pertinente del libro escrito por Gerardo Arenas Monsalve, José Roberto Herrera Vergara y el autor de este modulo, así:

La expresión de este artículo de la Ley 789 en el sentido de que el anterior “quedará así”, significa que hay una regulación integral de las consecuencias de la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.

Se establecen cuantías diferenciales indemnizatorias para el evento de despido injustificado de trabajadores con contratos de trabajo a término indefinido en función del monto del salario, estableciendo una escala que difiere según el trabajador devengue 10 o más salarios mínimos o menos de esa cifra, dentro de la filosofía de que a mayor salario menos base indemnizatoria. Resulta extraño este criterio que puede encontrar dificultades en un test de igualdad constitucional, lo que podría aparejar la unificación en la cuantía más favorable de la norma nueva.

Quienes al momento de la vigencia de la ley tengan más de 10 años de antigüedad, pueden seguir cobijados por la tabla contenida en el artículo 6° de la ley 50 de 1990. A continuación se presenta un cuadro que resume lo explicado:

INDEMNIZACIÓN A	
a. Trabajadores que devenguen menos de 10 salarios mínimos	1. Hasta un año de servicio = indemnización de 30 días de trabajo.
	2. Más de un año de servicio indemnización 30 días de salario por el primer año y 20
b. Trabajadores con	1. Hasta un año de servicio = 20 días de
	2. Más de un año = indemnización 20 días de salario por el primer año y 15 adicionales por
c. Vigencia	Trabajadores con más de 10 años de antigüedad a la vigencia de la ley, se rigen

También se incluye un cuadro que contiene tablas indemnizatorias en un supuesto hipotético de un trabajador con un salario promedio en el último año de servicios de un millón de pesos (\$1.000.000) y otro de cuatro millones de pesos (\$4.000.000).

Este cuadro muestra el desfase considerable entre el monto de una indemnización en el régimen anterior y en el nuevo

Ver Gráfico 2

Además, la ley 789 elimina para los contratos a término indefinido el “preaviso” de 30 días que debía dar el trabajador al patrono en caso de renuncia intempestiva y la posibilidad de descuento de las prestaciones, para efectos del depósito judicial patronal hasta que la justicia decidiera. Por tanto, si el empleado se retira intempestivamente, no se le puede retener ni descontar por ese hecho suma alguna de su salario.

El precepto anterior era defectuoso porque en la práctica propiciaba un litigio innecesario, ya que el trabajador en muchos casos no estaba interesado en el pago de esos treinta días y los dineros correspondientes se mantenían congelados en título de depósito judicial en juzgados laborales durante tres años, y aun por más tiempo porque transcurrido dicho lapso algunas empresas no solicitaban el reembolso.

Es entendido que el preaviso de treinta días que se requiere para evitar la prórroga automática del contrato a término fijo sigue rigiendo para ambas partes.

Se suprime la previsión de que si las partes reanudaban el vínculo no había lugar a indemnizaciones, lo cual era razonable, conveniente y facilitaba conciliaciones.

La alusión que hace del parágrafo transitorio a los trabajadores que al momento de entrar en vigencia “la presente ley”, debe entenderse referida a la fecha de vigencia de la ley 50 de 1990, es decir 1º de enero de 1991.

Además, al respecto surgen dudas en caso de que el trabajador con más de 10 años de servicios en dicha fecha, se hubiere acogido o se acoja al régimen indemnizatorio en vez del reintegro, pues es incierto si el nuevo sistema indemnizatorio que lo cobija es el de los cuarenta días adicionales de salario por cada año posterior al primero, como lo prescribía en tal hipótesis el artículo

Gráfico 2

AÑOS DE SERVICIO	INDEMNIZACION ANTES DE LA REFORMA EN DIAS DE SALARIO		INDEMNIZACION DESPUES DE LA REFORMA EN DIAS DE SALARIO		MONTO DE LA INDEMNIZACION			
		TRABAJO CON SALARIO	TRABAJO CON SALARIO	ANTES DE LA REFORMA		DESPUES DE LA REFORMA		
				TRABAJADOR CON SALARIO DE \$1.000.000.	TRABAJADOR CON SALARIO DE \$4.000.000	TRABAJADOR CON SALARIO INFERIOR A 10 SMLMV (1.000.000 DE PESOS PARA EL EJEMPLO)	TRABAJADOR CON SALARIO SUPERIOR A 10 SMLMV (4.000.000 PARA EL EJEMPLO)	
1	45	30	20	\$ 1.500.000,00	\$ 6.000.000	\$ 1.000.000,00	\$ 2.666.666,70	
2	60	50	35	\$ 2.000.000,00	\$ 8.000.000	\$ 1.666.666,70	\$ 4.666.666,70	
3	75	70	50	\$ 2.500.000,00	\$ 10.000.000	\$ 2.333.333,30	\$ 6.666.666,70	
4	90	90	65	\$ 3.000.000,00	\$ 12.000.000	\$ 3.000.000,00	\$ 8.666.666,70	
5	125	110	80	\$ 4.166.666,70	\$ 16.667.666.67	\$ 3.666.666,70	\$ 10.666.666,70	
6	145	130	95	\$ 4.833.333,30	\$ 19.333.333.33	\$ 4.333.333,30	\$ 12.666.666,70	
7	165	150	110	\$ 5.500.000,00	\$ 22.000.000	\$ 5.000.000,00	\$ 14.666.666,70	
8	185	170	125	\$ 6.166.666,70	\$ 24.666.666.67	\$ 5.666.666,70	\$ 16.666.666,70	
9	205	190	140	\$ 6.833.333,30	\$ 27.333.333.33	\$ 6.333.333,30	\$ 18.666.666,70	
10	405	210	155	\$ 13.500.000,00	\$ 54.000.000	\$ 7.000.000,00	\$ 20.666.666,70	
11	445	230	170	\$ 14.833.333,30	\$ 59.333.333.33	\$ 7.666.666,70	\$ 22.666.666,70	
12	485	250	185	\$ 16.166.666,70	\$ 64.666.666.67	\$ 8.333.333,30	\$ 24.666.666,70	
13	525	270	200	\$ 17.500.000,00	\$ 70.000.000	\$ 9.000.000,00	\$ 26.666.666,70	
14	565	290	215	\$ 18.833.333,30	\$ 75.333.333.33	\$ 9.666.666,70	\$ 28.666.666,70	
15	605	310	230	\$ 20.166.666,70	\$ 80.666.666.67	\$ 10.333.333,30	\$ 30.666.666,70	
16	645	330	245	\$ 21.500.000,00	\$ 86.000.000	\$ 11.000.000,00	\$ 32.666.666,70	
17	685	350	260	\$ 22.833.333,30	\$ 91.333.333.33	\$ 11.666.666,70	\$ 34.666.666,70	
18	725	370	275	\$ 24.166.666,70	\$ 96.666.666.67	\$ 12.333.333,30	\$ 36.666.666,70	
19	765	390	290	\$ 25.500.000,00	\$ 102.000.000	\$ 13.000.000,00	\$ 38.666.666,70	
20	805	410	305	\$ 26.833.333,30	\$ 107.333.333.33	\$ 13.666.666,70	\$ 40.666.666,70	

6° de la ley 50 de 1990, o el de veinte días, que podría surgir de la aplicación del nuevo precepto contenido en la ley 789. Si la duda se presentare en el juzgador, habría que inferir que procede la aplicación del principio de la favorabilidad, con mayor razón si se tiene en cuenta que la nueva norma se remite al artículo 6° de la ley 50, en vez de hacerlo respecto del 28 de la propia ley 789, que era lo apropiado si se quería reducir el monto de las indemnizaciones en esta especialísima hipótesis.

Sobre el mismo aspecto conviene agregar la impropiedad del texto aprobado por el congreso al remitirse a la “indemnización establecida en los literales b), c) y d) del artículo 6° de la ley 50 de 1990”, porque el único pertinente es éste último que se refiere a los trabajadores con más de 10 años, dado que los literales b) y c) aluden a los empleados con una antigüedad inferior a ese lapso, la cual sería irrelevante para los fines del párrafo.

Los demás aspectos de la norma anterior reproducidos por ésta, se mantienen incólumes.⁴⁶

Como el párrafo transitorio de la ley 789 de 2002, antes transcrito, establece que a los trabajadores que en el momento de entrar en vigencia la presente ley tuvieran mas de 10 años de servicio continuo al empleador, se le aplicara la indemnización establecida en los literales b), c) y d), del articulo 6° de la ley 50 de 1990.

2.13 INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO

El articulo 65 del Código, que determina la indemnización por falta de pago de los salarios y prestaciones sociales debidos, también fue modificado, por el **artículo 29 de la ley 789 de 2002.**

ARTICULO 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.

1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación

46 ARENAS. CERÓN. HERRERA. Comentarios a las Reformas Laboral y de Seguridad Social. Legis Editores. Bogotá, 2003 p. 18 a 22

por la vía ordinaria o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.⁴⁷

Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

PARÁGRAFO 1o. Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le 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.

PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.

Tomamos del libro “Comentarios a la Reforma Laboral y de Seguridad Social” lo que escribimos en su momento.

La expresión en el sentido de que el artículo 65 del C.S.T. Quedará así, implica una reforma integral del mismo.

I. La norma busca ponerle un límite temporal a la indemnización moratoria: de ahora en adelante sólo puede ser hasta veinticuatro meses y a partir del mes 25 rige la tasa moratoria comercial.

⁴⁷ Sentencia C-781 de 2003, www.secretarisenado.gov.co

Esta disposición sólo se aplica a trabajadores que devenguen un salario mínimo o más. Quienes devenguen el salario mínimo se rigen por el artículo 65 original del código. Parágrafo 3 de este artículo.

Desapareció la indemnización moratoria por falta de práctica de examen médico de retiro, acogiendo la tesis de la corte suprema de justicia y la falta de justificación en un régimen de seguridad social.

La indemnización moratoria sólo se causa por no pago de salarios y prestaciones en dinero y no por deudas en especie.

Este artículo no altera las reglas sobre indemnización moratoria por falta de consignación del auxilio de cesantía dentro de la vigencia del contrato (artículo 90 numeral 3º ley 50 de 1990).

La redacción de este texto puede suscitar dificultades interpretativas, porque no obstante que al principio del artículo se prevé que si a la terminación del contrato no hay cancelación de salarios y prestaciones sociales, se paga un día de salario por cada día de demora hasta por 24 meses, parece que esa sanción está condicionada a la demanda del trabajador y al pronunciamiento judicial dentro de determinado lapso.

En efecto, pasados 24 meses sin que el empleador efectúe el pago y si el trabajador demandó dentro de ese lapso se causa indemnización moratoria hasta por 24 meses e intereses moratorios a partir del mes 25, hasta que se efectúe el pago.

II. El parágrafo 1º regula una situación distinta porque consagra una nueva obligación para el empleador consistente en el deber de informar al trabajador a la terminación del contrato, a la última dirección registrada, el estado de los aportes a la seguridad social parafiscales con la consecuencia de la ineficacia de la extinción del vínculo.

En primer lugar, como está redactada la norma expresamente se refiere a terminaciones de contrato sin justa causa, ya que invoca el artículo 64 del código (28 Ley 789).

En segundo lugar, es contradictorio exigir para terminar el contrato de trabajo sin justa causa un requisito que se cumple después de terminado el mismo.

Los requisitos de esta obligación del empleador son dos:

Informar dentro de los sesenta días siguientes a la terminación del contrato el estado de cotizaciones y aportes, y acompañar la documentación que acredite esos pagos. La ley no establece un efecto jurídico específico a la falta de cumplimiento de estas dos obligaciones de hacer.

A las obligaciones antedichas se agrega la posibilidad de que el empleador pague las cotizaciones “dentro de los sesenta días siguientes”, con los intereses de mora, lo que no es claro en su alcance y puede originar las siguientes interpretaciones:

- Se consagra una obligación alternativa para el deudor, la que puede cumplirse dentro de los sesenta días siguientes a la terminación del contrato, ya bien dando la información y acompañando las constancias de pago, ora cancelando las cotizaciones adeudadas.
- Se contemplan dos obligaciones sucesivas: la primera, dentro de los primeros 60 días y la de pago dentro de los 2 meses siguientes al vencimiento de la inicial.
- Se consagran dos obligaciones simultáneas que deben satisfacerse dentro de los sesenta días siguientes a la terminación del contrato.

Como estas hipótesis son posibles, sería conveniente una reglamentación al respecto.

Con todo, cuando exista proceso la consecuencia jurídica de no acreditar el pago, es que no se entienda terminado el contrato, lo que equivale a la ineficacia del despido, y por tanto a la continuidad del vínculo para todos los efectos. Empero, como este efecto se impone a título de sanción por el incumplimiento de una obligación de pago de cotizaciones a la seguridad social y aportes parafiscales, si se conserva la posición jurisprudencial sobre la procedencia de estas sanciones, que no comportan una responsabilidad simplemente objetiva sino subjetiva, habría que inferir que la consecuencia de este precepto sólo es posible en el evento de mala fe patronal y no cuando se configura buena fe como en los casos de una crisis económica crítica por circunstancias no imputables al empleador.

El hecho de que el empleador pague la indemnización por despido sin justa causa no lo exonera de la eventual ineficacia del despido derivada de su incumplimiento de pago de cotizaciones y aportes, pero si el juzgador concluye la ineficacia del despido, es lógico que autorice al empleador a descontar lo pagado como efecto de la extinción del contrato porque jurídicamente no terminó, como en casos análogos lo ha concluido la jurisprudencia.

De todos modos la nueva previsión legislativa refleja el tránsito de un sistema patronal de prestaciones a uno de seguridad social. En el primero por no pago de las prestaciones se podía generar la indemnización moratoria. Como estas prestaciones legales en gran medida se encuentran hoy a cargo de los entes administradores de la seguridad social, es entendible el deseo legislativo de establecer una sanción por el incumplimiento de tan trascendental deber patronal.

No obstante, se advierte la contradicción conceptual entre la hipótesis de no pago de prestaciones que todavía queden a cargo de los empleadores y la de incumplimiento de las obligaciones de pago a la seguridad social, dado que a faltas semejantes se imponen sanciones distintas: moratoria o ineficacia del despido, ésta última desproporcionadamente más drástica que la otra, que paradójicamente en este mismo artículo se limita considerablemente en su temporalidad y aplicación práctica.⁴⁸

2.14 ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

1) *Elabore una síntesis explicativa relativa a la figura jurídica de la **conurrencia y la coexistencia de contratos**.*

2) *Señale que tipo de contratos deben constar por escrito y señale las razones o argumentos de esta exigencia legal..*

2.15 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

J

2.15.1 *En relación con el principio de “LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD para demostrar la existencia del contrato de trabajo las Cortes aportan la siguiente jurisprudencia:*

1) *Sentencia de la C.S.J. del 1-XII-81 citada en el numeral 2.3*

2) *Sentencia de la misma Corte del 19-01-89, en el mismo numeral.*

2.15.2 *Sobre el trabajo de los miembros de las comunidades religiosas*

- *En 2.4.4 La sentencia No.5638 del 27-0593 de la C.S.J. enseña como la ausencia de causa por falta de motivación económica impide que se configure un contrato laboral*

⁴⁸ Ob. Cit. p. 23 a 26

2.15.3 La sentencia No. 16208, también de la Corte fechada el 7-07-2004 explica porqué el contrato de “mandato” no se configura como laboral..

2.16 AUTOEVALUACIÓN

Ae

2.16.1 Efectúe esta actividad con base en las siguientes sentencias:

Sentencias C-299 y C-594 de la Corte Constitucional, 1998, Analice La jurisprudencia aducida y señale las justas causas para que el empleador pueda terminar el contrato de trabajo.

Sentencia C-1443-00, Cómo condiciona esta sentencia la terminación del contrato cuando la causa es la pensión del trabajador?.

2.16.2 Absuelva las siguientes cuestiones:

- 1) *¿Cuáles son los elementos constitutivos del contrato de trabajo?*
- 2) *¿Cuáles son los elementos esenciales de la relación laboral?*
- 3) *Haga una reflexión que le permita comparar los resultados de las dos cuestiones anteriores y establecer identidades y diferencias entre ellas.*

Unidad 3 | SALARIO

Qg

Presentar el salario como una contraprestación al esfuerzo y al desgaste que exige la prestación de un servicio personal por parte del trabajador

Qe

1) Construir el concepto de salario con base en la ley y la jurisprudencia.

2) Diferenciar de acuerdo con la ley los elementos constitutivos de salario de los que no lo son.

3) Establecer la naturaleza jurídica y las características del salario integral.

3.1. CONCEPTO LEGAL Y JURIPRUDENCIAL

El artículo 127 del C.S.T. fue reformado por la ley 50 de 1990, artículo 14, que lo transcribimos a continuación aunque se intitula “elementos integrantes” se basa en la noción legal de salario cuando parte afirmando “**constituye salario**”:

ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES.

***Constituye salario** no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como **contraprestación directa del servicio**, sea cualquiera la forma o denominación que se adapte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones.*

*Transcribimos a continuación, por su importancia, **la jurisprudencia** que aparece en el numeral 1713 del Código Laboral de Legis, por su importancia.*

*“Dice así el tratadista Manuel Antonio García, ‘Dado, por la otra parte, el carácter sinalagmático de la relación laboral, la obligación retributiva a cargo del sujeto acreedor del trabajo tiene carácter recíproco, de modo que se presenta y manifiesta como interdependencia de la prestación de servicio, en virtud de la cual se corresponde-en equilibrio o equivalencia- con el valor del servicio o trabajo realizado por el trabajador’. **Significa lo anterior que la retribución es la equivalencia a la prestación del servicio** con contenido o dinerario o valorativo.*

La retribución, por lo menos debe mantener el valor que tenía cuando se fijó dentro de la relación laboral, siempre y cuando no aparezcan modificaciones (cantidad y calidad del trabajo) que altere ese valor recíproco de la prestación. No debe olvidarse que el contrato de trabajo es un contrato realidad. (Ver el módulo de Derecho Individual) El Estado y la sociedad no pueden ser indiferentes a la realidad de la pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda lógicamente desvaloriza el salario. Es por ello que el salario se torna móvil debiendo actualizarse para mantener su capacidad adquisitiva. Solo así, en un Estado social de derecho, se puede afirmar que la relación laboral es conmutativa.

*En una sociedad que tiene una economía inflacionaria como lo reconoce la propia Constitución en sus artículos 773 y 53 **el salario no puede ser una deuda de dinero. En realidad se trata de una deuda de valor.** Es decir, la explicación del salario no se encuentra tanto en el principio nominalista como en el principio valorativo. Es porque las personas trabajan fundamentalmente para tener unos ingresos que les permitan vivir en condiciones humanas y dignas. Por ello el salario se debe*

traducir en un valor adquisitivo y si este disminuye, hay lugar a soluciones jurídicas para readquirir el equilibrio perdido [...]. Si la constante el el aumento del índice de precios al consumidor, donde existen anualmente inflación de dos dígitos, se altera la ecuación económica si se admite un salario nominalmente invariable. Es por ello que el salario tiene que mantener su valor intrínseco, esto es, su poder adquisitivo (Corte Constitucional, Sentencia T-102 de 1995)”⁴⁹

Se transcribe a continuación el análisis efectuado en el libro publicado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. “Análisis de la Reforma Laboral, Ley 50 de 1990” escrito por los Doctores Carlos Orjuela Góngora, José Roberto Herrera Vergara, German Valdez Sánchez y el autor de este modulo así:⁵⁰

Comentario

La reglamentación del salario es objeto de varias e importantes modificaciones, sin embargo ella no se plasma tanto en el presente artículo como en los posteriores.

El sentido fundamental de los cambios incluidos en esta norma se encuentra en la puntualización del nexo causal entre el servicio y el pago para que pueda considerarse salario.

Lo primero que se precisa es la posibilidad de que los pagos variables se tengan también como retribución ordinaria y para el efecto se elimina la analogía que, al menos literalmente, traía la norma modificada cuando hablaba de la remuneración “fija u ordinaria” dando a entender que se trataba de un mismo concepto.

En la disposición actual se habla sólo de la **remuneración ordinaria** y se le subdivide en fija y en variable, para dar a entender que esta última también puede ser constitutiva del salario ordinario. Es una precisión saludable que si bien aparenta no tener una crucial trascendencia, si permite la armonía conceptual frente al resto de la norma y frente a las prescripciones posteriores.

Continúa la norma con la clarificación sobre la relación de causalidad a la que se aludió anteriormente para precisar que **constituye salario lo que se paga como “contraprestación directa del servicio”** con lo cual se excluyen todos los demás pagos que reciba el trabajador en virtud de la relación laboral pero cuya

⁴⁹ REGIMEN LABORAL COLOMBIANO. Ediciones Legis. Bogotá. Envío 233 noviembre 2007

⁵⁰ Análisis de la Reforma Laboral, Ley 50 de 1990

causación y monto no dependan necesariamente de su trabajo o no representen el valor del mismo.

En lo demás sólo se incluyen dos cambios, uno de ellos para utilizar la forma plural en la expresión “sobresueldos” y otra para eliminar la participación de utilidades como pago constitutivo de salario.

El espíritu de los cambios sin lugar a dudas es muy positivo pese a que al mantener una relación de pagos que pueden representar formas dentro de las cuales se configure el salario, se mantiene un elemento de ambigüedad que no era necesario y que en el pasado había permitido interpretaciones encontradas.

3.2 ELEMENTOS NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO

El artículo 128 del C.S.T. subrogado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, señala los pagos que no constituyen salario, se lo transcribe a continuación:

ARTICULO 128. Pagos que no constituyen salarios. *No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.*

Comentario

Por tratarse de una norma íntimamente vinculada a la anterior, el espíritu de los cambios que se le introducen son básicamente clarificatorios y buscan reiterar la noción de salario que se señala en el artículo 127 referido específicamente a los pagos que retribuyen servicios.

Por eso en su primera parte dedica sus esfuerzos a tal objetivo y para el efecto suprime el artículo que anteriormente existía antes de citar primas y gastos de

representación, con lo cual se le da un más claro sentido de alusión a modo de ejemplo, a los conceptos que se mencionan.

En busca de la finalidad señalada incluye como pagos que no constituyen salario la participación de utilidades y los excedentes de las empresas de economía solidaria, todo lo cual concuerda con la intención que se tuvo al eliminar del artículo 127 el primero de estos dos conceptos.

De gran importancia es **la eliminación de la noción de subvención de necesidades** que anteriormente incluía esta norma y por medio de la cual se generaban confusiones al permitir que un elemento de finalidad (subvención de necesidades) pudiera considerarse sucedáneo del elemento causal del salario que, como ya se ha anotado, es la retribución del servicio.

Se incluyen otras adecuaciones gramaticales y la utilización de la palabra “empleador”, pero **sin lugar a dudas lo de mayor importancia lo constituye la autorización legal a las partes para que por medio de la convención colectiva de trabajo, el pacto y el mismo contrato, clarifiquen directamente la naturaleza salarial o no** de los beneficios o auxilios extralegales que acuerden.

De manera que en lo sucesivo adquiere plena eficacia la expresión de las partes calificando como ajeno al salario cualquier pago extralegal sin importar que el mismo se haga ocasional o habitualmente o que se produzca en dinero o en especie, pudiendo incluirse lo que se entregue para alimentación, vestuario o vivienda y así mismo las primas extralegales, las de vacaciones, las de servicios y las de navidad.

Por el número particularmente alto de conflictos que se habían tejido en torno a la anterior problemática, sin lugar a dudas ésta es una de las disposiciones de un mayor sentido práctico y que va a permitir un saneamiento de las relaciones de trabajo y del ambiente laboral en general.

Es de anotar que la ausencia de calificación como ajeno al salario respecto de un pago extralegal, no debe entenderse que lo habilita como integrante de aquél, toda vez que por encima de todo sigue primando el principio general según el cual para que un pago adquiera la condición de salario es indispensable que sea retributivo de los servicios a los cuales se ha obligado el trabajador. Por ello, se reitera, el sentido de esta autorización que la ley da a las partes, es el de permitirles que desde un principio o por medio de las adiciones al contrato, o mediante las convenciones o pactos colectivos, hagan la clarificación correspondiente para evitar posteriormente conflictos

en torno de la interpretación de la naturaleza del pago, sin que el no recurrir a esta autorización, que no obligación, tenga como consecuencia que el pago se convierta en salario, aunque por su naturaleza no lo sea.

Esta puerta hacia la claridad en algunos pagos va a tener particular utilidad respecto de algunos de los rubros que cita la norma, como sucede con las primas de vacaciones y de navidad, dado que alrededor de ellas se habían generado enconados y costosos conflictos dada la falta de uniformidad de la jurisprudencia al pronunciarse sobre la naturaleza de los mismos.

El artículo 17 de la ley 344 de 1996 en su inciso primero, que se allega a continuación aclara lo siguiente sobre los ítems que no constituyen salario:

ARTÍCULO 17. *Por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993.*

3.3 SALARIO EN ESPECIE

A continuación transcribimos los artículos 129 y el 130 del C.S.T. modificados por la ley 50 de 1990, artículos 16 y 17.

ARTICULO 16. El artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

ARTICULO 129. SALARIO EN ESPECIE.

1. *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 prevista en el artículo 15 de esta Ley.*

2. *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.*

3. No obstante, cuando un trabajador devengue el salario mínimo legal, el valor por concepto de salario en especie no podrá exceder del treinta por ciento (30%).

Comentario

La modificación de este artículo es prácticamente total y además de las adecuaciones gramaticales comunes a la mayoría de las disposiciones de la nueva ley, se incluyen precisiones e innovaciones de gran importancia.

Ante todo se busca armonizar la norma con la expresión de los artículos anteriores con el fin de ratificar que sólo es salario en especie lo que el empleador suministre al trabajador o a su familia, pero siempre en calidad de contraprestación del servicio y como tal, en parte de la retribución ordinaria y permanente del trabajador.

En la parte final del numeral 1º se reitera la posibilidad que tienen las partes de recurrir al convenio por el cual se califique como ajeno al salario cualquiera de los bienes o servicios que el empleador llegue a suministrar, previsión que permite al mismo facilitar al trabajador vivienda y alimentación, por ejemplo, sin el temor de las repercusiones prestaciones que se derivan de la inclusión de los pagos en especie como parte del salario.

De todos modos **sigue existiendo la posibilidad de que los pagos en especie se mantengan como imputables al salario** caso en el cual permanece igualmente la obligación de las partes de hacer en forma expresa la valoración correspondiente dentro del contrato de trabajo, en ausencia de la cual opera la estimación pericial.

El salario en especie, cuando se devenga un salario superior al mínimo ahora por determinación expresa de la ley, no puede conformar más del cincuenta por ciento (50%) y **no puede representar más del 30%** de la retribución salarial total, si se devenga el salario mínimo

Esta limitación, que anteriormente existía pero por vía de interpretación doctrinaria y jurisprudencial, quedó incluida dentro de la parte del numeral 2º que se refiere a la posibilidad de intervención de un perito para suplir la deficiencia de las partes de valorar expresamente el pago en especie dentro del contrato, pero por tal circunstancia no debe entenderse restringida sólo al caso en que se presente la necesidad de intervención pericial, sino que también opera para el evento en que las partes directamente cumplan con su obligación de señalar claramente el monto y la incidencia del pago en especie dentro del conjunto de la retribución salarial.

El numeral 3° de este artículo consigna una novedad, por lo demás de un claro sentido intuitivo, por medio de la cual **se limita al treinta por ciento (30%) la incidencia de los pagos en especie cuando el trabajador devenga el salario mínimo**. Naturalmente, este límite es aplicable tanto cuando las partes hacen la valoración directamente como cuando es necesario recurrir al perito, e inclusive es más clara en este aparte la disposición al respecto.

Aunque posiblemente se generen opiniones contrarias, es oportuno anotar que se considera admisible hacer uso de la facultad de pactar que los suministros en especie no constituyen salario incluso respecto de los contratos vigentes con anterioridad a la fecha en que entró a regir la ley.

Es clara la situación respecto de aquellos contratos en los que los suministros en especie sólo se establecen después de la nueva ley aunque el contrato tuviera vigencia desde antes. No parece en cambio factible hacer uso de tal facultad, cuando desde antes de la vigencia de la ley ya existían suministros en especie que hubieran alcanzado efectos como parte integrante del salario, salvo que se trate de nuevos suministros diferentes a los anteriores y no supletorios sino complementarios de éstos.

3.4 VIATICOS

ARTICULO 17. El artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

ARTICULO 130. VIATICOS.

- 1. 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.*
- 2. Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos.*
- 3. Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso. Son viáticos accidentales aquellos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente.*

Comentarios

Más con un sentido práctico que con un criterio jurídico la norma determina que sólo pueden constituir salario los viáticos cuando tienen el carácter de permanentes, naturalmente en lo que toca con la parte destinada a alojamiento y manutención y siempre que se haga la especificación de los conceptos que ordena el numeral 2° de la disposición.

Esta, que es en sentido estricto la única novedad, se ratifica en un nuevo numeral 3° en el que rotundamente **se excluyen del salario los viáticos accidentales** que el mismo aparte de la norma define como aquellos “que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente”,

En la norma se hace uso de diversos calificativos que ameritan algún análisis para evitar que se generen confusiones en su aplicación. Es así como en el inicio del artículo se habla de viáticos “permanentes” pero en el tercer inciso al definir lo contrario, se alude a los que no son habituales, por lo que resulta pertinente considerar que el legislador le dio a las expresiones “permanentes” y “habituales” un sentido análogo, lo que significa que los viáticos que alcancen esta última connotación pueden considerarse salario aunque no correspondan a la calificación de permanencia, noción que representa un criterio más estricto.

También se recurre a la expresión “accidentales” que es más descriptiva que la sola noción de “ocasionales”, expresión esta última que es la que tradicionalmente se ha opuesto a la idea de habitualidad, como aun con la nueva ley puede apreciarse al estudiar los artículos 127 y 128.

Expresión que ha de entenderse como una forma adicional utilizada por el legislador para facilitar la distinción entre los viáticos que constituyen salario y los que no tienen este carácter.

3.5 SALARIO INTEGRAL

3.5.1 Naturaleza jurídica

El artículo 132 del C.S.T., fue modificado por el artículo 18 de la ley 50 de 1990, y este a su vez fue modificado por el artículo 96 de la ley 223 de 1995. Transcribimos el artículo 18 de la ley 50 de 1990:

ARTICULO 18. El artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

ARTICULO 132. FORMAS Y LIBERTAD DE ESTIPULACION.

1. *El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero **siempre respetando el salario mínimo legal** o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.*

2. *No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16, 21, y 340 del Código Sustantivo del Trabajo y las normas concordantes con éstas, cuando el trabajador devengue un salario ordinario, superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, **valdrá la estipulación escrita de un salario** que además de retribuir el trabajo ordinario, **compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios** tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.*

***En ningún caso el salario integral** podrá ser inferior al monto del diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía. El monto del factor prestacional quedará exento del pago de retención en la fuente y de impuestos.*

3. ***Este salario** no estará exento de las cotizaciones a la seguridad social, ni de los aportes al SENA, ICBF, y Cajas de Compensación Familiar, pero en el caso de estas tres últimas entidades, los aportes se disminuirán en un treinta por ciento (30%).*

4. *El trabajador que desee acogerse a esta estipulación, recibirá la liquidación definitiva de su auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales causadas hasta esa fecha, sin que por ello se entienda terminado su contrato de trabajo.*

3.5.2 Características

Sin desconocer la importancia de esta disposición en la anterior codificación, en realidad no se distinguió por haber generado estudios de particular trascendencia. En sentido contrario, la nueva disposición involucra **una de las figuras de mayor importancia dentro de la reforma del Código Sustantivo del Trabajo** como es la del salario integral, figura largamente estudiada y debatida, pero que no había alcanzado consagración normativa.

Sus **características** pueden reseñarse así:

- Representa una **modalidad a la cual puede acogerse o no el trabajador**. La formulación de esta figura no es clara en cuanto a que confiere una facultad exclusiva del empleado e inclusive por la alusión a la validez de la estipulación, podría pensarse que sólo es viable en la medida que haya un mutuo consentimiento sobre el particular.
- Sin embargo, por la expresión contenida en el numeral 4° por el cual se permite que los trabajadores actuales también se acojan a la nueva figura y en donde se le da una más clara expresión facultativa en favor del trabajador, puede concluirse que en su esencia **la presente figura salarial se concibió como una opción para el empleado**.
- Se requiere que quien desee acogerse a este mecanismo devengue una suma superior a diez salarios mínimos legales mensuales. Esta suma a su vez, como se verá más adelante, será la base para aplicar la incidencia prestacional y quedará incrementada con el resultado de la misma, lo que significa que el desembolso mensual para el empleador es muy superior al mencionado límite de los diez salarios mínimos.
- El acto por el cual se establezca el salario integral es de carácter formal y debe plasmarse por escrito, aunque no necesariamente dentro del contrato de trabajo.
- **La suma convenida cubre tanto la retribución ordinaria como todos los demás factores de salario y las prestaciones sociales** de cargo del empleador, tanto las que señala la norma como aquellas que las partes incluyan en su estipulación. En consecuencia representará un pago único mensual, salvo que por cualquier circunstancia las mismas partes convengan excluir del pago integral algún concepto en particular, lo cual se considera admisible, particularmente frente a rubros de origen extralegal.
- **Las vacaciones se encuentran expresamente excluidas del salario integral**, lo cual no sólo concuerda con su naturaleza ajena a conceptos salariales y prestacionales sino que es consecuente con su finalidad de carácter biológico y busca una reparación de fuerzas que solo es posible mediante el descanso y por tanto no es reemplazable mediante el pago en dinero, Por ello la figura de la compensación de las vacaciones se encuentra prevista como un régimen de excepción.
- Existe amplitud para la vinculación a los efectos de esta figura. A ella pueden acceder no sólo quienes celebren contratos con posterioridad a la nueva ley, sino

también quienes tuvieran contrato con anterioridad a ella e incluso es factible para aquellos nuevos trabajadores (posteriores a la nueva ley) que inicialmente no se hayan acogido al régimen y posterior mente deseen hacerlo,

- Quienes se acojan al sistema del salario integral con posterioridad a la iniciación de su contrato de trabajo, tendrán derecho a que se les liquide su cesantía en forma definitiva sin que por ello se entienda terminado su contrato, con lo cual se genera una nueva situación de excepción en cuanto a la oportunidad para el pago de la cesantía que con base en la anterior legislación sólo era posible al momento de la terminación del contrato, De acuerdo con lo establecido en esta ley sobre el auxilio de cesantía, cambia sustancialmente la reglamentación sobre la misma, pero de todos modos el comentario anterior es perfectamente aplicable en el momento actual y mientras no se generen las condiciones necesarias para que la aplicación del nuevo régimen de cesantías tenga plena operancia.
- De igual manera, en cuanto haya lugar a ello, tiene derecho el trabajador a recibir otras prestaciones causadas hasta la fecha en que se acoja al nuevo sistema, también dentro de la ficción de una terminación del contrato de trabajo.
- **El salario que corresponda al trabajador**, que debe ser superior a diez veces el salario mínimo legal mensual, **debe incrementarse con el valor prestacional que corresponda a la respectiva empresa** el cual en ningún caso podrá ser inferior al 30% señalado en forma expresa por la ley.
- Al hacer referencia a este aspecto la norma se refiere a un tope del salario integral no inferior al monto de diez salarios mínimos legales mensuales, lo que no concuerda con el enunciado de la norma donde se habla de una suma superior a los señalados diez salarios mínimos, discrepancia que no parece revestir mayor trascendencia pero que hace aconsejable sugerir que se tome el valor mayor para alcanzar una plena seguridad en cuanto a la eficacia del convenio sobre el salario integral.
- **El factor prestacional** al cual se hizo referencia en la parte anterior, estará exento de retención en la fuente y en general del pago de impuestos.

En lo tocante con **otros aspectos colaterales del salario integral**, la norma señala unas puntualizaciones en cuanto a la obligación de cotizar frente al seguro social y de pagar los aportes al SENA, ICBF y la Caja de Compensación Familiar.

En el caso de los pagos al seguro social no hace ninguna aclaración sobre la base que debe tomarse para el efecto y por tanto debe concluirse que corresponde a

la totalidad del valor recibido por el trabajador mensualmente. Después de esta norma se expidió la ley 789 de 2002 que en su artículo 49 dice lo siguiente:

ARTÍCULO 49. BASE PARA EL CÁLCULO DE LOS APORTES PARAFISCALES. Interpretase con autoridad el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 y se entiende que la base para efectuar los aportes parafiscales es el setenta por ciento (70%).

Lo anterior por cuanto la expresión actual de la norma “disminuido en un 30” ha dado lugar a numerosos procesos, pues no se sabe si debe ser multiplicado por 0.7 o dividido por 1.3.

El Decreto Reglamentario 1174 de 1991 es su artículo primero concreta la naturaleza y condiciones del salario integral así:

ARTICULO 1o. *El salario integral a que se refiere el numeral 2o del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, será una sola suma convenida libremente y por escrito entre el trabajador y el empleador, suma que será la base para las cotizaciones del Instituto de Seguros Sociales, la liquidación de las indemnizaciones a que se refiere el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y la remuneración por vacaciones.*

3.6 A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL

Se trata de un principio medular del derecho laboral consagrado en el artículo 143 del C.S.T. allí se señala:

ARTICULO 143. *A TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL.*

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

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

Este artículo recibió su fundamentación definitiva en el texto **del artículo 13 inciso primero** de la Constitución de 1991 en el cual expresamente se proclama:

ARTICULO 13. *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y*

oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Guillermo Camacho Enríquez acota que “los factores que consagraron los legisladores para hacer viable la acción, son los siguientes: 1. La existencia de un cargo o puesto igual; 2. Jornada igual; y 3. Trabajo y eficiencia iguales.

En cuanto a los dos primeros requisitos, las condiciones son susceptibles de apreciarse con absoluta objetividad [...] respecto al tercer elemento el problema es complicado y difícil, ya que aun con la intervención de peritos que analicen el resultado, considerando la opinión de las partes, será muy difícil, por no decir imposible que, encontrar jamás dos trabajadores que posean una eficiencia o rendimiento iguales, pues esto es algo que no puede apreciarse objetiva ni subjetivamente”⁵¹

El principio de la igualdad salarial según la jurisprudencia de la Corte Constitucional se presenta como de rango constitucional porque la igualdad de oportunidades para los trabajadores **es un derecho fundamental consagrado en la Carta Política**. La igualdad en el salario debe estar supeditada a condiciones iguales y con la misma eficacia pues aunque el cargo sea el mismo el rendimiento de los trabajadores puede ser distinto.

3.7 ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

- 1) *Elabore un ensayo sobre la concepción del “salario valor” como compensación del trabajo realizado.*
- 2) *Establezca la naturaleza jurídica y las características del salario integral.*

3.8 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

J

Sobre el tema del rango constitucional del principio de la igualdad salarial se pueden consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, C-10804 de agosto de 1998, y las sentencias de la Corte Constitucional T-079 de 1995, C-221 de 1992, T-422 de 1992, C-71 de 1992, C-71 de 1993, T-230 de 1994, T-525 de 1994, C-51 de 1995, T-079 de 1995,

⁵¹CAMACHO, Enríquez Guillermo. Ob. Cit. p. 422

T-102 de 1995, T-98 de 1997, C-79 de 1995, T-694 de 1998 y SU-519 de 1997⁵²

3.9 AUTOEVALUACIÓN

Ae

- 1) *¿Cuáles son los elementos constitutivos del salario?*
- 2) *Con base en la Sentencia T-102 de la Corte Constitucional allegada en el punto 3.1 de este módulo conceptúe sobre la dimensión valorativa y retributiva del salario-*

⁵² <http://juriscol.banrep.gov.co:8080/>

Unidad 4 | JORNADA DE TRABAJO – LIQUIDACIÓN Y PAGO

Og

Explicar como las labores de los trabajadores se distribuyen en jornadas, turnos de trabajos, horas extras y los diversos sistemas para liquidarlas y pagarlas.

Qe

- *Precisar el concepto de jornada laboral y en relación con este el de turnos y horas extras.*
- *Distinguir los diversos tipos de jornada laboral*
- *Reconocer y aplicar los diversos métodos para liquidar y pagar las jornadas laborales.*
- *Reconocer los casos especiales que en relación con la jornada máxima laboral regula la ley.*
- *Discriminar las diversas formas de remuneración que la ley establece para el trabajo nocturno, por turnos y horas extras nocturnas y dominicales.*

4.1 TIPOS DE JORNADA - CONCEPTO

4.1.1 Jornada Ordinaria

En relación con esta jornada el **artículo 158** del Código establece lo siguiente:

ARTICULO 158. JORNADA ORDINARIA. La jornada ordinaria de trabajo es la que convengan las partes, o a falta de convenio, la máxima legal.

El examen del **artículo 159** del mismo estatuto contribuye por contraste a fijar el concepto de jornada ordinaria, así:

ARTICULO 159. TRABAJO SUPLEMENTARIO. Trabajo suplementario o de horas extras es el que excede de la jornada ordinaria, y en todo caso el que excede de la máxima legal.

En la misma línea el artículo 160, modificado por la ley 789 de 2002, artículo 25, al contrastar el trabajo ordinario y el nocturno, hace mayor claridad sobre la duración diaria de la jornada ordinaria, dice así:

ARTICULO 160. TRABAJO ORDINARIO Y NOCTURNO.

1. Trabajo ordinario es el que se realiza entre las seis horas (6:00 am.) y las veintidós horas (10:00 pm.).

2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las veintidós horas (10:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.).

4.1.2 Jornada laboral para adolescentes

La ley 1098 de 2006 en su artículo 114 estableció la jornada laboral para los adolescentes. Reza lo siguiente:

ARTÍCULO 114. JORNADA DE TRABAJO. La duración máxima de la jornada laboral de los adolescentes autorizados para trabajar, se sujetará a las siguientes reglas:

1. Los adolescentes mayores de 15 y menores de 17 años, sólo podrán trabajar en jornada diurna máxima de seis horas diarias y treinta horas a la semana y hasta las 6:00 de la tarde.

Los adolescentes mayores de diecisiete (17) años, sólo podrán trabajar en una jornada máxima de ocho horas diarias y 40 horas a la semana y hasta las 8:00 de la noche.

4.2 DISTRIBUCIÓN DE LAS JORNADAS EN EL TIEMPO

Las jornadas difieren en el tiempo, según sea el tipo de trabajo o según que en ellas trabajen los menores, los adolescentes o mayores de edad.

4.2.1 Jornada máxima

El artículo 161 del Código, modificado por el artículo 20 de la ley 50 de 1990. El literal c.) fue modificado por la ley 789 de 2002, artículo 51 y el literal d.) se adiciono en la norma anteriormente citada.

4.2.1.1 Duración

ARTICULO 161. DURACION. La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las siguientes excepciones:

a). En las labores que sean especialmente insalubres o peligrosas, el gobierno puede ordenar la reducción de la jornada de trabajo de acuerdo con dictámenes al respecto;

b). La duración máxima legal de la jornada de trabajo del menor se sujetará a las siguientes reglas:

1. El menor entre doce y catorce años solo podrá trabajar una jornada máxima de cuatro de horas diarias y veinticuatro (24) horas a la semana, en trabajos ligeros.

2. Los mayores de catorce y menores de dieciséis años solo podrá trabajar una jornada máximas de seis (6) horas diarias y treinta y seis (36) horas a la semana.

3. La jornada del menor entre dieciséis y dieciocho años no podrá exceder de ocho (8) horas diarias y cuarenta y ocho (48) a la semana

c). Inciso modificado por el Artículo 51 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: El empleador y el trabajador pueden acordar temporal o indefinidamente la organización de turnos de trabajo sucesivos, que permitan operar a la empresa o secciones de la misma

sin solución de continuidad durante todos los días de la semana, siempre y cuando el respectivo turno no exceda de seis (6) horas al día y treinta y seis (36) a la semana;

En este caso no habrá lugar a recargo nocturno ni al previsto para el trabajo dominical o festivo, pero el trabajador devengará el salario correspondiente a la jornada ordinaria de trabajo, respetando siempre el mínimo legal o convencional y tendrá derecho a un día de descanso remunerado.

d) Literal adicionado por el artículo 51 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: El empleador y el trabajador podrán acordar que la jornada semanal de cuarenta y ocho (48) horas se realice mediante jornadas diarias flexibles de trabajo, distribuidas en máximo seis días a la semana con un día de descanso obligatorio, que podrá coincidir con el domingo. En este, el número de horas de trabajo diario podrá repartirse de manera variable durante la respectiva semana y podrá ser de mínimo cuatro (4) horas continuas y hasta diez (10) horas diarias sin lugar a ningún recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales dentro de la jornada ordinaria de 6 am. a 10 pm.

PARAGRAFO. El empleador no podrá aún con el consentimiento del trabajador, contratarlo para la ejecución de dos turnos en el mismo día, salvo en labores de supervisión, dirección, confianza o manejo.

Comentarios

En el envío numero 231 de abril de 2007, del Régimen Laboral Colombiano, se incluye un cuadro sobre los tipos de jornadas en el numeral 1995, que se transcribe a continuación:

JORNADA DIARIA FLEXIBLE (C.S.T. Art. 161)	
Requisitos	<p>Se distribuirá, máximo en 6 días a la semana con un día de descanso obligatorio.</p> <p>El día de descanso puede coincidir o no con el domingo.</p> <p>Puede repartirse el tiempo de trabajo de manera variable durante la semana.</p> <p>El trabajo debe ser, mínimo de 4 horas de trabajo continuas y hasta de 10 horas diarias sin lugar a recargo por trabajo suplementario.</p> <p>El número de horas de trabajo promedio semanal no puede exceder de 48, dentro de la jornada ordinaria entre las 10:00 am. a las 10:00 pm.</p> <p>El empleador no podrá, ni siquiera con el consentimiento del trabajador, contratarlo para la ejecución de dos turnos en el mismo día, salvo que labore en supervisión, dirección, confianza o manejo.</p>
JORNADA DE TRABAJO DE 36 HORAS SEMANALES (C.S.T. Art. 161)	

4.2.1.2 Casos especiales como excepciones a la jornada máxima.

Son los contemplados en el artículo 162 del C.S.T. en el cual se dispone:

“Quedan excluidos de la regulación sobre la jornada máxima laboral los siguientes trabajadores:

a) Los que desempeñen cargos de dirección, de confianza o de manejo.

b) Los de servicio doméstico....

c) Los que ejerciten actividades discontinuas o intermitentes y los de simple vigilancia, cuando residan en el lugar o sitio de trabajo.

d) Los choferes mecánicos que presten sus servicios en empresas de transportes de cualquier clase.....”

Según el mismo **artículo 162** modificado por el artículo 2o. del decreto 13 de 1967. el límite máximo de horas de trabajo (8 horas al día y 48 semanales) previsto en el **artículo 161** puede ser elevado por orden del empleador y sin permiso del Ministerio del Trabajo, por razón de fuerza mayor, caso fortuito, de amenaza o por ocurrir algún accidente o cuando sean indispensables trabajos de urgencia que deban efectuarse con las máquinas o con la dotación de la empresa; pero únicamente se permite el trabajo en la medida necesaria para evitar que la marcha normal del establecimiento sufra una perturbación grave. El empleador debe anotar en un registro este trabajo suplementario, ciñéndose a las indicaciones anotadas en el artículo anterior, las horas extraordinarias efectuadas de conformidad con el presente artículo.

Esta jornada especial fue reglamentada por el D.R. 995 de 1968:

ARTICULO 163. Excepciones en casos especiales. *“El límite máximo de horas de trabajo previsto en el artículo 161, puede ser elevado por orden del empleador y sin permiso del Ministerio del Trabajo, por razón de fuerza mayor, caso fortuito, de amenazar u ocurrir algún accidente, o cuando sean indispensables trabajos de urgencia que deban efectuarse en las máquinas o en la dotación de la empresa; pero únicamente se permite el trabajo en la medida necesaria para evitar que la marcha normal del establecimiento sufra una perturbación grave.*

El empleador debe anotar en un registro ciñéndose a las indicaciones anotadas en el artículo anterior, las horas extraordinarias efectuadas de conformidad con el presente artículo”.

4.2.2 Trabajo por turnos.

El artículo 165 del C.S.T. que establece el trabajo por turnos es una excepción a la jornada máxima legal. Reza así:

ARTICULO 165. Trabajo por turnos. *“Cuando la naturaleza de la labor no exija actividad continuada y se lleve a cabo por turnos de trabajadores, la duración de la jornada puede ampliarse en más de ocho (8) horas, o en más de cuarenta y ocho (48) semanales, siempre que el promedio de las horas de trabajo calculado para un período que no exceda de tres (3) semanas, no pase de ocho (8) horas diarias ni de cuarenta y ocho (48) a la semana. Esta ampliación no constituye trabajo suplementario o de horas extras”.*

4.2.3 Trabajo sin solución de continuidad y distribución de la jornada laboral

Se transcriben a continuación los artículos 166 y 167 del C.S.T. sobre el trabajo sin solución de continuidad y la distribución de la horas de trabajo

ARTÍCULO 166. *“También puede elevarse el límite máximo de horas de trabajo establecido en el artículo 161, en aquellas labores que por razón de su misma naturaleza necesiten ser atendidas sin solución de continuidad, por turnos sucesivos de trabajadores, pero en tales casos las horas de trabajo no pueden exceder de cincuenta y seis (56) por semana”.*

ARTICULO 167. Distribución de las horas de trabajo. *Las horas de trabajo durante cada jornada deben distribuirse al menos en dos secciones, con un intermedio de descanso que se adapte racionalmente a la naturaleza del trabajo y a las necesidades de los trabajadores. El tiempo de este descanso no se computa en la jornada”.*

4.3 REMUNERACION EN TRABAJO NOCTURNO Y SUPLEMENTARIO

En estrecha relación con las jornadas de trabajo se encuentra el tema de la remuneración del trabajo que se aborda a renglón seguido

La legislación universal, muy influida por las luchas sindicales y por los convenios de la O.I.T. ha regulado normativamente el trabajo nocturno y el

trabajo **suplementario llamado vulgarmente “horas extras”**. Para iniciar transcribimos los 168 y 169 referidos a estos temas

4.3.1 Recargo nocturno

ARTICULO 168. Tasas y liquidacion de recargos. (Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 50 de 1990)

1. El trabajo nocturno **por el solo hecho de ser nocturno se remunera con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre el valor del trabajo diurno**, con excepción del caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 (161) literal c) de esta ley.

2. El trabajo extra diurno se remunera con un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno.

3. El trabajo extra nocturno se remunera con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno.

4. Cada uno de los recargos antedichos se produce de manera exclusiva, es decir, sin acumularlo con algún u otro.

La ley 789 del 2002 señalo lo siguiente:

ARTÍCULO 25. Trabajo ordinario y nocturno. El artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Artículo 160. Trabajo ordinario y nocturno:

1. Trabajo ordinario es el que se realiza entre las seis horas (6:00 a.m.) y las veintidós horas (10:00 p.m.).

Trabajo nocturno es el comprendido entre las veintidós horas (10:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.).

Este artículo fue declarado EXEQUIBLE, por los cargos estudiados, mediante Sentencia C-038-04⁵³ de 27 de enero de 2004 de la Corte Constitucional.

53 http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/SC038_04.HTM

ARTICULO 169. BASE DEL RECARGO NOCTURNO. Todo recargo o sobre-remuneración por concepto de trabajo nocturno se determina por el promedio de la misma o equivalente labor ejecutada durante el día. Si no existiere ninguna actividad del mismo establecimiento que fuere equiparable a la que se realice en la noche, las partes pueden pactar equitativamente un promedio convencional, o tomar como referencia actividades diurnas semejantes en otros establecimientos análogos de la misma región.

El artículo 1 del Decreto 2352 de 1965, establece:

“ARTÍCULO 1. Autorízase a las empresas para implantar turnos especiales de trabajo nocturno, mediante la contratación de nuevos contingentes de trabajadores con quienes podrán pactar remuneraciones sobre las cuales no opere el recargo del treinta y cinco por ciento (35%) que señala el numeral 1o del artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo”.

4.3.2 El salario en caso de turnos

Por otra parte **el artículo 170. establece el salario en “caso de turnos”**. Cuando el trabajo por equipos implique la rotación sucesiva de turnos diurnos y nocturnos, las partes pueden estipular salarios uniformes para el trabajo diurno y nocturno, siempre que estos salarios comparados con los de actividades idénticas o similares en horas diurnas compensen los recargos legales.

Los artículos 1º a 6º , excluyendo el 2º, del decreto 2352 de 1965 **establecen excepciones al trabajo nocturno:**

ARTICULO 1o. *Autorízase a las empresas para implantar turnos especiales de trabajo nocturno, mediante la contratación de nuevos contingentes de trabajadores con quienes podrán pactar remuneraciones sobre las cuales no opere el recargo del treinta y cinco por ciento (35%) que señala el numeral 1o del artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo.*

ARTICULO 3o. *En ningún caso el salario para los turnos especiales de trabajo nocturno podrá ser inferior al salario ordinario que se pague en la misma empresa por el trabajo diurno a los trabajadores que ejecuten labores iguales o similares.*

ARTICULO 4o. *Las empresas no podrán contratar para los turnos especiales de trabajo nocturno a que se refiere este Decreto, a los trabajadores que en la actualidad prestan servicios en ella. Si lo hicieren, deberán pagarles el recargo establecido en el numeral 1o del artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo*

ARTICULO 5o. *Los contratos de trabajo o pactos sindicales que las empresas celebren en desarrollo de este Decreto, no podrán exceder de seis (6) meses, prorrogables por seis (6) meses, a juicio del Ministerio de Trabajo*

PARAGRAFO. *Si en cualquier momento se comprobare que el trabajador enganchado para un turno nocturno especial, se encuentra trabajando en otra empresa en jornada diurna, el contrato de trabajo nocturno no surtirá efecto alguno.*

ARTICULO 6o. *Las empresas que deseen hacer uso de la autorización consagrada en el artículo 1o de este Decreto, deberán comprobar ante el Ministerio del Trabajo que los trabajadores contratados para los turnos adicionales no están en la actualidad prestando sus servicios a la empresa.*

Mirar en el numeral 6.1. siguientes, el texto de la ley 50 de 1990, artículo 20 literal c) como otra excepción.

4.3.3 Liquidación de horas extras diurnas y nocturnas en dominicales

Se transcribe a continuación el concepto de la oficina jurídica del Ministerio de Trabajo sobre el tema enunciado en el título, por estar de acuerdo con este:

“La liquidación de recargo por horas extras y trabajo nocturno en días dominicales y festivos, el Código Sustantivo del Trabajo en los transcritos artículos 161, 168 y 179, precisa que el servicio contratado debe prestarse dentro de una jornada laboral ordinaria o convenida que por ley tiene un máximo de 8 horas diarias, la cual puede ser distribuida dentro de las 24 horas del día, de tal manera que la actividad que se cumpla en tiempo adicional o suplementario se retribuye con recargo, así como el trabajo que se realiza en jornada nocturna, pues las labores cumplidas en la noche deben tener una mayor remuneración.

No obstante lo anterior, la ley no mencionó en la reglamentación del trabajo en días domingos y festivos, que pasaba con el trabajo suplementario y e trabajo nocturno en esos mismos días, lo cual no significa que excluyera o hubiera eliminado los recargos correspondientes. Por el contrario, dentro del régimen de jornada laboral deben incluirse las labores desarrolladas en días de descanso obligatorio. Es decir, si el trabajador labora en días domingos y festivos, es indiscutible que la labor ha de sujetarse a la jornada ordinaria o la máxima legal y así mismo deberá tenerse en cuenta si se cumple en horario diurno o nocturno, y si se trabaja tiempo A suplementario u horas extras, para efectos de la remuneración.

En este orden de ideas, las primeras 8 horas que se trabajan dentro de las 24 horas del dominical o festivo tiene un recargo del 75%, pero si se laboran en el lapso de las 10 de la noche a las seis de la mañana tienen un recargo adicional del 35% por ser hora nocturna, si se laboran más de las 8 horas en el horario diurno que es el comprendido entre las 6 de la mañana a las diez de la noche tiene un recargo del 75% más el 25%, y si hay horas extras nocturnas al recargo del 75% se le suma el del 75%.

En conclusión, quien trabaja horas extras- diurnas o nocturnas- o en jornada nocturna en domingos o festivos, ha de percibir una retribución superior frente a la de quien realiza esta 'misma labor en cualquier otro día de la semana. También se concluye que los recargos por horas extras y trabajo nocturno en días domingos y festivos, no se acumulan con los recargos por trabajo dominical, sino que cada uno de ellos opera por separado.

En términos numéricos, el trabajo dominical extra o suplementario se liquidaba antes de la reforma con un 2.25% o 2.75% según fuera diurno o nocturno y el trabajo dominical nocturno se recargaba en un 2.35%. Ahora, con las nuevas disposiciones de la Ley 789 de 2002, el trabajo extra y el trabajo nocturno se adiciona con un recargo del 75% sobre el valor del trabajo ordinario, así:

- Hora extra dominical diurna, tiene un recargo del 100%, 75% por ser trabajo dominical y 25% por ser extra diurna,
- Hora extra nocturna dominical, tiene un recargo del 150%: 75% por trabajo dominical más 75% por ser extra nocturna. Trabajo dominical nocturno, tiene un recargo del 110%: 75% por trabajo dominical más 35% por ser nocturno. Finalmente le manifestamos, que las normas comentadas en este texto aplican para todos los trabajadores de la empresa consultante cualquiera sea la actividad u oficio que el ella realice"⁵⁴

⁵⁴ <http://www.gerencie.com/recargo-nocturno-y-diurno-en-dias-festivos.html>

4.4 ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

- 1) *Exponga cuál es el factor determinante de la jornada máxima laboral.*
- 2) *Analice las excepciones a la jornada máxima laboral y justifique su existencia legal.*
- 3) *Justifique la existencia del trabajo por turnos.*

4.5 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

J

Haga un examen de la Sentencia C- 10804 de la Corte Constitucional expedida en agosto de 1988 y explique porqué razones la Corte declaró exequible el artículo 160 del C.S.T. que fijó los horarios del trabajo ordinario y del trabajo nocturno.

4.6 AUTOEVALUACIÓN

Ae

- 1) *¿Qué se entiende por trabajo “supletorio” y cómo se paga?*
- 2) *¿Qué se entiende por jornada ordinaria?*
- 3) *¿Cómo se aplica el concepto de jornada a trabajos que no pueden tener solución de continuidad?*
- 4) *¿Cuál es el horario fijado por la ley para discriminar la jornada laboral diurna de la nocturna?*
- 5) *¿Cómo se liquidan y pagan las horas extras diurnas, nocturnas y dominicales?*

Unidad 5 | DESCANSO OBLIGATORIO

Qg

Considerar el descanso obligatorio como un derecho que corresponde al trabajador en razón del desgaste físico y espiritual que su actividad laboral le supone.

Qe

- *Identificar la naturaleza jurídica de las vacaciones y la forma de reconocer y liquidar su valor.*
- *Diferenciar los diversos tipos de descanso que la ley reconoce a los trabajadores.*
- *Reconocer las diversas circunstancias que en cuanto al tiempo, la compensación, la acumulación, la interrupción y la remuneración la ley establece para las vacaciones.*

5.1. DESCANSO DOMINICAL REMUNERADO

El artículo 172 del C.S.T. dispone:

ARTICULO 172. Norma general. “ (Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 50 de 1990. Salvo la excepción consagrada en el literal c) del artículo 20 de esta ley **el empleador esta obligado a dar descanso dominical remunerado a todos sus empleados . Este descanso tiene una duración mínima de veinticuatro (24) horas**”.

Con respecto a la expresión “dominical”, el párrafo 1o. del artículo 26 de la Ley 789 de 2002, establece:

“El trabajador podrá convenir con el empleador su día de descanso obligatorio el día sábado o domingo, que será reconocido en todos sus aspectos como descanso dominical obligatorio institucionalizado.

La excepción del artículo 20 literal c) de la ley 50 de 1990 dice así:

“La duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las siguientes excepciones:

En las empresa, factorías o nuevas actividades que se establezcan a partir de la vigencia de esta Ley, el empleador y los trabajadores pueden acordar temporal o indefinidamente la organización de turnos de trabajos sucesivos, que permitan operar a la empresa o secciones de la misma sin solución de continuidad durante todos los días de la semana, siempre y cuando el respectivo turno no exceda de seis (6) horas al día y treinta y seis (36) a la semana.

*En este caso no habrá lugar al recargo nocturno ni al previsto para el trabajo dominical o festivo, **pero el trabajador** devengará el salario correspondiente a la jornada ordinaria de trabajo, respetando siempre el mínimo legal o convencional **y tendrá derecho a un día de descanso remunerado.***

Este artículo fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-568-93 de 9 de diciembre de 1993.

5.1.1 Forma de liquidar la remuneración del descanso dominical

ARTICULO 173. Remuneracion. (Artículo modificado por el artículo 26 de la Ley 50 de 1990).

“1. El empleador debe remunerar el descanso dominical con el salario ordinario de un día, a los trabajadores que habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborales de la semana, no falten al trabajo, o que, si faltan, lo hayan hecho por justa causa o por culpa o por disposición del empleador.

2. Se entiende por justa causa el accidente, la enfermedad, la calamidad doméstica, la fuerza mayor y el caso fortuito.

3. No tiene derecho a la remuneración del descanso dominical el trabajador que deba recibir por eso mismo día un auxilio o indemnización en dinero por enfermedad o accidente de trabajo.

4. Para los efectos de este artículo, los días de fiesta no interrumpen la continuidad y se computan como si en ellos se hubiera prestado el servicio por el trabajador.

5. Cuando la jornada de trabajo convenida por las partes, en días u horas, no implique la prestación de servicios en todos los días laborales de la semana, el trabajador tendrá derecho a la remuneración del descanso dominical en proporción al tiempo laborado

El Consejo de Estado ha expresado en sentencia 8 de 1986, tomada de Régimen Laboral Colombiano, lo siguiente

“El artículo 173 del Código Sustantivo de Trabajo indica que el patrono debe remunerar el descanso dominical con el salario ordinario del día, a los trabajadores que habiéndose obligado a prestar sus servicios todos los días de la semana, no falten al trabajo, o si faltan, lo hayan hecho por justa causa o por culpa o disposición del patrono. Luego, el artículo 174 de la misma obra clarifica lo anterior cuando señala que en todo sueldo se entiende comprendido el pago de descanso en los días que es legalmente obligatorio y remunerado. No debe olvidarse que el artículo 133 ibídem denomina jornal al salario estipulado en días y sueldo el estipulado por periodos mayores. Por tanto si es sueldo, y bajo los supuestos normativos del artículo 173 en cita, va comprendido el pago de los descansos dominical y festivos, no puede considerarse que en el caso que el trabajo sea habitual en tales días surja por el patrono el pago del mismo concepto en la fecha en que el trabajador haga uso del descanso compensatorio. Eso equivaldría a un doble pago del día de descanso dominical, que no es obviamente el sentido del artículo 13 del decreto

2351. Lo que la ley pretende, es que el trabajador que recibe un sueldo habiendo a su vez trabajado la semana completa y laborando además días domingos y festivos, reciba de todas maneras en otro día distinto un descanso remunerado que por otro lado ya se remuneró de antemano como atrás se dijera”.

5.1.2 Valor de la remuneración del descanso dominical

El artículo 174 del C.S.T. habla del Valor de la Remuneración, así:

“1. Como remuneración del descanso, el trabajador a jornal debe recibir el salario ordinario sencillo, aún en el caso de que el descanso dominical coincida con una fecha que la ley señale también como descanso remunerado.

2. En todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado.

5.1.3 Excepciones en relación con el descanso dominical remunerado

Y para terminar este Capítulo detállense las excepciones que hace el ARTICULO 175. con respecto al descanso dominical remunerado.

EXCEPCIONES. (Artículo modificado por el artículo 27 de la Ley 50 de 1990).

“1. El trabajo durante los días de descanso obligatorio solamente se permite retribuyéndolo o dando un descanso compensatorio remunerado:

a). En aquellas labores que no sean susceptibles de interrupción por naturaleza o por motivo de carácter técnico;

b). En las labores destinadas a satisfacer necesidades inaplazables, como los servicios públicos, el expendio y la preparación de drogas y alimentos;

c). En las labores del servicio doméstico y de chóferes particulares, y

d). En el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales del artículo 20 literal c) de esta Ley en el cual el trabajador sólo tendrá derecho a un descanso compensatorio remunerado.

2. El gobierno nacional especificará las labores a que se refieren los ordinales a) y b) del ordinal de este artículo.

5.2 DESCANSO EN OTROS DIAS DE FIESTA.

El artículo 177, modificado por la ley 51 de 1983, artículo 1º ordena el descanso remunerado en otros días de fiesta. Es la conocida como la “Ley Emiliani”, en honor al Senador RAIMUNDO EMILIANI ROMÁN ponente de esta Ley ante el Congreso.

Dice el artículo 117 modificado:

ARTÍCULO 1.

1. Todos los trabajadores, tanto del sector público como del sector privado, tienen derecho al descanso remunerado en los siguientes días de fiesta de carácter civil o religioso: Primero de enero, seis de enero, diecinueve de marzo, primero de mayo, veintinueve de junio, veinte de julio, siete de agosto, quince de agosto, doce de octubre, primero de noviembre, once de noviembre, ocho de diciembre y veinticinco de diciembre, además de los días jueves y viernes santos, Ascensión del Señor, Corpus Christi y Sagrado Corazón de Jesús.

2. Pero el descanso remunerado del seis de enero, diecinueve de marzo, veintinueve de junio, quince de agosto, doce de octubre, primero de noviembre, Ascensión del Señor, Corpus Christi y Sagrado Corazón de Jesús cuando no caigan en día lunes se trasladarán al lunes siguiente a dicho día.

Cuando las mencionadas festividades caigan en domingo, el descanso remunerado, igualmente se trasladará al lunes.

3. Las prestaciones y derechos que para el trabajador origina el trabajo de los días festivos, se reconocerán en relación al día de descanso remunerado establecido en el inciso anterior.

ARTÍCULO 2. La remuneración correspondiente al descanso en los días festivos se liquidará como para el descanso dominical, pero sin que haya lugar a descuento alguno por falta al trabajo.

Y el artículo reza lo siguiente:

ARTICULO 178. Suspensión del trabajo en otros días de fiesta. Cuando por motivos de cualquier fiesta no determinada en el artículo anterior el empleador suspendiere el trabajo, está obligado a pagar el salario de ese día, como si se hubiere realizado. No esta obligado a pagarlo cuando hubiere mediado convenio

expreso para la suspensión del trabajo o su compensación en otro día hábil, o cuando la suspensión o compensación estuviere prevista en reglamento, pacto, convención colectiva o fallo arbitral. Este trabajo compensatorio se remunera sin que se entienda como trabajo suplementario o de horas extras.

5.3 VACACIONES ANUALES REMUNERADAS

5.3.1 Tiempo de duración

Este capítulo empieza con el artículo 186 del C.S.T. que dice así:

DURACION. 1. Los trabajadores que hubieren prestados sus servicios durante un año tienen derecho a quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas.

2. Los profesionales y ayudantes que trabajan en establecimientos privados dedicados a la lucha contra la tuberculosis, y los ocupados en la aplicación de rayos X, tienen derecho a gozar de quince (15) días de vacaciones remuneradas por cada seis (6) meses de servicios prestados.

Sobre este tema la **Corte Constitucional en sentencia C-598 de 1997** afirmó: “Las vacaciones constituyen un derecho del que gozan todos los trabajadores, como quiera que el reposo es una condición mínima que ofrece la posibilidad de que el empleado renueve la fuerza y la dedicación para el desarrollo de sus actividades. Las vacaciones no son entonces un sobre sueldo sino un derecho a un descanso remunerado.)

5.3.2 Naturaleza jurídica de las vacaciones

Se transcribe el comentario de la naturaleza jurídica de las vacaciones del Régimen Laboral Colombia publicado por Legis Editores en su numeral 2170 del envío 222:

“Las vacaciones son un descanso remunerado. Por esta razón no son una prestación social, tampoco pueden considerarse como un factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales, porque no retribuyen directamente el servicio prestado”.

Por las anteriores razones el no pago, a la terminación del contrato de trabajo, no generan la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T. (ver 2.16.)

Y continúa el comentario antes aludido: *“Lo pagado por este concepto debe tomarse como base la liquidar aportes al Subsidio Familiar, SENA, ESAP, ICBF, escuelas industriales e institutos técnicos por mandato expreso del artículo 17 de la ley 21 de 1982.*

Siguiendo con los comentarios del Régimen Laboral Colombiano, transcribimos lo apuntado en el comentario 2171-1 del mismo envió:

5.3.3 Consideraciones sobre el día Sábado

En relación con el día sábado se han expuesto dos criterios así:

1) Este día se debe tomar como hábil para computar las vacaciones porque los días no hábiles (domingos y festivos) están taxativamente enumerados en la ley, de tal manera que los días no incluidos como hábiles, entre los que están como los sábados. Sin embargo la división de relaciones individuales del Ministerio del Trabajo ha conceptuado con base en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 15 de septiembre de 1965 que en el caso que los trabajadores que lo labores el día sábado, no obstante que este sea día hábil, no se debe contabilizar como tal para el computo del tiempo para el disfrute vacacional, y

2) El día es hábil si se toma la ley en su generalidad, pero se torna inhábil para los trabajadores en cuya empresa así se haya pactado, y en los casos en los que para el solo efecto del reconocimiento de este descanso, el empleador, voluntariamente y en forma extralegal computa el día hábil como no hábil

Este autor tiene como tesis que cuando se trabajan más de las ocho horas diarias de lunes a viernes, para compensar el sábado, este es un día hábil, no trabajado pero compensado y entonces no se computa para el tiempo de vacaciones.

5.3.4 La época de vacaciones

La referencia al tiempo en que se deben tomar se encuentra en el:

ARTICULO 187. EPOCA DE VACACIONES.

1. La época de vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año subsiguiente, y ellas deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador, sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso.

2. El empleador tiene que dar a conocer con quince (15) días de anticipación, la fecha en que le concederá la vacaciones.

(Numeral adicionado por el artículo 5o del Decreto 13 de 1967). Todo empleador debe llevar un registro especial de vacaciones en que el anotará la fecha en que ha ingresado al establecimiento cada trabajador, la fecha en que toma sus vacaciones anuales y en que las termina y la remuneración recibida por las mismas.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de octubre 8 de 1985 señala:

“El artículo 187 prevé que todas las vacaciones debe concederlas el patrono de oficio o a petición del trabajador “a más tardar dentro del año subsiguiente” o sea dentro del año que sigue a aquel en que las vacaciones ya causadas deben disfrutarse en tiempo, es decir, en las que sigue a la anualidad en que por haberse trabajado de antemano el año completo se adquiere el derecho al descanso remunerado.

De otra suerte, si tal no hubiera sido la previsión del legislador, habría empleado la expresión “año siguiente” sin añadirle la palabra “a mas tardar”. De donde se concluye que la exigibilidad al derecho al disfrutar de una vacaciones por haber trabajado durante el año, solo comienza a contarse para efectos de la prescripción desde el vencimiento de los dos años posteriores a aquel en que se configuro el derecho a disfrutarlas en el tiempo”

5.3.5 Interrupción de las vacaciones

ARTICULO 188. Interrupcion. *“Si se presenta interrupción justificada en el disfrute de las vacaciones, el trabajador no pierde el derecho a reanudarlas”*

Sobre el particular en el numeral 2188 del Regimen Laboral Colombiano dice:

La enfermedad interrumpe las vacaciones: *La enfermedad interrumpe el disfrute de las vacaciones porque durante la enfermedad el trabajador no está recomponiendo sus*

*fuerzas ni recuperando su capacidad de trabajo. Todo lo contrario, el estado patológico en que se encuentra se opone a esa recuperación. Es decir, que el fin social de las vacaciones no se está cumpliendo.*⁵⁵

5.3.6 Compensación en dinero de las vacaciones

ARTICULO 189. Compensacion en dinero de las vacaciones.

1. Es prohibido compensar en dinero las vacaciones. Sin embargo, el Ministerio de Trabajo podrá autorizar que se pague en dinero hasta la mitad de éstas en casos especiales de perjuicio para la economía nacional o la industria.

2. Numeral derogado por el artículo 2 de la Ley 995 de 2005.

3. Para la compensación de dinero de estas vacaciones, en el caso de los numerales anteriores, se tomará como base el último salario devengado por el trabajador”.

El artículo 1º de la ley 995 del año 2005 estableció el reconocimiento de las vacaciones en caso de retiro del servicio o la terminación del contrato de trabajo, así:

“Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado su contrato de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por el año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado..

Por medio de la sentencia C-669 del 2006 se declaro exequible condicionalmente el anterior artículo

5.3.7 Acumulación de las vacaciones

ARTICULO 190. Acumulacion.

“1. En todo caso, el trabajador gozara anualmente, por lo menos de seis (6) días hábiles continuos de vacaciones, los que no son acumulables.

2. Las partes pueden convenir en acumular los días restantes de vacaciones hasta por dos años.

⁵⁵ Cita a Consulta “Trabajo” Vol. II No. 7 pág. 64, citada por Ortega Torres.

3. La acumulación puede ser hasta por cuatro (4) años, cuando se trate de trabajadores técnicos, especializados, de confianza, de manejo o de extranjeros que presten sus servicios en lugares distintos a los de la residencia de sus familiares.

4. Si el trabajador goza únicamente de seis (6) días de vacaciones en un año, se presume que acumula los días restantes de vacaciones a las posteriores, en términos del presente artículo.

Este artículo fue reglamentado por el decreto 995 del año 1968 que dice:

ARTICULO 7o. ACUMULACION. "1. En todo caso, el trabajador gozará anualmente, por lo menos, de seis (6) días hábiles continuos de vacaciones, los que no son acumulables.

2. Las partes pueden convenir en acumular los días restantes de vacaciones hasta por dos (2) años.

3. La acumulación puede ser hasta por cuatro (4) años, cuando se trate de trabajadores técnicos, especializados de confianza, de manejo o de extranjeros que presten sus servicios en lugares distintos a los de la residencia de sus familiares.

4. Si el trabajador goza únicamente de seis (6) días de vacaciones en un año, se presume que acumula los días restantes de vacaciones a las posteriores, en los términos del presente artículo.

ARTICULO 8o. 1. Quedan prohibidas la acumulación y la compensación, aún parcial de las vacaciones de los trabajadores menores de diez y ocho (18) años durante la vigencia del contrato de trabajo, quienes deben disfrutar de la totalidad de sus vacaciones en tiempo, durante el año siguiente a aquel en que se hayan causado.

2. Cuando para los mayores de diez y ocho (18) años se autorice la compensación en dinero hasta por la mitad de las vacaciones anuales, este pago solo se considerará válido si al efectuarlo el empleador concede simultáneamente en tiempo al trabajador los días no compensados de vacaciones.

5.3.8 Remuneración durante las vacaciones

ARTICULO 192. Remuneracion.

1. Durante el período de vacaciones el trabajador recibirá el salario ordinario que esté devengando el día en que comience a disfrutar de ellas. En consecuencia, sólo se excluirán

para la liquidación de vacaciones el valor del trabajo en días de descanso obligatorio y el valor del trabajo suplementario en horas extras.

2. Cuando el salario sea variable las vacaciones se liquidarán con el promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se concedan.

Se transcriben los comentarios del Código Laboral de la Editorial Legis, numeral 2216-1 del envío 226:

“Salario base: Durante el periodo de vacaciones el trabajador recibe el salario ordinario que esta devengando el día que comience a disfrutarlas. Este salario ordinario está formado por todo lo que recibe el trabajador como remuneración a sus servicios, excepto el valor del trabajo en días de descanso obligatorio y horas extras, que deben excluirse según orden expresa del art. 182 norma que no cubre el recargo nocturno ni lo recibido por descanso obligatorio remunerado, los cuales deben computarse dentro del salario ordinario.

El auxilio de transporte tampoco cuenta para liquidación de vacaciones.

Cuando el salario es variable las vacaciones deben liquidarse por el promedio de los devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se conceden. De este salario también se excluye el valor del trabajo en días de descanso obligatorio y de horas extras pero se computa por trabajo simplemente nocturno y la remuneración por descanso obligatorio.

5.4 ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

- 1) De lo expuesto en esta unidad deduzca porqué el descanso dominical no se da necesariamente el día domingo.
- 2) ¿Cuál es el criterio básico para remunerar el descanso dominical?
- 3) Exponga los casos excepcionales consignados en la ley, en los cuales el trabajador no tiene derecho al descanso dominical remunerado.
- 4) Realice un estudio sobre las conveniencias económicas y sociales de la llamada “Ley Emiliani”, artículo 177 del C.S.T.

5.5 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

J

- 1) *En la Sentencia C-598- 1997 de la Corte Constitucional destaque los conceptos básicos sobre la “naturaleza de las vacaciones”.*
- 2) *En la Sentencia C- 568 -93 destaque los argumentos con los cuales la Corte Constitucional declara exequible el artículo 20, literal c) de la Ley 50 de 1990 que eximió del recargo nocturno y dominical a la organización de turnos sucesivos de trabajo en las empresas.*

5.6 AUTOEVALUACIÓN

Ae

- 1) *De acuerdo con la Sentencia de la C. S. J. datada en 8 de octubre de 1985, cómo se debe interpretar la expresión “a más tardar dentro del año subsiguiente” del artículo 187 del C.S.T. , tanto para efectos del disfrute de las vacaciones, como para la prescripción de este derecho.*
- 2) *¿Qué consecuencias jurídicas, en relación con el derecho a las vacaciones, se generarían para el trabajador si el legislador no hubiera empleado la expresión “a más tardar”?*
- 3) *¿En qué casos y bajo qué condiciones la ley permite que se trabaje en los días de descanso obligatorio?*

Unidad 6 | PRESTACIONES SOCIALES COMUNES

Qg

Comprender la relación existente entre las empresas como empleadores y el pago de las prestaciones sociales comunes a las cuales tienen derecho los trabajadores.

Qe

1) Relacionar el concepto de empresa con el pago de las prestaciones sociales de los trabajadores.

2) Diferenciar el concepto de prestación social de los conceptos de salario e indemnización.

3) Discriminar entre prestaciones sociales comunes y especiales.

4) Identificar y caracterizar los diversos tipos de prestaciones sociales comunes.

6.1 CONCEPTUALIZACIÓN

6.1.1 Definición

“Son los pagos que el empleador hace al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios con el fin de cubrir riesgos o necesidades del trabajador originados durante la relación laboral o con ocasión de la misma”.⁵⁶

6.1.2 Diferencia con el salario y la indemnización

Las prestaciones sociales se diferencian del salario en cuanto no constituyen una retribución directa de la prestación del servicio y no son indemnizaciones en cuanto no están destinadas a reparar un daño o perjuicio proveniente del empleador.

6.1.3 Definición de empresa en el C.S.T.

Como la empresa y en algunos casos varias empresas, adquieren la calidad de empleadores y tienen la responsabilidad de asumir el pago de este tipo de prestaciones, entonces la ley considera necesario (No se porque razón las PRESTACIONES SOCIALES COMUNES, que están ordenadas por ley) definir y regular en el Capítulo I del Título VIII del Código Sustantivo del Trabajo (trae artículos para) temas como el de la Empresa y la Unidad de Empresa y su reglamentación en el derecho laboral. Los artículos son los siguientes:

ARTICULO 194. Definición de empresa. Modificado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990.

1. Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.

*2. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; **pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declararse la unidad de empresa** solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria*

⁵⁶ LEGIS, Régimen Laboral Colombiano, Comentario226-1.

esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del Ministerio o del juez del trabajo.

3. No obstante lo anterior, cuando una empresa establezca una nueva unidad de producción, planta o factoría para desarrollar actividades similares, conexas o complementarias del objeto social de las mismas, en función de fines tales como la descentralización industrial, las explotaciones, el interés social o la rehabilitación de una región deprimida, sólo podrá declararse la unidad de empresa entre aquellas y estas después de un plazo de gracia de diez (10) años de funcionamiento de las mismas. Para gozar de este beneficio el empleador requiere concepto previo y favorable del Ministerio de Desarrollo Económico.

4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a solicitud de parte y previa investigación administrativa del caso, podrá declarar la unidad de empresa de que trata el presente artículo, para lograr el cumplimiento de las leyes sociales. También podrá ser declarada judicialmente.

Como lo anota el Régimen Laboral Colombiano “La figura de la Unidad de Empresa había sido modificada mediante el artículo 48 de la ley 789 del 2002, que fue **declarado inexecutable** mediante la sentencia C-801 del 2003 de la Corte Constitucional.”^{57 58}

Por medio del **Decreto 318 de 1992 se Reglamenta el artículo 194 del C.S.T.** Reza:

“Para efectos de lo previsto en el numeral 3° del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, se considera como nueva unidad de producción, planta o factoría, aquellas que comenzaron su operación productiva después del 1° de enero de 1991. Artículo 2° El Ministerio de Desarrollo Económico dará el concepto previo favorable de que trata el numeral 3° del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, al empleador que acredite lo establecido en el artículo 1° del presente Decreto y por lo menos uno de los siguientes requisitos: a) Que la nueva Unidad de Producción, planta o factoría esté ubicada en un municipio en donde no existan empresas de más de diez (10) empleados, según información del DANE;

b) Que la nueva Unidad de Producción, planta o factoría destine por lo menos el diez por ciento (10%) de su producción a los mercados de exportación;

57 REGIMEN LABORAL COLOMBIANO. Ed. Legis. Envío 218. P. 461.

58 http://juriscol.banrep.gov.co:8080/basisjurid_docs/legislacion/normas_buscar.html

c) Que la nueva Unidad de Producción, planta o factoría esté localizada en alguno de los municipios considerados en el Decreto 2817 de 1991, como zona de régimen aduanero especial;

d) Que como parte del fin de interés social que se menciona en el numeral 3° del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, la nueva Unidad de Producción, planta o factoría genere por lo menos cien (100) nuevos empleos directos

Artículo 3° Para fines de acreditar los requisitos solicitados en los artículos anteriores, el Empleador utilizará los medios de prueba de carácter financiero, contable, técnico, comercial o administrativo que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos ante el Ministerio de Desarrollo Económico.

6.1.4 Definición de empresa en el Código de Comercio

El Código de Comercio define también la Empresa para los actos que regula esa normatividad. Al Código Laboral para el cumplimiento de las leyes sociales, también le interesa tomar en cuenta el contenido de este artículo:

El artículo 25 del Código de Comercio señala:

EMPRESA - CONCEPTO. “Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”.⁵⁹

6.1.5 El tema de la “Unidad de Empresa”

Sobre el tema de la Unidad de Empresa en la legislación laboral, hay muchísima jurisprudencia. Transcribimos una y referenciamos otras.

“De vieja data, (ver entre otras, las jurisprudencias del 31 de octubre de 1957, 18 de abril de 1958, 12 de diciembre de 1959, 15 de julio de 1965 y 28 de noviembre del mismo año) tiene adoctrinado que:

Siendo el patrono una persona natural o jurídica y, como tal, un sujeto de derechos y la empresa la unidad de explotación económica, o las varias dependientes de una misma

⁵⁹ http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/C_COMERC.HTM

*persona, es un simple objeto de derechos en los mismos términos del artículo 194 del C.S.T. Ello así, ha dicho, no pueden confundirse las sujetos con los objetos”.*⁶⁰

Las jurisprudencias que referenciamos de la Corte Suprema de Justicia son las siguientes:

Las sentencias junio 6 de 1972 , 11591 del 10 de agosto de 1999; 19997 del 1 de agosto del 2003, la 20142 del 14 de ese mismo mes y año.,

6.1.6 Capital de la Empresa: definición y prueba

EL ARTICULO 195. “Definición y prueba del capital de la empresa.

“1. Para los efectos de este Código se entiende por capital de la empresa el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior según prueba que debe presentar el empleador. En caso de no presentarla se presume que tiene el capital necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada.

2. El capital que se debe tomar en cuenta es el de la empresa y no el de la persona natural o jurídica a la cual pertenezca”.

Sobre el tema del capital empresarial abunda la jurisprudencia. Transcribimos algunas que se encuentran en el Régimen Laboral Colombiano, de la Corte Suprema de Justicia se ubican allí:

“Capital de La empresa.”(...) *para saber si la empresa no tiene capital suficiente para hacerla responsable de una obligación laboral , ha de averiguarse el capital de ella en el momento del nacimiento del derecho, para lo cual se ha de tener como tal, el valordel patrimonio gravable del año inmediatamente anterior”.* (C.S.J **Sentencia del 4-02-75, Sala de Cas. Laboral**),

Prueba del capital de la empresa. *“Tal... la norma transcrita (C.S.T.art. 195) limita o reduce el medio de prueba del capital de la empresa o patrono a la copia de la declaración de renta del año inmediatamente anterior, o la certificación que sobre ella expida la respectiva Administración de Impuestos Nacionales. Siendo así resulta que el valor del capital de una empresa o patrono no se puede demostrar con medio alguno distinto al indicado, así lo ha explicado la reiterada jurisprudencia al respecto.(C.S.J. Cas. Laboral Sent. Mayo 18/83)*

⁶⁰ Sentencia de Noviembre 23 de 1987,

6.1.7 Coexistencia de Prestaciones

El ARTICULO 196- Coexistencia de prestaciones.

“1. La coexistencia de contratos de que trata el artículo 26 implica la coexistencia de prestaciones.

2. Cuando un trabajador tenga derecho a que varios empleadores le concedan una prestación asistencial o en especie, estos {empleadores} tienen que suministrarla y costearla en proporción a los salarios que cada uno le pague al trabajador, y si uno solo de ellos la suministrare íntegramente, quedará subrogado en las acciones del trabajador contra los demás respecto de la parte o cuota que a éstos corresponda”.

6.1.8 Prestaciones sociales para trabajadores de Jornada incompleta

A ellos se refiere el EL ARTICULO 197:

“Los trabajadores tienen derecho a las prestaciones y garantías que les correspondan, cualquiera que sea la duración de la jornada”.

Este artículo reitera la universalidad del derecho a las prestaciones para cualquier trabajador, de manera que (es innecesario porque) se da por descontado que el trabajar tiempo parcial no es óbice para gozar del derecho a todas las prestaciones sociales

6.1.9 El fraude a la ley por parte de las empresas

Por último el ARTÍCULO 198 señala algunos casos en los cuales los procedimientos de los empresarios para eludir el pago de las prestaciones constituyen un FRAUDE A LA LEY.

“Cuando una empresa fraccione o disminuya su capital o restrinja sin justa causa la nómina de los salarios, y adopte sistemas o se valga de otros recursos para eludir las prestaciones de sus trabajadores, el Ministerio de Trabajo puede declararla sujeta a las cargas correspondientes a su clasificación real, previo examen de los hechos”.

6.2 PRESTACIONES SOCIALES COMUNES Y ESPECIALES

A partir de los artículos 193 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo se establecen cuales son las prestaciones sociales comunes y cuales las especiales a que tienen derecho los trabajadores privados en Colombia.

6.2.1 Concepto de Prestaciones Sociales Comunes

Se **denominan comunes** porque a ellas tienen derecho todos los trabajadores. a diferencia de **las especiales**, a las cuales sólo tienen derechos algunos trabajadores, como veremos en su oportunidad,

El artículo 193 del Estatuto Laboral consagra la siguiente **regla general**:

*“1. **Todo los empleadores están obligados a pagar las prestaciones establecidas en este Título**, salvo las excepciones que en este mismo se consagran.*

2. Estas prestaciones dejaran de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo de ellas sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.

El artículo 259 señala:

ARTICULO 259. REGLA GENERAL.

*“1. **Los empleadores o empresas** que se determinan en el presente Título **deben pagar a los trabajadores**, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo*

2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaran de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.

Los incisos 2º del los dos artículos mencionados tienen un condición resolutoria: los empleadores dejarán de estar obligados, dejarán de ser acreedores a partir de cuando el Instituto de Seguros Sociales asuma los riesgos o los derechos a favor de los trabajadores, que los dos Títulos consagran.

La explicación histórica es la siguiente: primero se creó el Instituto de Seguros Sociales, y después se expidió el Código Sustantivo del Trabajo. La creación

de la Seguridad Social fue mediante la ley 90 de 1948 y la del Estatuto Laboral mediante los Decretos 2663 y 3743 de 1950.

El Instituto de la Seguridad Social reglamentó los riesgos que debía asumir a partir de 1966, 18 años después de su nacimiento jurídico.

En ese momento se inició para el empleador el desmonte de su obligación de otorgar los derechos que empezó a asumir la Seguridad Social y solo quedan algunos que por razones obvias la seguridad social no asumen, como lo veremos luego, dentro de este trabajo.

6.2.2 Tipos o clases de prestaciones comunes

El Título VIII de los Capítulos II a VII establece las siguientes PRESTACIONES PATRONALES COMUNES o PRESTACIONES SOCIALES CUYO PAGO CORRE POR CUENTA DE LOS EMPLEADORES:

6.2.2.1 Accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Este riesgo fue asumido inicialmente por el Instituto de Seguros Sociales y después de la Ley 100 de 1993, por las Administradoras de Riesgos Profesionales (A.R.P.) publicas (La A.R.P. del Seguro Social) y las Privadas, que son estas SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., ARP. SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S.A., SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A., LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA, ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS DE VIDA (Colombia) S.A., ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS DE VIDA S.A., ARP CIA. DE SEGUROS ATLAS DE VIDA S.A., CIA. DE SEGUROS BOLIVAR, CIA. DE SEGUROS DE VIDA AURORA S.A., BBV SEGUROS GANADERO Cia. de Seguros S.A., LA PREVISORA VIDA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A., MAPFRE COLOMBIA VIDA S.A., RIESGOS PROFESIONALES COLMENA CIA. DE SEGUROS DE VIDA.

A cargo del empleador quedó exclusivamente la responsabilidad indemnizatoria cuando por sus acciones u omisiones se le pueda endilgar culpa comprobada en el accidente de trabajo o en la enfermedad profesional.

El artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo se expresa en la siguiente forma sobre la culpa del empleador en estos eventos:

ARTICULO 216. ***“Culpa del empleador.** Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo.*

El empleador será responsable cuando ocurra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, así la disminución física sea menor,

Responsabilidad que se le achaca cuando haya CULPA, esto es, *“la Imputación a alguien de una determinada acción como consecuencia de su conducta”⁶¹*, además debe ser **SUFICIENTEMENTE COMPROBADA**.

Esta suficiente comprobación a nuestro juicio la debe efectuar el perito experto en el cargo del accidentado o experto en la enfermedad profesional que sufrió el enfermo.

La indemnización por el accidente comprende el daño emergente con los perjuicios materiales y morales y el lucro cesante

El “Régimen Laboral Colombiano” en su numeral 2367 complementa el artículo de la culpa con el siguiente comentario jurisprudencial:

*“Según la Corte Suprema de Justicia, solo la víctima directa del siniestro laboral esta legalmente habilitada para exigirle al patrono cumplabe la responsabilidad plena de los perjuicios sufridos. Ello es así dentro del ámbito de responsabilidad por **culpa contractual**. Pero si aquel falleciere como consecuencia del siniestro, sus herederos serán los titulares de la acción frente al empleador hallado culpable. Además el monto de los **perjuicios morales** sufridos por el trabajador como consecuencia del accidente deben ser tasados prudencialmente y a su arbitrio por el Juzgador. El artículo 106 del Código Penal que regula la forma de tasar la inmediateción por el daño moral no valorable pecuniariamente no es aplicable en materia laboral –donde no existe norma semejante- por cuanto no puede decirse que la culpa atribuible al empleador por la ocurrencia de un accidente del trabajo revista la característica de un hecho punible (CJS Cas. Lab. Sent. 8/87)”⁶²*

En conferencia dictada en el Congreso de Abogados Laboralistas del 2006 el doctor Germán Valdés Sánchez, exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia y una autoridad en derecho laboral en el país al respecto manifestó lo siguiente:

⁶¹ DICCIONARIO DE LA ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. <http://buscon.rae.es/>
⁶² REGIMEN LABORAL COLOMBIANO. Edirial Legis. Envío 233. Noviembre 2007. P. 475.

“Por su parte el artículo 216, que es el que en concreto interesa a este estudio, contempla la posibilidad de incidencia de la culpa del empleador en el acaecimiento del accidente y aun cuando en su texto lo sigue llamando “accidente de trabajo” debe entenderse que es una referencia identificatoria mas no conceptual, porque en sentido estricto esta norma está creando una situación totalmente diferente, dado que parte del supuesto de que el accidente se origina en la culpa del empleador y ella, como es natural, desplaza como causa eficiente del mismo, a las circunstancias propias del trabajo, que son las que conducen a que el accidente pueda calificarse como laboral. Es decir, en estas circunstancias el riesgo se materializa no “por causa o con ocasión del trabajo” sino en virtud del elemento culpable en la conducta del empleador.

Tal especificidad conduce a que el tratamiento de esta situación tenga que ser diferente, comenzando porque las consecuencias se miran con una óptica diferente a las que se derivan del accidente de trabajo, y por eso no se aplica ahora la teoría del riesgo objetivo, porque éste no se crea o surge por las circunstancias laborales sino por un elemento subjetivo como es la acción u omisión culpable del patrono. Por eso mismo la previsión sobre la forma de resarcimiento del perjuicio que de allí aparezca, sigue unos parámetros diferentes, tal como lo señala la misma disposición que para el efecto prevé el pago de “la indemnización total y ordinaria por perjuicios”, medida que difiere de la tarifada a la que se ha hecho referencia anteriormente.

Esa diferenciación se encuentra ampliamente justificada como quiera que las situaciones parten de supuestos opuestos: en el caso del accidente de trabajo el riesgo lo generan las condiciones mismas del oficio desempeñado y de su entorno, mientras que en la situación prevista en el artículo 216 del C.S.T. el elemento causal es la negligencia del empleador que permite el acaecimiento del siniestro. Elemento objetivo el primero y totalmente subjetivo el segundo.

La norma no distingue la clase de culpa patronal que da lugar a la previsión en ella contemplada y que corresponde, como antes se dijo, a la indemnización total y ordinaria de perjuicios. Por tanto debe concluirse que cualquier que ella sea, da lugar a la consecuencia mencionada, bajo el entendido que el elemento culposo, se insiste, cualquiera sea su gravedad, desplaza el riesgo objetivo que nace del trabajo y se convierte en el único elemento eficiente generador del insuceso. Como se observa, la regulación que traía el Código en cuanto a los elementos de culpa que excluían la posibilidad de materialización como tal del accidente de trabajo, o de la enfermedad profesional, estableció una importante diferencia en la graduación del elemento subjetivo que se convirtiera en agente del siniestro, pues mientras que en el caso del trabajador solo la culpa grave impedía que éste alcanzara la connotación de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, en el caso del empleador, cualquier nivel de culpa suya lo sustrae de tal calificación

Pero dentro del entendido de la dificultad de identificar ese elemento culposo como verdadera causa del infortunio, el legislador impuso como condición para llegar a la condena por la indemnización plena la existencia de una “culpa suficientemente comprobada del patrono” lo cual puede entenderse como una carga probatoria especial, luego de la cual no se admita duda alguna sobre la existencia de ese elemento de culpa del empleador, lo cual no puede adoptarse como una simple expresión de la norma sino que debe encontrársele un contenido especial.

En efecto, puede colegirse de lo anterior que frente a un debate sobre la causa del accidente, no resultan utilizables por el juez los elementos de favorabilidad que la ley contempla como expresión tuitiva del trabajador, sino por el contrario, la circunstancia de duda tendría que resolverse mediante la absolución para el patrono por cuanto ella representa una situación contraria a la de la “culpa suficientemente comprobada”. Aun cuando literalmente no es posible describirlo de tal forma porque no existe la expresión concreta de la ley en tal sentido, puede asimilarse la situación a la de la existencia de una presunción de ser el accidente o la enfermedad generada por el trabajo, la cual debe ser desvirtuada probando suficientemente la culpa patronal.

La Corte Suprema de Justicia en lo atinente al tema, se pronunció mediante sentencia dictada el 10 de septiembre de 1997 en los siguientes términos:

“Cuanto a la responsabilidad del empleador frente a los riesgos profesionales, en reiteradas ocasiones ha expresado esta Sala de la Corte que la misma se encuentra estructurada sobre dos diferentes categorías jurídicas: la primera, la indemnización laboral común, halla su fundamento en la responsabilidad objetiva que la ley estableció a cargo del empleador, sin tener en cuenta la culpa, para procurar la integridad física de los trabajadores a su servicio y garantizar así la reparación del daño que sufran en su cuerpo o en su salud por razón del accidente de trabajo o enfermedad profesional; para el cálculo del resarcimiento se remite a la tarifa legal correspondiente según la remuneración del asalariado y la secuela que sufra a consecuencia del accidente o de la enfermedad.

La segunda, es la indemnización plena de perjuicios, que consagra el artículo 216 del C.S.T., y que obliga al resarcimiento de todos los perjuicios ocasionados con el accidente al trabajador o a sus causahabientes; exige de quien la reclama la plena demostración de la culpa del empleador en la causación del infortunio. También en este último caso la responsabilidad es contractual pues se origina en el incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo y de las disposiciones legales de prestar protección y seguridad a sus operarios que implican el deber especial de dotarlos de los elementos de seguridad requeridos y de asumir todas las medidas de protección necesarias para que no se presenten tales contingencias; no tienen aquí cabida

las indemnizaciones y prestaciones establecidas legalmente, excepto cuanto se trata de descontar, el valor de las prestaciones en dinero que se hayan cubierto, como lo prevé el mismo artículo 216 del C.S.T.⁶³

6.2.2.2 Calzado y overoles para el trabajador

El artículo 230 del C.S.T., modificado por la ley 11 de 1984, artículo 7º establece que:

“Todo empleador que habitualmente ocupe uno (1) o más trabajadores permanentes, deberá suministrar cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un (1) par de zapatos y un (1) vestido de labor al trabajador, cuya remuneración mensual sea hasta dos (2) meses el salario mínimo más alto vigente. Tiene derecho a esta prestación el trabajador que en las fechas de entrega de calzado y vestido haya cumplido más de tres (3) meses al servicio del empleador”.

Esta norma fue reglamentada por el **Decreto 982 de 1984**, que ordena:

Artículo 1º-*“Para efectos de la obligación consagrada en el artículo 7º de la Ley 11 de 1984, se considera como calzado y vestido de labor el que se requiere para desempeñar una función o actividad determinada.*

El overol o vestido de trabajo de que trata el artículo 230 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7º de la Ley 11 de 1984, deber ser apropiado para la clase de labores que desempeñen los trabajadores y de acuerdo con el medio ambiente en donde ejercen sus funciones.

Artículo 2º-*Cuando una convención o pacto colectivo, laudo arbitral, contrato sindical, contrato individual o cuando el patrono por mera liberalidad consagre una prestación igual o similar a la señalada en el artículo 7º de la Ley 11 de 1984, se aplicará íntegramente la más favorable al trabajador, de acuerdo a lo señalado en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo.*

Artículo 3º-*De ninguna manera podrán exigirse independientemente las obligaciones contenidas en el artículo anterior y las contempladas en el artículo 7º de la Ley 11 de 1984.*

Artículo 4º-*Si el trabajador no hace uso de los expresados elementos de labor, por cualquier causa, el patrono queda eximido de proporcionarle los correspondientes al*

63 Corte Suprema de Justicia, Septiembre 10 de 1997, radicación 9806

período siguiente, contado a partir de la fecha en que se le haya hecho al trabajador el último suministro de esos elementos.

El patrono dará aviso por escrito sobre tal hecho al Inspector de Trabajo del lugar y en su defecto a la primera autoridad política, para los efectos a que hubiere lugar, con relación a los referidos suministros

El artículo 232 regula **el momento o la oportunidad en la cual tales elementos deben entregarse** al trabajador:

ARTICULO 232. FECHA DE ENTREGA. “Los empleadores obligados a suministrar permanente calzado y vestido de labor a sus trabajadores harán entrega de dichos elementos en las siguientes fechas del calendario: 30 de abril, 31 de agosto y 20 de diciembre.

Y los ARTICULOS 233, 234 y 235 se refieren a la obligación del trabajador de utilizar estos implementos en su labor:

USO DEL CALZADO Y VESTIDO DE LABOR. “El trabajador queda obligado a destinar a su uso en las labores contratadas el calzado y vestido que le suministre el {empleador}, y en el caso de que así no lo hiciere éste quedara eximido de hacerle el suministro en el eríodo siguiente”.

ARTICULO 234. “**Prohibición de la compensación en dinero.** Queda prohibido a los empleadores pagar en dinero las prestaciones establecidas en este capítulo”.

ARTICULO 235. “**Reglamentación.** El Ministerio del Trabajo reglamentará la forma como los empleadores deben cumplir con las prestaciones establecidas en este capítulo y la manera como deben acreditar ese cumplimiento.

Sobre este punto, en la sentencia de casación laboral 10400 de abril 22 de 1998, la Corte estableció lo siguiente: Pag 498-3 Legis ⁶⁴

“Se observa que el incumplimiento de la obligación de suministros de calzado y vestido de labor, dada su finalidad no genera la indemnización moratoria de manera que es improcedente que se imponga en este caso aunque haya permanecido la condena que la reconoció en dinero...”.

“...El objetivo de esta dotación es que el trabajador la utilice en las labores contratadas y es imperativo que lo haga so pena de perder el dercho a recibirla para el período siguiente.

64 LEGIS, Código Laboral Colombiano, op.cit

Se deriva por tanto que a la finalización del contrato carece de todo sentido el suministro pues se reitera que él se justifica en beneficio del trabajador activo...

6.2.2.3 Protección a la maternidad y a los menores

La protección a la maternidad ha venido surgiendo en el derecho laboral desde su nacimiento en el siglo XIX. Las madres embarazadas debían ir a trabajar a las minas y a las fábricas para poder subsistir, tanto en Europa como en América donde se explotó laboralmente, como esclavas a las negras o a las indias. Afortunadamente hoy en día las madres embarazadas y el niño que esperan tienen muchos más derechos.

En Colombia, con el nacimiento de la Seguridad Social y la asunción del riesgo de “Enfermedad General y Maternidad” por parte del I.S.S. y con la expedición de las leyes 100 de 1994 y 755 del 2002, las Entidades Promotoras de Salud (E.P.S.) han asumido las prestaciones económicas y accidentales derivadas de la maternidad.

1) Protección legal y constitucional a la mujer embarazada

Se mantiene como obligación del empleador el denominado **“Fuero de Maternidad”**, para conservar la estabilidad en el cargo de la mujer que está esperando un hijo. Las normas de las cuales a continuación se trata (veremos) se derivan de los **Convenios con la O.I.T. y del artículo 43 de la Constitución Nacional y han sido estudiadas y decididas por la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia.**

El artículo 43 de la Constitución Nacional establece:

ARTICULO 43. *La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada*

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.⁶⁵

El artículo 33 de la Ley 50 de 1990 establece que La Maternidad gozará de la protección especial del Estado.

⁶⁵ Reglamentado por la ley 581 del 2000

2) La Licencia de Maternidad

El artículo 236, subrogado por el artículo 34 de la ley 50 de 1990, norma lo siguiente sobre la licencia de maternidad:

“1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar, (según Jurisprudencia de la Corte Constitucional, la siguiente temática):

a). El estado de embarazo de la trabajadora;

b). La indicación del día probable del parto, y

c). La indicación del día desde el cual deberá empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector publico.

3) La Licencia de Paternidad

Para la interpretación de este numeral debe tenerse en cuenta fallo de tutela de la Corte Constitucional T-1078-03, de 13 de noviembre de 2003, en el cual se hace extensiva la aplicación de este numeral al padre biológico sin cónyuge o compañera permanente-

PARAGRAFO. *Parágrafo modificado por el artículo 1º de la Ley 755 de 2002. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12*

*semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. **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.*

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera ~~permanente~~. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia.

66

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo”.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

4) Descanso remunerado en caso de aborto

Se encuentra regulado en el ARTICULO 237

“1. La trabajadora que en el curso del embarazo sufra un aborto o parto prematuro no viable, tiene derecho a una licencia de dos o cuatro semanas, remunerada con el salario que devengaba en el momento de iniciarse el descanso. Si el parto es viable, se aplica lo establecido en el artículo anterior.

2. Para disfrutar de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico sobre lo siguiente:

66 Los apartes con traza fueron declarados inexecutable por la sentencia Sentencia C-273-03

a). *La afirmación de que la trabajadora ha sufrido un aborto o parto prematuro, indicando el día en que haya tenido lugar, y*

b). *La indicación del tiempo de reposo que necesita la trabajadora.*

5) Descanso remunerado durante la lactancia

Se reglamenta en el:

ARTICULO 238. Descanso remunerado durante la lactancia.

1º El empleador esta en la obligación de conceder a la trabajadora dos descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad.

2. El empleador está en la obligación de conceder más descansos que los establecidos en el inciso anterior si la trabajadora presenta certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen ese mayor número de descansos

3. Para dar cumplimiento a la obligación consagrada en este artículo , los patronos deben establecer en un local contiguo a aquel en donde la mujer trabaja, una sala de lactancia o un lugar apropiado para guardar al niño.

Para la interpretación de este numeral debe tenerse en cuenta lo establecido en la Ley 27 de 1974, en su artículo 1

Créanse los centros de atención integral al preescolar, para los hijos menores de siete (7) años de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales y privados."

4. Los empleadores pueden contratar con las instituciones de protección infantil el servicio de que trata el inciso anterior

6) El fuero de maternidad

Se encuentra consagrado en el ARTÍCULO 239, modificado el el articulo 35 de la ley 50 de 1990, crea el fuero de maternidad. Dice la norma:

PROHIBICION DE DESPEDIR. *"1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.*

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, al pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado.

La Corte Constitucional en la sentencia C-470 de 1997, declaro exequible condicionadme este artículo en los siguientes términos:

“En el entendido de que, en los términos de esta sentencia, y debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts 43 y 53), carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido”

Se anexa la sentencia de la Corte Constitucional SU879-00, sobre el derecho fundamental y la prohibición de despedir a una mujer embarazada.

7) Permiso para despedir a una mujer embarazada

EL ARTICULO 240 lo reglamenta y condiciona en la siguiente forma :.

1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.

2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el {empleador} para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículoS 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.

3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano”.

8) Nulidad del despido

Esta nulidad se encuentra prevista en el ARTICULO 241.

1. *El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.*
2. *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.*

9) Trabajos prohibidos a la mujer embarazada

La prohibición de estos trabajos se infiere con argumento de mayor razón de lo expuesto en los artículos 242 y 217 en el siguiente sentido: si este tipo de trabajos se prohíben como peligrosos e insalubres para las mujeres normales y los menores, con mayor razón deben estar prohibidos para la mujer embarazada.

Artículo 242 Trabajos prohibidos.

1. *Declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-622-97 del 11 de noviembre de 1997 Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.*
2. *Queda prohibido emplear a los menores de dieciocho (18) años y a las mujeres en trabajos de pintura industrial que entrañen el empleo de la cerusa, de sulfato de plomo o de cualquier otro producto que contenga dichos pigmentos.*
3. *Las mujeres, sin distinción de edad, y los menores de dieciocho (18) años no pueden ser empleados en trabajos subterráneos de las minas ni, en general, trabajar en labores peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos.*

Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por los artículos 117 de la Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

“ARTÍCULO 117. Prohibición de realizar trabajos peligrosos y nocivos. Ninguna persona menor de 18 años podrá ser empleada o realizar trabajos que impliquen peligro o que sean nocivos para su salud e integridad física o psicológica o los considerados como peores formas de trabajo infantil. El Ministerio de la Protección Social en colaboración con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, establecerán la clasificación de dichas

actividades de acuerdo al nivel de peligro y nocividad que impliquen para los adolescentes autorizados para trabajar y la publicarán cada dos años periódicamente en distintos medios de comunicación. Para la confección o modificación de estas listas, el Ministerio consultará y tendrá en cuenta a las organizaciones de trabajadores y de empleadores, así como a las instituciones y asociaciones civiles interesadas, teniendo en cuenta las recomendaciones de los instrumentos e instancias internacionales especializadas."

9) Incumplimiento de conceder licencias y descansos remunerado

EL ARTICULO 243 establece una severa sanción al empleador por no cumplir con sus obligaciones en este aspecto:

"En caso de que el empleador no cumpla con la obligación de otorgar los descansos remunerados de que tratan los artículos 236 y 237, la trabajadora tiene derecho, como indemnización, al doble de la remuneración de los descansos no concedidos

10) Gratuidad de certificados médicos

ARTICULO 244. Certificados médicos. A solicitud de la trabajadora interesada, los certificados médicos necesarios según este capítulo deben ser expedidos gratuitamente por los médicos de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial y por los de todas las entidades de Higiene, de carácter oficial.

ARTICULO 245. Sala cunas. Derogado por el artículo 11 de la ley 27 de 1974 denominado "Centro de atención integral al preescolar, que señala:

"ARTICULO 1o. Créanse los centros de atención integral al preescolar, para los hijos menores de siete (7) años de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales y privados."

EL ARTICULO 246, denominado COMPUTO DE NUMERO DE TRABAJADORAS, fue derogado por el artículo 11 de la Ley 27 de 1974.>

Sobre la prohibición de despedir a la mujer en estado de embarazo o en período de lactancia la Jurisprudencias ha producido los siguientes pronunciamientos:

Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de casación Laboral de

a) Del 18 de Julio de 1985

b) La No. 13.561 de mayo 11 del 2000 sobre la prohibición y nulidad del despido de la mujer embarazada, artículos 239 y 241.

c) La No. 17193 del 10 de julio del 2002

De la Corte Constitucional sobre la estabilidad laboral y prohibición de despedir a la mujer embarazada:

a) Sentencia C-470 del 25 de septiembre de 1997

b) Sentencia T-326 del 18 de agosto de 1998

c) Sentencia T-373 del 22 de julio de 1998

6.2.2.4 Gastos de entierro del trabajador

1) Sobre este asunto el **artículo 247**. señala:

Regla General: Todo empleador} esta obligado a pagar los gastos de entierro de cualquiera de sus trabajadores hasta una suma equivalente al salario del último mes. Este precepto no se aplica a los trabajadores accidentales o transitorios.

El aparte tachado fue derogado según lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-823-06

Según el artículo 51 de la Ley 100 de 1993,

“La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que éste auxilio pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario

Cuando los gastos funerarios por disposición legal o reglamentaria deban estar cubiertos por una póliza de seguros, el Instituto de Seguros Sociales, cajas, fondos o entidades del sector público podrán repetir contra la entidad aseguradora que lo haya amparado por las sumas que se paguen por este concepto”.

6.2.2.5 Gastos de entierro del pensionado

Al entrar en vigencia la Seguridad Social y en especial el Riesgo de Invalidez, Vejez y Muerte, por medio del Decreto Reglamentario de la Ley 90 de 1946, el 3041 de 1966 y ahora con la ley 100 de 1993, **todos los entes que por ley deben pagar pensiones**, sea del sector publico como del privado, **asumen el pago de los gastos de entierro del pensionado** de acuerdo con la ley.

6.2.2.6 Gastos de entierro del sustituto de la pension

La ley 100 de 1993, la que ahora reglamenta este derecho no menciona expresamente que la persona o personas que tengan derecho a sustituir al trabajador o las pensionado muerto, tengan derecho a su vez a que sus deudos reciban los gastos de entierro, en los términos del artículo 51 de la ley 100 antes transcrito.

El autor de este trabajo piensa que si porque la norma citada dice "...los gastos de entierro de un afiliado o pensionado..." y como el sustituto de la pensión adquiere la calidad del pensionado, en este caso tal asimilación hace valer el argumento.

ARTICULO 248. SALARIO VARIABLE. En caso de que el trabajador no tuviere salario fijo se aplica la norma del artículo 228

Esto es;

ARTICULO 228. SALARIO VARIABLE. En caso del que el trabajador no devengue salario fijo, para pagar el auxilio por enfermedad a que se refiere este Capítulo se tiene como base el promedio de lo devengado en el año de servicio anterior a la fecha en la cual empezó la incapacidad, o en todo el tiempo de servicios si no alcanzare a un (1) año.

6.2.2.7 Auxilio de cesantia

En relación con esta prestación social el Código Sustantivo del trabajo modela en su articulado quince (15) situaciones relacionadas con el manejo o utilización que de esta prestación pueden hacer los trabajadores.

Para iniciar el estatuto laboral reglamenta las tres formas o regímenes de liquidación de la cesantía, excluyentes ente sí y que se encuentran vigentes.

1) El Régimen tradicional del Código Sustantivo del Trabajo, de que trata el capítulo VII del título VIII Parte Primera, comprendido entre los artículos 249 al

258, y demás normas que lo modifiquen o adicionen, el cual continúa rigiendo todos los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 50 de 1990 (antes del 1o. de enero de 1991);

2). El régimen Especial creado por la ley 50 de 1990, el cual se aplica obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir del 1o. de enero de 1991, fecha de su entrada en vigencia, y a los trabajadores antiguos del régimen anterior que se acojan al régimen especial, el cual **contempla la liquidación definitiva anual de la cesantía a 31 de diciembre de cada año**, con manejo e inversión a través de los Fondos de Cesantías, creados con base en la autorización del artículo 109, de la citada Ley

3). El régimen de salario integral, contemplado en el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, modificatorio del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo.

El artículo 248 del Código Sustantivo del Trabajo sienta la Regla General:

*“**Todo empleador esta 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 año de servicios y proporcionalmente por fracción de año**”.*

4) Los regímenes del auxilio de cesantía en la Ley

Consagrados en los artículos 98 y 99 de la ley 50 de 1990 donde se señala:

ARTICULO 98. *“El auxilio de cesantía estará sometido a los siguientes regímenes:*

*1o. **El régimen tradicional** del Código Sustantivo del Trabajo, contenido en el Capítulo VII, Título VIII, parte primera y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, el cual continuará rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley.*

*2o. **El régimen especial** que por esta Ley se crea, que se aplicará obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia.*

PARAGRAFO. *Los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley, podrán acogerse al régimen especial señalado en el numeral segundo del presente artículo, para lo cual es suficiente la comunicación escrita, en la cual señale la fecha a partir de la cual se acoge.*

El artículo 99 de la ley 50 de 1990 establece:

“El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características

1a. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2a. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcional por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente

3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

4a. Si al término de la relación laboral existieron saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

5a. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto. ...

6a. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los Decretos que dicte el Gobierno Nacional, en orden a:

Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;

Garantizar que la mayor parte de los recursos captados pueda orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

7a. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.

PARAGRAFO. En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones.

5) Casos de retiros definitivos o parciales de Cesantías

El 102 de la misma ley 50 de 1990 señala:

“El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

- 1. Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud.*
- 2. En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. El valor de la liquidación respectiva se descontará del saldo del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva*
- 3. Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva.*

El artículo 104 ordena al empleador:

De las liquidaciones de cesantía que se efectúen el 31 de diciembre de cada año el empleador deberá entregar al trabajador un certificado sobre su cuantía.

La Sociedad Administradora del Fondo de Cesantía podrá representar al trabajador en las acciones que se adelanten con motivo del incumplimiento del empleador en la liquidación o pago del auxilio de cesantía.

En los eventos en que el empleador esté autorizado para retener o abonar a préstamos o pignoraciones el pago del auxilio de cesantía, podrá solicitar a la Sociedad Administradora la retención correspondiente y la realización del procedimiento que señalen las disposiciones laborales sobre el particular.

Los préstamos de vivienda que el empleador otorgue al trabajador podrán ser garantizados con la pignoración del saldo que este último tuviere en el respectivo fondo de cesantía, sin que el valor de la garantía exceda al del préstamo.

6) Casos de pérdida del derecho al auxilio de cesantías

El artículo 250 del C.S.T. señala la pérdida del derecho:

"1. El trabajador perderá el derecho de auxilio de cesantías cuando el contrato de trabajo termina por alguna de las siguientes causas:

- a). Todo acto delictuoso cometido contra el empleador o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero en afinidad, o el personal directivo de la empresa;*
- b). Todo daño material grave causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinaria y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo,*
- 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.*

2. En estos casos el empleador podrá abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta que la justicia decida.

7) Casos en los cuales no se paga el auxilio de cesantía

El artículo 251 establece las **excepciones a la regla general.**

Lo dispuesto en el artículo 249 es decir la obligación de todo patrono de pagar a sus trabajadores como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año no se aplica:

- a). A la industria puramente familiar;*
- (b). A los trabajadores accidentales o transitorios) fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-823-06,*
- c). A los artesanos que, trabajando personalmente en su establecimiento, no ocupen mas de cinco (5) trabajadores permanentes extraños a su familia.*

8) Cesantías restringidas

El artículo 252 establece la **cesantía restringida**, cuyo 1º numeral fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-51 de 1995: Decía así la norma:

1. Los trabajador del servicio domestico, los de empresas industriales de capital inferior a veinte mil pesos (\$20.000) y los de empresas agrícolas, ganaderas o forestales de capital inferior a sesenta mil pesos (\$60.000) tienen derecho a un auxilio de cesantía equivalente

a quince (15) días de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año; pero en lo demás quedan sujetos a las normas sobre este auxilio.

2. El aparte tachado fue declarado inexecutable, condicionalmente mediante la sentencia C-310 del 2007

Para la liquidación de cesantía de los trabajadores del servicio doméstico ~~solo~~ se computará el salario que reciban en dinero.

Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE y CONDICIONALMENTE executable el resto del numeral por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-310-07 “en el en el entendido que el auxilio de cesantía siempre se pagará en dinero y en ningún caso será inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año.”.

3. El tiempo servido antes del primero (1o.) de enero de 1951 por todos aquellos trabajadores que tuvieron restringido el derecho de cesantía en virtud de la legislación vigente hasta esa fecha, se liquidará de acuerdo con dicha legislación.

9) Salario base para la liquidación de Cesantía

EL ARTICULO 253. señala el Salario base para la liquidacion de la cesantia.

1. Para liquidar el auxilio de Cesantía se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre que no haya tenido variación en los tres (3) últimos meses. En el caso contrario y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año.

2. Para el tiempo de servicios anterior al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962) se aplicarán las normas vigentes hasta esta fecha.

10) La prohibición de pagos parciales de Cesantía

Está consignada en el ARTICULO 254..

“Se prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado”.

11) Casos en los cuales se pueden retirar las Cesantías

El artículo 102. de la Ley 50 de 1990 señalo las **eventos en los cueles el trabajador puede retirar las cesantías**:

“El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

*1. **Cuando termine el contrato de trabajo.** En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud.*

*2. **En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo.** El valor de la liquidación respectiva se descontará del saldo del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva.*

*3. **Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado.** En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva.*

Los eventos en que la legislación vigente (numeral 2 anterior) esta contemplada en el artículo 256 de C.S.T.. Señala:

12) Cesantías para Financiación de vivienda

El ARTICULO 256 aduce las circunstancias en que las cesantías se pueden destinar a la **Financiacion de viviendas**.

1. Los trabajadores individualmente, podrán exigir el pago parcial de su auxilio de cesantía para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos.

2. Los empleadores pueden hacer préstamos a sus trabajadores sobre el auxilio de cesantía para los mismos fines.

3. Los préstamos, anticipos y pagos a que se requieren los numerales anteriores, deben ser aprobados por el respectivo inspector del trabajo, o, en su defecto, por el alcalde municipal, previa demostración de que van a ser dedicados a los fines indicados en dichos numerales.

4. Los empleadores podrán realizar planes de vivienda, directamente o contratándolos con entidades oficiales, semioficiales o privadas, en beneficio de los trabajadores beneficiarios. En este caso, se requerirá el consentimiento de estos y la aprobación previa del Ministerio de Trabajo

5. Los trabajadores, podrán, igualmente, exigir el pago parcial de sus auxilios de cesantía para realizar planes de vivienda que deberán ser contratados con entidades oficiales, semioficiales o privadas, previa aprobación del Ministerio de Trabajo.

6. Aprobado el plan general de vivienda a que se refieren los numerales 4o. y 5o. de este artículo, no se requerirá nueva autorización para cada préstamo, pago o liquidación parciales.

13) Cesantías para los trabajadores llamados a filas

Este caso se encuentra descrito en el artículo 255:

Trabajadores llamados a filas. Los trabajadores que entren a prestar servicio militar, por llamamiento ordinario o en virtud de convocatoria de reservas, tienen derecho a que se les liquide y pague parcial y definitivamente el auxilio de cesantía, cualquiera que sea el tiempo de trabajo y sin que se extinga su contrato conforme a lo dispuesto en el ordinal 5o. del artículo 51.

14) Exclusión de la cesantía como patrimonio de familia inembargable

A este evento se refiere el artículo 257 cuando señala:

Patrimonio de familia. Las casas de habitación adquiridas por el trabajador antes o dentro de la vigencia de este código, con el auxilio de cesantía, en todo o en parte, no constituyen por ese solo hecho patrimonio familiar inembargable.

15) El auxilio de cesantía incluye el seguro de vida si el trabajador muere

Dispone al respecto el artículo 258. Muerte del trabajador. El auxilio de cesantía en caso de muerte del trabajador no excluye el seguro de vida obligatorio y cuando aquél no exceda del equivalente a cincuenta (50) veces el salario mínimo mensual más alto, se pague directamente por el empleador de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 212 del Código Sustantivo del Trabajo.

6.3 ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

1) *Realice un ensayo donde explique las razones por las cuales cree usted que la legislación laboral parte para referirse al tema de las prestaciones del concepto económico y comercial de “empresa”.*

2) *Argumente porqué razones las prestaciones sociales no constituyen salario.*

3) *Exponga las razones por las cuales la declaratoria de unidad de empresa favorece al trabajador.*

6.4 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

J

6.4.1 *Sobre la Unidad de empresa*

1) *Ver las jurisprudencias del 31 de octubre de 1957, 18 de abril de 1958, 12 de diciembre de 1959, 15 de julio de 1965 y 28 de noviembre del mismo año)*

2) *Sobre el mismo tema consultar las sentencias de la C. S. J. junio 6 de 1972 , 11591 del 10 de agosto de 1999; 19997 del 1 de agosto del 2003, la 20142 del 14 de ese mismo mes y año.*

6.5 AUTOEVALUACIÓN

Ae

1) *¿Cuál es la diferencia entre prestaciones sociales comunes y especiales?*

2) *¿Qué responsabilidad asume el empleador en los casos de enfermedad no profesional?*

3) *¿En qué casos los operarios pierden el derecho a la dotación de calzado y overoles?*

4) *¿Para qué grupos de personas reconoce la ley los gastos de entierro?*

5) CASO

La señora Daría Toro se encuentra en estado de gravidez y tiene contrato de trabajo “a término fijo” con la “Corporación Dios es amor”.

Ae

Su contrato finalizó cuando ella se encontraba en el séptimo mes de embarazo. En estas circunstancias la Corporación decide darle por terminado el contrato por vencimiento del mismo y no se lo renueva. La trabajadora embarazada recurre a un abogado, quien le recomienda asesorarla para intentar una acción de tutela. Se pregunta: ¿Procedió en derecho la empleadora al dar por terminado el contrato?

¿Con base en qué argumentos jurídicos puede instaurarse la acción de tutela?

¿Cree usted que la acción está llamada a prosperar? ¿Por qué razones?

Unidad 7 | PRESTACIONES SOCIALES ESPECIALES

Objetivos

- Comprender por qué a estas prestaciones se las denomina “especiales”.
- Conocer los parámetros legales que regulan las prestaciones sociales especiales..

Contenidos

- Identificar las nuevas condiciones dentro de las cuales la ley concede la pensión de vejez o de jubilación.
- Concretar cuáles son exactamente las prestaciones sociales especiales.
- Reconocer los grupos de trabajadores que tienen el derecho a las prestaciones sociales especiales.
- Analizar las razones económicas y sociales por las cuales la ley concede estas prestaciones especiales..
- Discriminar los cinco (5) bloques normativos con los cuales la legislación laboral protege las prestaciones sociales.

7.1 PENSION DE JUBILACIÓN O DE VEJEZ

7.1.1 Contexto legal

Se vuelve a transcribir artículo 259 del C.S.T que en su primer inciso expresa;

1. Los empleadores o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.

Y como se expresó en la unidad anterior **(6.2.1)** , el inciso 2º del artículo 259 consagró una Condición Resolutoria

2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.

El derogado **(por el art. 289 L.100/93)** artículo 260 contenía el siguiente texto sobre la pensión de jubilación:

ARTICULO 260. Derecho a la pensión.

1. Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

2. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio.

En ese orden de ideas y refiriéndonos a la unidad anterior, las pensiones de jubilación de que trata este Capítulo, pagadas por el empleador, son las siguientes:

1º Aquellas personas que estuvieren gozando de la pensión antes de que el riesgo de vejez fuera asumido por el Instituto de Seguridad Social. Este riesgo de Invalidez, Vejez y Muerte fue asumido por el ACUERDO NUMERO 224 DE 1966 del Consejo Directivo

y convertido en norma permanente por la Decreto Reglamentario Decreto 3041 de 1966 que entro a regir el 1 de enero de 1967.

2º Los trabajadores que en la fecha anteriormente mencionada tuvieran mas de 20 años de servicios con el mismo empleador, sean continuos o discontinuos.

3º Los trabajadores que tuvieran mas de 10 años de servicio y menos de 20 a la misma empresa el 1 de enero de 1967 los cuales asumieron lo que se llamo “Pensión Compartida” . El obligado a pagar esta pensión era el empleador cuando el trabajador cumplía 20 años de servicio y 55 años los hombres y 50 las mujeres. Cuando el jubilado cumplía las edades exigidas por las normas de seguridad social esto es 60 años los hombres y 55 las mujeres, el obligado a pagar la pensión era el Instituto de Seguros Sociales y el empleador asumía la diferencia, si la hubiere entre la pensión de vejez pagada por el I.S.S. y la que estaba pagando el empleador.

4º Las pensiones contempladas en la ley 171 de 1961 que eran de dos clases:

Cuando el despido era sin justa causa y el trabajador tenía mas de 10 años de servicio continuos a la Empresa, el trabajador gozaba del derecho a la “Pensión Sanción”

Cuando hubiere renuncia voluntaria después de 15 años de servicios, llamada “Pensión por Renuncia Voluntaria”.

Estas pensiones de jubilación hoy se están pagando a los pensionados por las empresas, a las viudas y viudos del jubilado o jubilada y a los hijos menores de 25 años o inválidos.

Con la reforma Constitucional de 1991 y con la expedición de la ley 100 de 1993, el Instituto de Seguros Sociales y los Fondos Privados de Cesantías y Pensiones, son las entidades obligadas a pagar las pensiones de vejez, cuando el trabajador y su empleador hayan cumplido con las cotizaciones necesarias para tener derecho a ella.

7.1.2 Régimen de transición

La ley 100 de 1993, empezó a regir el 1 de abril de 1993 y tiene contemplado el régimen de transición en **el artículo 36**, que ha sido reformado por leyes posteriores las cuales fueron declaradas inconstitucionales y por supuesto dejan vigente el artículo que transcribimos y comentamos a continuación traído del modulo de pensiones escrito por el mismo autor:

Enseña **el artículo 36**:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.”

*“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, **será la establecida en el régimen anterior** al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.”*

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.”

“Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o mas años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.”

“Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.”

*“Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, **conforme a normas favorables anteriores**, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, **tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.**”*

“PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio”.

La transcripción de este artículo es importante por dos razones: la primera porque el Congreso de la República ha aprobado dos regímenes de transición después de la Ley 100 de 1993 y ambas normas en su parte pertinente han sido declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional. Por medio del artículo 18 de la Ley 797 de 2003 el Congreso modificó el artículo 36 antes transcrito y por medio de la sentencia C-1056 de 2003 la Corte Constitucional declaró inexecutable por vicios de procedimiento.

Inmediatamente después el Congreso expidió la Ley 860 de 2003 y la Corte Constitucional la declaró inexecutable.

La segunda razón son las sentencias de la Corte Constitucional que declararon constitucionales las normas de la Ley 100 de 1993. Son ellas las siguientes: C-410 de 1994, C-126 de 1995, C-168 de 1995, C-596 de 1997 y C-058 de 1998.

La sentencia **C-789 de 2002** de la Corte Constitucional declaró exequibles condicionalmente los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 como lo relata el resumen hecho por la relatoría de esa Corte:

“PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES los incisos 4º y 5º, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia. Con todo, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.”

“SEGUNDO.- Declarar así mismo EXEQUIBLE el inciso 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal

correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media.

En la sentencia **C-126 del 1995** la Corte Constitucional se expresó de la siguiente manera:

“Nada se opone dentro del marco constitucional, a que el Congreso de la República regule o modifique hacia futuro los requisitos que deben acreditarse para acceder a la pensión, lo cual hace en ejercicio de las atribuciones que la Constitución le ha señalado y que comportan un cierto margen de discrecionalidad que le permiten introducir las reformas que de acuerdo a las necesidades y conveniencias sociales, así como a la evolución de los tiempos, juzgue indispensables para la efectividad y garantía del derecho. Lo anterior no afecta los derechos adquiridos plenamente consagrados en la Carta Política de 1991 -artículo 58-, pues los incrementos en la edad de que tratan los preceptos acusados solamente tienen vigencia hacia el futuro, es decir, a partir del 1o. de enero del año 2014, y no antes, de manera que no cobijan situaciones consolidadas bajo la legislación preexistente, sino que versan sobre la vocación o mera expectativa para tener derecho a la pensión de vejez, con el cumplimiento de las condiciones legales correspondientes, fijadas hacia el futuro”.

La Corte Suprema de Justicia ha interpretado en muchísimas ocasiones con ponencia de todos los magistrados que han estado en la Sala Laboral desde 1993 el régimen de transición instituido por el artículo 36 tantas veces mencionado. (10440 – 13410 – 15279 – 17768 – 18304 – 19137 – 25356 – 26705 – 26922 – 27480)

Dentro de este análisis del régimen de transición es menester hacer referencia a (lo que) la jurisprudencia ha denominado la

7.1.3 La condición más beneficiosa

El doctor José Roberto Herrera Vergara en (por medio de la) Sentencia **9758 del 13 de agosto de 1997**, fue el primer ponente de , la así denominada por la doctrina y la jurisprudencia como “condición más beneficiosa” La relatoría de la Sala Laboral de la Corte Suprema la sintetizó de la siguiente manera:

“Uno de los objetivos de la ley 100 de 1993, en desarrollo del principio constitucional de garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social –art. 48-, y en aras de lograr una mayor cobertura de beneficiarios frente a la más grave calamidad que puede sufrir el ser humano (la muerte), consistió en disminuir los requisitos prescritos en los reglamentos para que los integrantes del grupo familiar afectado con las traumáticas consecuencias económicas que ella genera no quedaran desamparados. De otra parte, el art., 13 de la ley 100 de 1.993 al referirse a las características del

sistema general de pensiones, garantizó la eficacia de las cotizaciones efectuadas con antelación a su vigencia. Cabe resaltar que mientras los arts., 6 y 25 del Acuerdo 49 de 1990 señalaron como requisitos de aportes para la pensión de sobrevivientes de origen común reunir 150 semanas de cotización sufragadas en los 6 años anteriores a la muerte o 300 en cualquier tiempo, el nuevo ordenamiento legal de prima media con prestación definida de la ley 100 redujo las semanas a sólo 26 en cualquier tiempo para quienes estuvieren afiliados al momento de la muerte, y para quienes dejaron de cotizar al sistema introdujo la condición de que las mismas 26 hubiesen sido sufragadas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento, por lo que ante tal realidad y en atención al postulado protector propio del derecho del trabajo y de la seguridad social, se actualiza por excelencia en el caso objeto de estudio, el principio de la condición más beneficiosa, contemplado en el art., 53 de la Constitución Política. En consecuencia, sería violatorio de tal postulado y del principio constitucional de la proporcionalidad, entender que dentro del nuevo régimen de la ley 100 - que redujo drásticamente el requisito de intensidad de semanas -, quedaron abolidas las prerrogativas de los derechohabientes originadas por afiliados que durante su vinculación como sujetos activos de la seguridad social habían cumplido todas las cotizaciones exigidas en el reglamento aplicable y antes de entrar a regir la nueva ley se desafiliaron del sistema al considerar fundadamente que por faltarles únicamente el requisito del fallecimiento sus familiares podrían reclamar la respectiva prestación al momento de su deceso. Siendo indiscutible el cumplimiento de todas las cotizaciones estatuidas por el régimen vigente durante la vinculación de SAUL DARIO MESA RODRIGUEZ al seguro de invalidez, vejez y muerte, luego de lo cual se produjo su muerte y ante la presencia de dos sistemas normativos de seguridad social de posible aplicación razonable, a juicio de la Corte, como son el Acuerdo 049 - decreto 0758 de 1.990- y la ley 100 de 1.993, debe inclinarse el juzgador, con arreglo al texto 53 supralegal por la norma de seguridad social vigente al momento de culminación de la afiliación, esto es el primero de los estatutos mencionados, por ser el régimen más favorable a quien en vida cumplió en desarrollo de su labor con el sistema de seguridad social, para su protección y la de su familia."

En la sentencia **29175 del 14 de agosto de 2007**, reiterando algunas anteriores entre ellas la sentencia 31263, del 9 del mismo mes y año, la Corte Suprema de Justicia ratificó su pensamiento jurisprudencial.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado este criterio por ejemplo en las sentencias **30122 del 10 de mayo del 2007** y **31263 de agosto 9 del mismo año**.

7.1.4 Artículos complementarios sobre pensión de vejez o jubilación

Sobre el tema de las empresas obligadas a cancelar la pensión de jubilación existen varios artículos del Código Sustantivo del Trabajo que se considera necesario transcribir:

ARTICULO 263. Procedimiento. *“Las empresas obligadas a pagar jubilación deben señalar en reglamento especial el procedimiento para obtener el reconocimiento de la pensión y las condiciones exigidas por este Código para tener derecho a ella”.*

El artículo 8º de La ley 10 de 1972 señalo el plazo para el reconocimiento y pago de la pension .

Artículo 8o. *“Si noventa (90) días después de acreditado legalmente el derecho a disfrutar de pensión de jubilación, invalidez o retiro por vejez, tal derecho no ha sido reconocido ni pagado, la empresa o patrón obligados a efectuar dichos reconocimientos y pagos, deberá cubrir al interesado, además de las mensualidades pensionales hasta el día en que el pago de la pensión se verifique, suma igual al salario que el beneficiario de la prestación venía devengando”.*

ARTICULO 264. Archivos de las empresas.

1. *Las empresas obligadas al pago de la jubilación deben conservar en sus archivos los datos que permitan establecer de manera precisa el tiempo de servicio de sus trabajadores y los salarios devengados.*

2. *Cuando los archivos hayan desaparecido o cuando no sea posible probar con ellos el tiempo de servicio o el salario, es admisible para aprobarlos cualquiera otra prueba reconocida por la ley, la que debe producirse ante el juez del Trabajo competente, a solicitud escrita del interesado y con intervención de la empresa respectiva.*

ARTICULO 265. Prueba de la supervivencia.

La empresa puede exigir, para hacer el pago de la pensión, la presentación personal del jubilado, a menos que se halle imposibilitado por enfermedad debidamente comprobada, o que se encuentre en lugar distinto del domicilio de la empresa, en cuyo caso puede exigir previamente que se compruebe la supervivencia del jubilado, acreditada por un certificado del Alcalde del Municipio donde resida.

De acuerdo con el artículo 68 del Decreto 960 de 1970, esta certificación es expedida preferentemente por el Notario:

Artículo 78°. *“El notario puede dar testimonio escrito de la supervivencia de las personas que se presenten ante él con tal objeto, anotando el medio de identificación que hubiere tenido en cuenta”.*

El artículo 275 del Código Sustantivos del Trabajo señalaba los casos de la sustitución patronal. Este artículo ha sido modificado por la ley 171 de 1961, por la ley 5 de 1969, por la ley 33 de 1973, por la ley 71 de 1988 y después por la ley 100 de 1993.

7.1.5 Sustitución pensional

El artículo Artículo 3° de la ley 71 de 1988 señala:

“Extiéndense las provisiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

- 1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.*
- 2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.*
- 3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.*
- 4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante.*

Artículo 4 .A falta de los beneficiarios consagrados en el artículo 1o. de la Ley 126 de 1985, tendrán derecho a tal prestación los padres o los hermanos inválidos del empleado fallecido que dependieren económicamente de él, desde la aplicación de la ley a que se refiere este artículo.

Artículo 5 .Las empresas, entidades o patronos que satisfacen pensiones, a solicitud escrita de la respectiva Asociación de Pensionados, deberán hacer los descuentos de las

cuotas o totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados organizados gremialmente en favor de su organización gremial. Igual prerrogativa tienen las Cajas de Compensación Familiar para hacer los descuentos establecidos en el artículo 6o. de esta ley.

El caso de la sustitución pensional en caso de muerte en el Régimen de la Seguridad Social hoy vigente, es decir a partir de la Constitución de 1991 y de la ley 1000 de 1993 y normas que la modifican especialmente para este caso el artículo 12 de la ley 797 de 1993 que señala:

Artículo 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así: .

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: .

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: .

a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;

b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento. .

Parágrafo 1°. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley. .

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

Parágrafo 2°. Si la causa del fallecimiento es homicidio, se aplicará lo prescrito para accidente, y si es suicidio, se aplicará lo prescrito para enfermedad.

Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: .

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios. de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su

condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

*d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de **forma total y absoluta de este**;*

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

Parágrafo. *Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.*

El libro “Comentarios a la Reforma Laboral y de Seguridad Social explicó estos artículos en la siguiente forma:

La sustitución pensional se extiende a:

El cónyuge o compañero (a) permanente

- Si al fallecimiento del causante el beneficiario tiene menos de 30 años la pensión es temporal (máximo 20 años), siempre que no haya hijos comunes. El beneficiario debe cotizar para pensión de vejez sobre la pensión que recibe. Si tiene más de dicha edad la pensión será vitalicia.
- Se aumenta la exigencia de convivencia de 2 a 5 años la cual es común a cónyuge o compañera o compañero permanente.
- La existencia de sociedad conyugal no disuelta y la existencia de compañero o compañera permanente implica división de la pensión entre ellos “en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido”
- La convivencia simultanea de un afiliado con cónyuge y compañera o compañero permanente origina la preferencia al cónyuge.
- Si un afiliado o afiliada tiene vigente sociedad conyugal y está separado de hecho, la compañera(o) podrá reclamar la pensión en porcentaje proporcional

al tiempo convivido (mínimo 5 años). La otra cuota parte corresponderá al cónyuge.

Para que se extienda a los Hijos

- Se siguen las mismas reglas de la Ley 100 y el decreto 1889 de 1994
- A los Padres
- Para ser beneficiarios se les exige la dependencia económica “de forma total y absoluta” del causante.
- Para los hermanos Inválidos
- Se siguen las mismas reglas de la Ley 100 aplicables a ambos regímenes.
- El vínculo entre padres hijos y hermanos debe ser establecido conforme al código civil.

Para el caso de la pensión Vitalicia:

- Son beneficiarios quienes tengan más de 30 años de edad con 5 años continuos de convivencia.
- Los beneficiarios con menos de 30 años de edad que tengan un hijo en común.

Para el caso de la Pensión Temporal (Máximo 20 años):

- Cónyuge o compañera(o) permanente con menos de 30 años de edad, tiene la obligación de cotizar a vejez (vacío legal respecto a convivencia de 5 años)

7.1.6 Mesadas adicionales

Los artículos 50 y 142 de la ley 100 le otorgan al jubilado, sin importar el tipo de pensión (vejez, invalidez etc), una mesada adicional en diciembre y otra en junio. El siguiente es el tenor de estos (Dice así los) artículos:

ARTICULO 50. Mesada adicional. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continúan recibiendo cada uno en el mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

ARTICULO 142. Mesada adicional para actuales pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, **cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988**, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelan con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996

PARAGRAFO: “Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual”.

7.1.7 Valor de la pensión de vejez

ARTICULO 279. Valor de la pensión. “El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1000 hasta las 1200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1200 hasta las 1400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente”.

7.2 AUXILIO POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL E INVALIDEZ.

El auxilio por enfermedad no profesional y el auxilio y la pensión de invalidez de origen no profesional también fueron asumidos por la Seguridad Social y están regulados hoy por la ley 100 de 1993.

El **artículo 277**, el primero del Capítulo III del Código Sustantivo que trata sobre este tema, establece el derecho al auxilio por enfermedad. Reza así:

“Todo trabajador que preste servicios a una empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) o superior, que sufra una incapacidad para desempeñar sus labores por causa de enfermedad no profesional, tendrá derecho, además del auxilio monetario establecido en el artículo 227 a la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria necesaria, hasta por seis (6) meses.

Y el 227 ordena:

ARTICULO 227. Valor de auxilio. *“En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.*

Recuérdese que este tipo de enfermedad no interrumpe el contrato de trabajo y que los términos de incapacidad no se toman en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales.

El **artículo 16 del Decreto 2351 de 1965** ordenó lo siguiente:

ARTICULO 16. Reinstalación en el empleo. *“Al terminar el período de incapacidad temporal, los patronos están obligados:*

a) A reinstalar a los trabajadores en los cargos que desempeñaban si recuperan su capacidad de trabajo. La existencia de una incapacidad parcial no será obstáculo para la reinstalación, si los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñando el trabajo:

b) A proporcionar a los trabajadores incapacitados parcialmente un trabajo compatible con sus aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios.

2. El incumplimiento de estas disposiciones se considerará como un despido injustificado”.

El **artículo 278 del C.S.T.** Aunque sigue vigente, carece de eficacia porque las leyes sobre seguridad social lo han tornado inoperante. Dice así

ARTICULO 278. Auxilio de invalidez.

“1. Si como consecuencia de la enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo o por debilitamiento de las condiciones físicas o intelectuales, no provocados intencionalmente le sobreviene al trabajador una invalidez que lo incapacite para procurarse una remuneración mayor de un tercio de la que estuviere devengado, tendrá derecho, además, a las siguientes presentaciones en dinero:

a). En caso de invalidez permanente parcial, a una suma de uno (1) a diez (10) meses de salario que graduará el médico al calificar la invalidez;

b). En caso de invalidez permanente total, tendrá derecho a una pensión mensual de invalidez equivalente a la mitad del salario promedio mensual del último año, hasta por treinta (30) meses y mientras la invalidez subsista.

c). En caso de gran invalidez, el trabajador tendrá derecho, a una pensión mensual de invalidez equivalente a la de jubilación o vejez, durante treinta (30) meses.

2. Si el trabajador tuviere más de cincuenta y cinco (55) años de edad o los cumpliera durante la invalidez y tuviere más de quince (15) años de servicios continuos o discontinuos en la misma empresa, la pensión de invalidez se convertirá en pensión de jubilación o vejez.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-710-96 del 9 de diciembre de 1996 Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía, se declaró INHIBIDA para fallar sobre el texto modificado por la ley 71 de 1989, por haber sido subrogado por la Ley 100 de 1993.

ARTICULO 280. Declaratoria y calificación. Este artículo que disponía que *“para la declaratoria de invalidez y su calificación se procede en la misma forma que para los casos de enfermedades profesionales...”* fue subrogado por La ley 100 de 1993.

ARTICULO 281. PAGO DE LA PENSION. También se refería a la “pensión de invalidez” y fue subrogado por La ley 100 de 1993. El texto original era el siguiente:

“1. La pensión de invalidez se paga provisionalmente durante el primer año de incapacidad, pudiendo examinarse periódicamente al inválido con el fin de descubrir las incapacidades en evolución, evitar la simulación y controlar su permanencia. Vencido ese año se practicará examen médico y cesará la pensión si el inválido ha recuperado mas de la tercera parte de su primitiva capacidad de ganancia.

2. Sin embargo, puede cancelarse la pensión en cualquier tiempo en que se demuestre que el inválido ha recuperado más de la tercera parte de su primitiva capacidad de ganancia.

ARTICULO 282. Tratamiento obligatorio. Artículo igualmente subrogado por La ley 100 de 1993. El texto original es el siguiente:

“1. Es obligatorio para el trabajador el tratamiento médico prescrito, especialmente el quirúrgico, cuando de acuerdo con la apreciación médica conduzca a la curación.

2. La renuncia injustificada a cumplir con las prescripciones médicas priva del auxilio correspondiente.

ARTICULO 283. Recuperación o reeducación. <Artículo subrogado por La ley 100 de 1993. El texto original es el siguiente:>

“1. La empresa puede procurar la recuperación o reeducación de sus trabajadores inválidos, a su costo, a fin de habilitarlos para desempeñar oficios compatibles con su categoría anterior en la misma empresa, con su estado de salud y con sus fuerzas y aptitudes y para obtener una remuneración igual a la de ocupaciones semejantes en la misma empresa o en la región.

2. El suministro de aparato de ortopedia y prótesis sólo es obligatorio cuando conduzca, según dictamen médico, a la recuperación o reeducación total o parcial del trabajador.

3. Si lograda la recuperación o reeducación, según dictamen médico, el interesado se niega a trabajar en la empresa, en las condiciones establecidas en el inciso 1o., o si se opone a la recuperación o reeducación, se extingue el derecho al auxilio de invalidez”.

ARTICULO 284. Incompatibilidad con el auxilio por enfermedad. Artículo subrogado por La ley 100 de 1993. El texto original es el siguiente:

“Al declararse por el médico el estado de invalidez, cesan las prestaciones por enfermedad y empezarán a pagarse las correspondientes al auxilio de invalidez”.

7.3 ESCUELAS Y ESPECIALIZACION

Los artículos 285 a 288 del Código Sustantivo de Trabajo fijan para las empresas la obligación de establecer las escuelas primarias, los estudios de especialización, las escuelas de alfabetización y el **artículo 288** establece para el gobierno la

obligación reglamentaria para que tales disposiciones se cumplan. Muestran el siguiente contenido:

ARTICULO 285. Escuelas primarias. *“Las empresas de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) o superior, están obligadas a establecer y sostener escuelas primarias para los hijos de sus trabajadores cuando los lugares de los trabajos estén situados a más de dos (2) kilómetros de las poblaciones en donde funcionen las escuelas oficiales y siempre que en dichos sitios haya al menos veinte (20) de esos niños en edad escolar”.*

ARTICULO 286. Estudios de especialización técnica. *“Las empresas de que trata el artículo anterior están obligadas a costear permanentemente estudios de especialización técnica relacionados con su actividad característica, en establecimientos nacionales o extranjeros, a sus trabajadores o a los hijos de éstos a razón de uno por cada quinientos (500) trabajadores o fracción superior a doscientos cincuenta (250).*

El SENA tiene, en la actualidad, la responsabilidad de implementar este tipo de estudios.

ARTICULO 287. Escuelas de alfabetización. *“Toda empresa está obligada a establecer y sostener una escuela de alfabetización por cada cuarenta (40) niños, hijos de sus trabajadores”.*

ARTICULO 288. Reglamentación. *“El gobierno dictará las medidas necesarias para el cumplimiento de las disposiciones del presente Capítulo”.*

7.4 SEGURO DE VIDA COLECTIVO

Los artículos 289 a 305 de la misma codificación contienen las normas sobre el seguros de vida colectivo.

El **artículo 289** de este apartado fue derogado, por sentencia de la Corte Constitucional C-823-06

Si la norma que crea el derecho ha sido derogada, las demás completadas en este capítulo han dejado de existir por sustracción de materia, porque son reglamentarias del derecho consagrado en el artículo derogado.

Además, como las prestaciones originadas en la muerte del trabajador son atendidas por el sistema de la seguridad social, privada o pública (E.P.S, ó A.R.P.) las normas han sido derogadas tácitamente.

7.5 LA PRIMA DE SERVICIOS

Como lo expresan las normas que mas adelante transcribimos la prima de servicios sustituye la participación de utilidades y la prima de beneficios creadas por las legislaciones anteriores. Hoy es un derecho de todos los trabajadores sean del sector publico o privado e inclusive de los pensionados, como ya se dejó establecido. A la prima de servicios como prestación especial se refieren especialmente los **artículos 306 y 307**, transcritos a renglón seguido.

ARTICULO 306. Principio general.

*“1. Toda empresa de **carácter permanente** está obligada a pagar a cada uno de sus trabajadores, excepto a los **ocasionales o transitorios** como prestación especial, una prima de servicios, así:*

*a). Las de capital de doscientos mil pesos (\$200.000) 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 días de diciembre, a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido **por lo menos la mitad del semestre respectivo y no hubieren sido despedidos por justa causa.***

*b). Las de capital menor de doscientos mil pesos (\$200.000), quince (15) días de salario, pagadero en la siguiente forma: una semana el último día de junio y otra semana en los primeros veinte (20) días de diciembre, pagadero por semestres del calendario, a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre; o proporcionalmente al tiempo trabajado. Siempre que hubieren servido **por lo menos la mitad del semestre respectivo y no hubieren sido despedidos por justa causa.***

2. Esta prima de servicios sustituye la participación de utilidades y la prima de beneficios que estableció la legislación anterior”.

El texto subrayado en negrilla fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-042 fechada el 28 de enero de 2003

ARTICULO 307. Caracter jurídico. *La prima anual no es salario, ni se computará como factor del salario en ningún caso.*

ARTICULO 308. Primas convencionales y reglamentarias. *“Las empresas que por pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales o reglamentos de trabajos estén obligadas a reconocer a sus trabajadores primas anuales o primas de navidad, tendrán derecho a que el valor de estas primas, se impute a la obligación de que trata el presente capítulo, pero si la prima de servicios fuere mayor deberán pagar el complemento”.*

Parece interesante transcribir aquí los apartes de la **sentencia C-043 del 28 de enero 2003** la cual amplió la regulación e la prima de servicios. La Corte Constitucional sentó su posición en los siguientes términos:

“El monto de la prima de servicios está condicionado al capital de la empresa, así en las de capital de \$200.000 o superior el trabajador que hubiere laborado o laborare todo el respectivo semestre tiene derecho a un mes de salario pagadero por semestres del calendario en las siguientes oportunidades: una quincena el último día de junio y la otra el 20 de diciembre. En las de capital menor de \$200.000, el trabajador que hubiere laborado el mismo tiempo tiene derecho a quince (15) días de salario el cual debe ser cancelado: una semana el último día de junio y la otra en los primeros veinte (20) días de diciembre.

En una y otra empresa si el trabajador no laboró la totalidad del semestre, la prima de servicios se le cancela proporcionalmente al tiempo laborado, siempre que hubiere servido por lo menos la mitad del semestre respectivo y en ambos casos, era menester que el trabajador no hubiera sido despedido con justa causa, puesto que la desvinculación justificada tenía como consecuencia la pérdida de dicho derecho .

“En cuanto a su naturaleza jurídica, el ordenamiento laboral dispone que la prima de servicios sustituye la participación de utilidades y la prima de beneficios que establecía la legislación anterior (Art. 306-2 C.S.T.) y adicionalmente prescribe que dicha prestación especial no constituye salario ni se computa como factor salarial en ningún caso (Arts. 128 y 307 ídem).

Respecto de los trabajadores que no son titulares del derecho a prima de servicios, el Código Sustantivo del Trabajo señala a los ocasionales o transitorios (Arts. 6 y 306), los del servicio doméstico, los choferes de familia y demás vinculados a empresas que no tengan carácter permanente.

Debe tenerse en cuenta que con posterioridad a la Ley 141 de 1961 que adoptó como legislación permanente los Decretos 2663 y 3743 de 1950, normas que constituyen el

Código Sustantivo del Trabajo, el cual establece la regulación normativa de la prima de servicios en los términos del artículo 306 analizado, el legislador, dentro de su marco de libertad de configuración normativa, expidió la Ley 50 de 1990 y estableció excepciones sobre este tema al ordenamiento vigente para esa época.

En efecto, el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 permite al empleador y al trabajador pactar por escrito una modalidad de remuneración denominada salario integral, en la cual éste devengará más de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta (30%) de dicha cuantía y en la cual se compensa de antemano el valor de las prestaciones sociales entre ellas la prima legal de servicios.

En el mismo sentido, al regular en su artículo 3º (norma que subrogó el artículo 46 del C.S.T.) el contrato a término fijo inferior a un año consagró como derecho del trabajador el pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea. En ese orden de ideas, el legislador regló de forma especial la causación del derecho de la prima de servicios de aquellos trabajadores que fueron vinculados a una empresa de carácter permanente mediante un contrato a término fijo inferior a un año.

Así lo señaló la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, al declarar exequibles los apartes “y así sucesivamente”, contenidos en los numerales 1 y 2 del artículo 3 de la Ley 50 de 1990, mediante la Sentencia No. 109 del 19 de septiembre de 1991 :

“Introdujo el nuevo artículo 46 algunas innovaciones al anterior en lo siguiente:

Aunque no se establece como período mínimo del contrato el de un año, como si ocurría en la legislación anterior y salvo algunas excepciones, se busca en la versión del novedoso artículo 46 desalentar la contratación por plazos inferiores a ese, ya que, como se dijo, sólo se permite, si en esta última forma se ha pactado una renovación automática por igual lapso no superior a 3 períodos o inferiores, luego de los cuales la renovación no podrá ser inferior a un año”.

“De ahí también que expresamente se ordene en el artículo 46 nuevo que en los contratos de trabajo de períodos inferiores a un año, los asalariados tendrán derecho a vacaciones y prima de servicios proporcionales”.

Se colige de esta manera que el legislador buscó garantizar que los trabajadores vinculados a término fijo por un periodo inferior a un año, sin importar cual éste sea, tuvieran derecho a la prima de servicios, puesto que de aplicarse el principio general contenido en el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en algunos eventos, no tendrían derecho a esta prestación, como por ejemplo

cuando el periodo de vinculación es inferior o no coincide con el que establece la norma mencionada.

Lo anterior, por cuanto si bien todas las modalidades de contratación laboral tienen protección constitucional, no por ese sólo hecho tienen las mismas consecuencias y efectos jurídicos para quienes las celebran.

Así, diferente es la regulación que el legislador ha fijado en cuanto a las formalidades de celebración, las prestaciones sociales, beneficios etc., en los contratos a término fijo, a término indefinido y a término fijo inferior a un año, por ello los trabajadores que sean vinculados a través de esas clases de contrato no se encuentran en la misma situación jurídica y la causación de sus derechos laborales variará dependiendo de la forma contractual que libremente hayan celebrado.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional, al analizar la tensión existente entre los contratos a término fijo y la garantía constitucional a la estabilidad en el empleo, en la Sentencia C-588/95 precisó:

“Los contratos a término fijo, como lo expresó en la sentencia C-483/95 no son “per se” inconstitucionales, siempre que de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad provengan del acuerdo entre los empleadores y los trabajadores y no de la imposición del legislador”.

Coincidente con la idea expuesta, dijo la Corte en la sentencia C-521/95 : *“... la existencia del contrato de trabajo y de los acuerdos y convenios de trabajo como reguladores de las relaciones de trabajo es reconocida por la propia Constitución (art. 53), en cuanto no menoscabe la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.*

“La regulación de las relaciones de trabajo por los aludidos instrumentos, supone el reconocimiento constitucional de un amplio espacio para que se acuerden entre los trabajadores y los empleadores las condiciones de la prestación del servicio, en forma libre y espontánea, obedeciendo al principio de la autonomía de la voluntad, el cual tiene plena operancia en las relaciones laborales y resulta compatible con las normas constitucionales que regulan el trabajo, en cuanto su aplicación no implique la vulneración de los derechos esenciales o mínimos de los trabajadores, regulados por éstas y la ley”.

El principio de la estabilidad en el empleo no se opone a la celebración de contratos a término definido. Las relaciones laborales no son perennes o indefinidas, pues tanto el empleador como el trabajador, en las condiciones previstas en la ley y en el contrato

tienen libertad para ponerles fin. La estabilidad, por lo tanto, no se refiere a la duración infinita del contrato de trabajo, de modo que aquélla se torne en absoluta, sino que, como lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, ella sugiere la idea de continuidad, a lo que dura o se mantiene en el tiempo. Bajo este entendido, es obvio que el contrato a término fijo responde a la idea de la estabilidad en el empleo, porque aun cuando las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad determinan libremente, acorde con sus intereses, las condiciones de la durabilidad de la relación de trabajo, ésta puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, más aun cuando se da la circunstancia de que subsiste la materia del trabajo y las causas que le dieron origen al contrato. En otros términos, mas que la fijación de un espacio de tiempo preciso en la duración inicial de la relación de trabajo, lo relevante es la expectativa cierta y fundada del trabajador de conservar el empleo en cuanto cumpla con sus obligaciones laborales y el interés del empleador, motivado en las necesidades de la empresa, de prolongar o mantener el contrato de trabajo. Por lo tanto, no es cierto, como lo afirma la demandante que sólo el contrato a término indefinido confiere estabilidad en el empleo, pues el patrono siempre tiene la libertad de terminarlo, bien invocando una justa causa o sin ésta, pagando una indemnización.

El contrato a término definido no contradice el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre la forma, pues éste alude a que predomine la verdad real afirmada por la sucesión o reiteración de los hechos durante la relación material de trabajo, por encima de los actos formales y, es obvio, que el contrato de trabajo a término fijo reconoce una realidad, cual es, el acuerdo de buena fe entre las partes de que la relación de trabajo tenga la duración que ellas libremente han dispuesto, y que ésta no se prolongue en el tiempo sin su consentimiento.

Tampoco la norma viola el principio de igualdad, pues, como se ha visto, los supuestos de hecho tenidos en cuenta por el legislador al regular los contratos de trabajo a término definido e indefinido son diferentes. (Resaltado fuera de texto) En el mismo sentido en la Sentencia C-016/98 esta Corporación consideró que:

Tampoco se vulnera el principio de igualdad (art. 13 C.P.), pues no son iguales las hipótesis de quien ha sido contratado indefinidamente y de quien ha celebrado un contrato de trabajo por término previamente establecido. (Resaltado fuera de texto)

De esta manera, puede afirmarse que el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo regula de forma general la prima de servicios para los contratos de trabajo excepto el de término fijo inferior a un año, el cual por sus especiales características encuentra su regulación en norma especial, en la Ley 50 de 1990.

4. El derecho a la igualdad como límite a la libertad de configuración del legislador

La igualdad ante la ley se encuentra garantizada desde el mismo Preámbulo de la Constitución, no sólo como uno de los fundamentos del Estado social de derecho puesto que Colombia “reconoce sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”, sino con el carácter de derecho constitucional fundamental cuya consagración se hace en el artículo 13 de la Carta Política.

Con respecto a la citada disposición, esta Corporación ha expresado :

De todos ellos se desprende una clara y contundente afirmación sobre el carácter fundamental del derecho a la igualdad, como valor fundante del Estado social de derecho y de la concepción dignificante del ser humano que caracteriza la Constitución de 1991 y que consagra su artículo 13 (...).

Según lo ha indicado también la Corte , dicho derecho contiene seis elementos, a saber:

- a) Un principio general, según el cual, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades*
- b) La prohibición de establecer o consagrar discriminaciones: este elemento pretende que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio o se restrinja el ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, o posición económica.*
- c) El deber del Estado de promover condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva para todas las personas*
- d) La posibilidad de conceder ventajas o prerrogativas en favor de grupos disminuidos o marginados.*
- e) Una especial protección en favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y*
- f) La sanción de abusos y maltratos que se cometan contra personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.*

De esta manera el derecho a la igualdad, que a la vez constituye un principio fundamental, se traduce en la garantía a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se

sigue necesariamente, que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos. El principio de la justa igualdad exige precisamente el reconocimiento de la variada serie de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural, etc., dimensiones todas que en justicia, deben ser relevantes para el derecho.

Así, el derecho a la igualdad que consagra la Constitución es objetivo y no formal, puesto que se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales, concepción ésta que supera así la noción de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente reglamentación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado.

Conforme a la jurisprudencia constitucional, la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, sustentadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos diferentes, cuyos supuestos exigen un tratamiento igual para los mismos y desigual con respecto a quienes no se encuentran cobijados por la misma situación.

La protección material del derecho a la igualdad alude al compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho, las cuales se oponen al disfrute efectivo del derecho, lo que hace necesaria la configuración de medidas que puedan compensar y sean defensivas respecto de personas y grupos ubicados en condiciones de inferioridad mediante el ejercicio de acciones positivas por parte de las autoridades públicas.

En este orden de ideas, la discriminación se presenta cuando la diferencia de trato se hace sin fundamento constitucional que tenga un carácter objetivo y razonable. No obstante, conforme a la jurisprudencia constitucional, existen situaciones que justifican el trato diferenciado, a saber:

La diferenciación razonable de los supuestos de hecho: El principio de igualdad solo se viola si el tratamiento diferenciado de casos no está provisto de una justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe ser apreciada según la finalidad y los efectos del tratamiento diferenciado.

Racionalidad y proporcionalidad: Fuera del elemento anotado anteriormente, debe existir un vínculo de racionalidad y proporcionalidad entre el tratamiento desigual, el supuesto de hecho y el fin que se persigue, el cual debe ser constitucionalmente permitido.

Por lo tanto, los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. Este principio busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que si ello sucede, lo sean en grado mínimo.

La discriminación implica entonces, la violación del derecho a la igualdad, por lo que su prohibición constitucional se encamina a impedir que se restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas de ellas, sin que exista justificación objetiva y razonable.

Desde esta perspectiva, la igualdad como principio, valor y derecho fundamental se erige en límite constitucional de las competencias de regulación normativa que incumben al legislador como titular de la cláusula general de competencia de modo que, so pretexto del ejercicio de la libertad de configuración normativa, no es constitucionalmente válido restringir el goce de derechos sin una justificación objetiva y razonable. En otros términos, la garantía efectiva de la igualdad constituye uno de los límites materiales que el legislador encuentra al ejercicio de su función, fuera de los cuales no le es posible obrar, por plausible y encomiable que sea el objetivo buscado con las normas que profiere.

5. Análisis del cargo de la demanda

Según la demandante la exigencia de que el trabajador labore por lo menos la mitad del semestre respectivo para ser titular del derecho a la prima de servicios, cuando no ha servido durante todo el semestre viola presuntamente el derecho a la igualdad, pues dicho plazo no se requiere para la causación del derecho en los contratos a término fijo inferior a un año.

Para constatar si efectivamente se verifica la desigualdad reprochada, la jurisprudencia constitucional ha establecido la necesidad de determinar si la disposición legal objeto de control, realmente regula situaciones fácticas iguales, de manera tal que el legislador hubiera debido dispensar a las personas que se encuentran reguladas en ella un mismo trato jurídico.

La Sala advierte, en el presente caso, que la expresión acusada hace parte de la regla general (Art. 306 C.S.T.) en la que se establecen los requisitos para que un trabajador sea titular del derecho a la prima de servicios, disposición que no se aplica en los casos en que el acuerdo laboral haya sido a término fijo inferior a un año, puesto que para estos eventos el legislador estableció una norma especial (Parágrafo del artículo 3º de la Ley 50 de 1990) que por ende, contiene la excepción a la regla general.

Sin embargo, del análisis del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, se infiere que esta disposición no utiliza como criterio para otorgar el derecho a la prima de servicios, la modalidad contractual que utilice el trabajador para vincularse a la empresa de carácter permanente, ya que a los que excluye como beneficiarios de esa prestación especial es a quienes tienen la condición de trabajadores ocasionales o transitorios.

Verificado lo anterior, es claro que el juicio de igualdad no puede, como lo pretende la accionante, efectuarse entre quienes no se encuentran en situaciones fácticas idénticas y, por demás, regulados por normas diferentes en lo que concierne a la prestación social especial de prima de servicios.

Ante esta circunstancia el control de constitucionalidad de la expresión demandada deberá realizarse teniendo en cuenta a quienes, a partir de la regulación del artículo 306 del C.S.T., se encuentren en la misma situación de hecho, es decir, entre varios empleados vinculados a una empresa de carácter permanente mediante contrato de trabajo a término indefinido o entre trabajadores que hayan celebrado contrato a término fijo igual o superior a un año, por cuanto sólo de la valoración de las consecuencias que dicha norma prodiga a las personas que se encuentren en la misma situación de hecho y de derecho, podrá colegirse si se ajusta o no a la Carta Política.

En efecto, al ser el artículo 306 C.S.T. el resultado del ejercicio de una competencia asignada por la Constitución al Congreso que parte del reconocimiento del principio democrático, así como de la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones que toma el legislador, su contenido no puede ser una decisión arbitraria y caprichosa de éste sino que debe estar fundada en un mínimo de racionalidad .

Dentro del marco de la libertad de configuración normativa del legislador, para la Sala no resulta razonable que se establezca una norma que restrinja uno de los principios constitucionales fundamentales del derecho del trabajo como es la “igualdad de oportunidades para los trabajadores” (Artículo 53 Superior), puesto que con la aplicación de la restricción temporal que fija la expresión demandada se permite que personas que han imprimido a una actividad la misma fuerza laboral, se vean excluidos de acceder a la prima de servicios por haber iniciado o concluido sus labores por fuera de la mitad del semestre respectivo.

De otra parte, si la naturaleza de la prima de servicios es la de una prestación que tiene como finalidad que el trabajador participe en las utilidades de la empresa (Art. 306-2 C.S.T.), no resulta razonable ni proporcionado que en los contratos de trabajo a término indefinido o a término fijo igual o superior a un año, se condicione el pago de esta prestación a que el trabajador haya laborado por un periodo fijado por el legislador a su arbitrio.

El artículo 53 de la Constitución Política consagró como derecho del trabajador que su remuneración sea proporcional a la cantidad y calidad de trabajo y desde esta óptica, se desconoce el derecho a la igualdad de quienes en una situación fáctica específica hayan sido vinculados por ejemplo, mediante un contrato de trabajo a término indefinido en diferentes fechas y a pesar de haber prestado su servicio en la empresa, uno de ellos se vea excluido de disfrutar de la prima de servicios.

La prima de servicios encuentra su fundamento y causa en el servicio prestado. Se permite así que todos los trabajadores, independientemente de la clase de contrato que se haya utilizado para su vinculación a la empresa de carácter permanente, tengan derecho a dicha prestación patronal especial.

7.6 PRESTACIONES ESPECIALES PARA CIERTOS GRUPOS DE TRABAJADORES

7.6.1 Trabajadores de la construcción

El Código Sustantivo del Trabajo trae a continuación la regulación de los trabajadores de la construcción en los artículo 309 a 313. :

ARTICULO 309. Definiciones

“Para los efectos del presente capítulo se entiende por obras o actividades de construcción las que tiene por objeto construir cualquier clase de casas o edificios y las inherentes a esa construcción, excepto su conservación o reparación; y por valor de la obra o actividad, el valor de su presupuesto o de su costo total estimado pericialmente.

ARTICULO 310. Cesantia y vacaciones

“A los trabajadores de obras o actividades de construcción cuyo valor exceda de diez (\$10.000) se les reconocerá el auxilio de cesantía y las vacaciones, así:

- a). El auxilio de cesantía por todo el tiempo servido, a razón de tres (3) días de salario por cada mes completo de trabajo, siempre que se haya servido siquiera un mes, y debe pagarse a la terminación del contrato por cualquier causa, y*
- b). Las vacaciones remuneradas de quince (15) días hábiles y consecutivos por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año, cuando se haya trabajado por lo menos un (1) mes.*

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia este régimen especial y exceptivo para este tipo de trabajadores tiene plena justificación en la trascendencia económica de esta actividad para el país, y en la relativa inestabilidad que los ciclos de la construcción pueden entrañar para la permanencia del trabajador en su empleo. (Ver: C.S.J. Cas.Lab.Sent. Del 24 de febrero del 1968)

ARTICULO 311. Asistencia medica

“Los trabajadores de que trata el artículo anterior gozarán de asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria por enfermedad no profesional que ocurra durante la ejecución del contrato de trabajo, hasta por tres (3) meses, además del auxilio monetario correspondiente. Esta asistencia sólo se debe desde cuando la prescriba el médico del {empleador} o empresa, y, en su defecto, un médico oficial”.

ARTICULO 312. Empresas constructoras

“Los trabajadores de empresas constructoras gozan de los derechos consagrados en el presente capítulo, sea cuál fuere el valor de la obra o actividad”.

ARTICULO 313. Suspensión del trabajo por lluvia

1o). Debe suspenderse el trabajo a la intemperie en las obras o labores de construcción en casos de lluvia que impliquen peligro para la salud del trabajador, salvo en las que no sean susceptibles de interrupción a juicio del empleador, empresario o contratista.

2o). La suspensión del trabajo de que trata este artículo no da lugar a reducción de salario, pero puede exigirse trabajo bajo cubierta durante este tiempo o compensación posterior del tiempo perdido, sin exceder el límite máximo de horas semanales fijado en este Código y sin que esta compensación constituya trabajo suplementario o de horas extras”.

El artículo 5º del decreto 3135 de 1968 señala que son empleados públicos los que enuncia el artículo salvo lo resaltado en este:

7.6.2 Empleados públicos y trabajadores oficiales

Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos

públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

7.6.3 Trabajadores de empresas petroleras

El artículo 314 del Código Sustantivo del Trabajo indica:

ARTICULO 314. Campo de aplicación

“Las disposiciones del presente capítulo obligan a las empresas de petróleos solamente en los trabajos que se realicen en lugares alejados de centros urbanos”.

Artículo complementado por el Decreto 284 de 1957 que extendió a los trabajadores de contratistas independientes al servicio de las empresas petroleras los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores de la empresa beneficiaria.

ARTICULO 315. Habitaciones y saneamiento

“1. En los lugares de exploración y explotación de petróleo el {empleador} está en la obligación construir habitaciones para sus trabajadores, con carácter transitorio o permanente según la actividad que se desarrolle, y de acuerdo con los preceptos higiénicos que dicte la Oficina Nacional de Medicinas e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo, tomando en cuenta las condiciones especiales que exijan el clima y el suelo de cada región y la profilaxis de las enfermedades endémicas y epidémicas.

2. Esta obligación comprende también el saneamiento del suelo en los lugares en donde sea necesario”.

ARTICULO 316. Alimentación. costo de vida

Las empresas de petróleo deben suministrar a sus trabajadores, en los lugares de exploración y explotación, alimentación sana y suficiente, o el salario que sea necesario para obtenerla, de acuerdo con su precio en cada región. La alimentación que se suministre en especie se computará como parte del salario y su valor se estimará en los contratos de trabajo, en las libretas o certificados que expida el empleador.

ARTICULO 317. Asistencia médica.

“Las mismas empresas están obligadas a sostener un médico en ejercicio legal de la profesión, si el número de sus trabajadores, durante un período mayor de un mes, no pasa de cuatrocientos (400) y uno más por cada cuatrocientos (400) trabajadores o fracción mayor de doscientos (200)

ARTICULO 318. Hospitales e higiene

“1. Las empresas constituirán en los centros permanentes de labores uno (1) o varios hospitales, de acuerdo con el número de trabajadores y de familiares inscritos, con dotación de elementos modernos de cirugía, laboratorios, rayos X y farmacia, con provisión suficiente de drogas para atender las necesidades de los enfermos que se presenten, y con servicio aislado para enfermos infectocontagiosos.

2. Los médicos organizarán los servicios del consultorio externo, puestos profilácticos y de socorro, de laboratorio y farmacia, y estudiarán la naturaleza de las afecciones dominantes.

3. Estos hospitales quedan sujetos a la inspección periódica del Ministerio del Trabajo, por conducto de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial

4. En dichos establecimientos se llevarán libros de estadística, en los que se anotará el movimiento completo de los enfermos, diagnósticos, tratamientos, operaciones que se practiquen, etc. Copias de tales estadísticas se enviarán mensualmente al Ministerio expresado y por el mismo conducto, según los modelos que se prescriban.

ARTICULO 319. Hospitalización

Las empresas están obligadas a hospitalizar a todos los trabajadores que lo necesiten.

ARTICULO 320. Enfermos no hospitalizados

“Los médicos de las empresas atenderán a los trabajadores enfermos que no requieren hospitalización, en los consultorios externos, en los puestos de socorro o en el domicilio de los enfermos, de acuerdo con la reglamentación que establezca la dirección científica de la empresa, basada en las necesidades del servicio”.

ARTICULO 321. Medidas profilácticas

“1. Las empresas, por conducto de los médicos y demás personal sanitario, pondrán en práctica las medidas profilácticas ordenadas por el Ministerio del Trabajo, Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial, <hoy división de Medicina del trabajo> para combatir el paludismo, anemia tropical, disentería, pian y demás endemias tropicales, y las enfermedades llamadas sociales, y para evitar por los medios científicos modernos la viruela, la fiebre amarilla, la difteria, la fiebre tifoidea, y demás enfermedades evitables por la vacunación.

2o. Con el fin de evitar que ingresen a trabajar individuos que padezcan enfermedades infecto-contagiosas, se practicará por cuenta de la compañía un examen médico, clínico y de laboratorio, a todo el personal que haya de ser contratado. El estado de salud del trabajador, al tiempo del examen de admisión, se hará constar en formulario especial, y una copia de tal constancia se dará al trabajador y otra se enviará al Ministerio mencionado.

ARTICULO 322. Negativa al tratamiento

“En caso de que el incapacitado se niegue, sin motivo justificado, a someterse a las prescripciones médicas, o cuando insistiere en la violación de los reglamentos de higiene de la empresa, puede darse por terminado su contrato sin derecho a la indemnización por incapacidad ni al auxilio en metálico de enfermedad, y sólo mediante el pago de sus prestaciones sociales.

ARTICULO 323. Enfermedades venéreas

“En los casos de enfermedades venéreas en estado agudo, de trabajadores de empresas de petróleos, no hay derecho al auxilio monetario de que trata el artículo 227.

ARTICULO 324. Comisiones de conciliación y arbitraje

“En las empresas en donde existan comisiones de conciliación y arbitraje, la determinación y clasificación de una incapacidad se hará con base en el dictamen del médico industrial asesor de la comisión.

ARTICULO 325. Centros mixtos de salud. *Las empresas de petróleos pueden celebrar contratos con el Ministerio de Higiene para el establecimiento de centros mixtos de salud, en las regiones en donde tengan establecidos trabajos, y bajo la responsabilidad de tales centros quedarán prestándose los servicios de sanidad y de asistencia de que trata el presente capítulo.*

El Decreto 1056 de 1953 constituye el Código de Petróleos. Por circunscribirse al tema transcribiremos los artículo 18, 71 y 119:

Artículo 18. *La persona que celebre un contrato referente a la industria del petróleo, deberá dar permanentemente enseñanza técnica gratuita en sus explotaciones, por período de dos (2) años por lo menos, hasta a tres (3) alumnos cuya elección y remuneración por sus servicios al industrial, serán determinadas de común acuerdo entre el Gobierno y el contratista.*

Artículo 71. “ El Gobierno hará practicar estudios de las reservas petrolíferas de que trata este Código, y a este fin se le faculta ampliamente para contratar el personal y para hacer todos los gastos que demanden dichos estudios.

El Gobierno proveerá a la formación en el Exterior y dentro del país del personal colombiano técnico y práctico en la industria del petróleo en todos sus ramos.

Artículo 119 *La obligación que tiene el concesionario de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional en virtud de lo ordenado por el artículo 18, sólo se hará efectiva desde la fecha en que el concesionario dé principio a la explotación.*

El Gobierno y el contratista, de común acuerdo, a solicitud de cualquiera de las dos partes, pueden cancelar en cualquier momento la beca o colocación de uno o varios de los alumnos escogidos para la enseñanza de que trata el artículo 18. Los puestos que quedan vacantes por esa cancelación o por terminación del período de estudios de cada alumno serán provistos de acuerdo con la ley dentro de los treinta (30) días siguientes a aquél en que se declare la vacante.

El artículo 1 **del decreto 3164 del 2003**, establece *cuales son las actividades propias de la industria petrolera.*

Artículo 1º. El artículo 1º del Decreto 2719 de 1993 quedará así:

Artículo 1º. Para los efectos del artículo 1º del Decreto 284 de 1957, constituyen labores propias y esenciales de la industria del petróleo las siguientes:

“1. Los levantamientos geológicos, geofísicos, geodésicos, e topográficos, destinados a la exploración y evaluación de yacimientos de hidrocarburos.

2. La operación de perforar pozos de hidrocarburos desde el inicio de la perforación hasta la terminación, completamiento o taponamiento del mismo.
3. La operación y reacondicionamiento de pozos de hidrocarburos.
4. La operación técnica de cerrar y abandonar un pozo que haya servido para la explotación de hidrocarburos, incluyendo los de inyección de fluidos parrecuperación secundaria, pozos inyectoros de aguas residuales u otro cualquiera requerido para el manejo y desarrollo del campo.
5. La operación de los sistemas de recolección, separación, .tratamiento, almacenamiento y transferencia de hidrocarburos.
6. La operación del sistema de bombeo y tuberías que conducen los hidrocarburos hasta los tanques de almacenamiento, y desde ahí a los puntos de embarque o de refinación.
7. La operación de facilidades de levantamiento artificial y las instalaciones de recuperación secundaria y terciaria de petróleo.
8. La operación de los sistemas de tratamiento térmico, eléctrico y químico que permitan hacer más fácil o económico el bombeo de petróleo.
9. La construcción, control, operación y mantenimiento técnico de los equipos y unidades de procesos propias de la refinación del petróleo.
10. La construcción, operación y mantenimiento técnico de las tuberías, tanques y bombas para transporte de petróleo crudo/. Productos intermedios y finales de las refinerías.

Parágrafo. Es entendido que las actividades de descontaminación ambiental que tengan que desarrollarse como consecuencia de daños ocasionados por actos dolosos, no son labores propias o esenciales de la industria del petróleo

7.6.4 Trabajadores de la Zona Bananera

Este artículo a juicio de este autor fue derogado tácitamente por la Ley 100 de 1993.

ARTICULO 326. Asistencia médica

“1. Toda empresa agrícola de la zona bananera del departamento del Magdalena que tenga a su servicio más de cinco (5) trabajadores de carácter permanente tiene como obligación especial la de suministrar asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica, en caso de enfermedad no profesional, y hasta por seis (6) meses, cuando su capital exceda de doscientos mil pesos (\$200.000), y hasta por tres (3) meses, cuando su capital sea igual o inferior a esa suma.

2. *Para estos efectos, las empresas pueden celebrar contratos con el Ministerio de Higiene sobre el establecimiento de centros mixtos de salud”.*

7.6.5 Trabajadores de empresas mineras e industriales del Chocó

ARTICULO 327. Asistencia medica

“Las empresas mineras e industriales del departamento del Chocó tienen como obligación especial la de suministrar a sus trabajadores asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria en caso de enfermedad no profesional, hasta por seis (6) meses, cuando su capital exceda de doscientos mil pesos (\$200.000), y hasta por tres (3) meses, cuando su capital sea igual o inferior a esa suma, debiendo tener un médico en ejercicio legal de la profesión por cada doscientos (200) trabajadores, o fracción no inferior a cincuenta (50”).

ARTICULO 328. Incapacidad. *“Transcurrido el término de la asistencia médica que si dispone en el artículo anterior, y pagado e auxilio monetario por enfermedad no profesional, las empresas de que trata este capítulo y cuyo capital exceda de doscientos mil pesos (\$200.000) no pueden despedir al trabajador que siga incapacitado si no reconociéndole una indemnización equivalente a dos (2) mensualidades de su salario, más los gastos de transporte al próximo centro poblado en donde haya médico y hospital oficial”.*

7.6.6 Trabajadores de minas de oro, plata y platino

ARTICULO 329. Definición

Para los efectos de este capítulo se entiende que es empresa minera toda explotación de mineral de oro, plata y platino.

ARTICULO 330. Periodos de pago

“Las empresas mineras tienen libertad para señalar los períodos de pago de acuerdo con las circunstancias de lugar, tiempo y recursos con que cuenta para la explotación.

ARTICULO 331. Prevención de enfermedades

“Toda empresa minera debe suministrar, a juicio del médico, preventivos y curativos del paludismo y tratamiento especial a los trabajadores atacados de endemias tropicales.

ARTICULO 332. Higiene.

“Las empresas mineras tienen las obligaciones que sobre higiene del personal y de los campamentos y seguridad de los trabajadores prescriba el Ministerio del Trabajo

ARTICULO 333. Actividades discontinuas, intermitentes y de simple vigilancia

“Para los efectos del ordinal b) del artículo 161, y del ordinal c) del artículo 162, se entiende que ejercitan actividades discontinuas o intermitentes o de simple vigilancia en las minas, según el caso, los siguientes trabajadores:

1. En todas las minas:

- a). Los encargados de las plantas eléctricas;
- b). Los vigilantes y capataces de cuadrillas
- c). Los gariteros, sirvientes pajes, cuidanderos, caseros, arrieros, conductores de vehículos y ayudantes,
- d). Los acequeros y los que se ocupan en el sostenimiento de los acueductos que sirven para abastecer de agua a las maquinarias;

2. En las minas de aluvión:

- a). Los ocupados en el manejo de elevadores hidráulicos y bombas centrífugas;
- b). Los que se ocupen en el manejo de motores hidráulicos y bombas centrífugas
- c). Los encargados de las bombas en los apagues;
- d). Los encargados del canalón.
- e). En las dragas, todos aquellos cuya labor requiere conocimientos técnicos especiales.

3. En las minas de veta:

- a). Los encargados de las plantas de cianuración, flotación, amalgamación, tostión y fundición;
- b). Los molineros, y
- c). Los encargados de los motores, de las bombas, de los malacates y de las grúas.

El artículo 113 de la ley 50 de 1990 creó el Fondo de Prestaciones de los pensionados de las empresas Productoras de Metales Preciosos. Señala la norma lo siguiente:

ARTICULO 113. *“Crease el Fondo de Prestaciones de los Pensionados de las Empresas Productoras de Metales Preciosos, como una cuenta sin personería jurídica, que será administrado por el Instituto de Seguros Sociales para atender exclusivamente el pago de las pensiones a los trabajadores que cumplan los requisitos para obtener la respectiva pensión, con anterioridad a la vigencia de la presente Ley y el pago de las correspondientes mesadas a los actuales pensionados de dichas empresas, previa reglamentación que expida el Gobierno Nacional.*”

Para ser beneficiario de este Fondo se requiere:

- 1. Que la empresa de la cual se hubiere obtenido la pensión o en la cual se cumpla con los requisitos para obtenerla antes de la vigencia de esta Ley, se encuentre en proceso de liquidación y disolución o haya sido liquidada.

2. Que la respectiva empresa no haya efectuado las cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales y que a criterio de la Superintendencia de Sociedades no puedan atender la cancelación de dichas pensiones.

PARAGRAFO. *Facúltase al Presidente de la República para reglamentar el Fondo de que trata el presente artículo dentro de los tres (3) meses siguientes contados a partir de la vigencia de esta Ley; y para que provea, en el mismo término, los recursos de su financiación.*

7.6.7 Trabajadores de empresas agrícolas, ganaderas o forestales.

Las prestaciones completadas en este Capítulo como todas las que son o deben ser atendidas por la Seguridad Social, considera el autor de estas notas que han sido derogadas tácitamente por las normas de la seguridad social a partir de la ley 100 de 1993.

ARTICULO 334. Alojamiento y medicamentos

Las empresas agrícolas, ganaderas o forestales que ocupen quince (15) o más trabajadores que residan en ellas, están obligados a suministrarles alojamiento adecuado, a destinar un local para la asistencia de enfermos y a proveerlos de los medicamentos o medios terapéuticos de urgencia.

ARTICULO 335. Enfermedades tropicales

Las empresas agrícolas, ganaderas o forestales, de climas templados y calientes, están especialmente obligadas a combatir las enfermedades tropicales, por todos los medios curativos y profilácticos.

ARTICULO 336. Reglamentación

“Los ministerios de trabajo e higiene dictarán las medidas conducentes para el cumplimiento de los dos artículos anteriores

ARTICULO 337. Local para escuela

“Las empresas agrícolas, ganaderas o forestales en donde hubiere veinte (20) o más niños en edad escolar, hijos de sus trabajadores, tienen la obligación de suministrar local apropiado para establecer una escuela.

7.6.8 Empleadores sin caracter de empresa

ARTICULO 338. Prestaciones sociales

“1. Los empleadores que ejecutan actividades sin ánimo de lucro quedan sujetos a las normas del presente Código; pero para los efectos de las prestaciones sociales a que están obligados, el Gobierno puede efectuar la clasificación de estos empleadores y señalar la proporción o cuantía de dichas prestaciones-

2. Lo dispuesto es este artículo no será aplicable a aquellas personas en que de acuerdo con el Concordato estén sometidas a la legislación canónica,-;

ARTICULO 339. Cooperativas

Las sociedades cooperativas deben a sus trabajadores las mismas prestaciones que las empresas; y se tendrá como capital para graduarlas el valor de su patrimonio, según certificación de la Superintendencia del ramo.

La ley 79 de 1988 reglamenta las Cooperativas de Trabajo Asociado en el país. Transcribiremos los articulo que están publicados en el Régimen Laboral Colombiano pero para un estudio completo de estas Cooperativas se debe estudiar toda la ley y las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Artículo 70. *Las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios.*

Artículo 57. *El trabajo de las cooperativas estará preferentemente a cargo de los propios asociados. Los trabajadores de las cooperativas tendrán derecho a ser admitidos en ellas como asociados, si lo permite la naturaleza propia de las actividades sociales y las condiciones que para el efecto deben reunir los asociados.*

Artículo 58. *Los asociados de las cooperativas podrán prestar a éstas, en las etapas iniciales de su funcionamiento, o en períodos de grave crisis económica, servicios personales a modo de colaboración solidaria o con carácter gratuito o convencionalmente retribuido. En estos casos el ofrecimiento del asociado deberá constar por escrito, especificándose el tiempo y la excepcionalidad del servicio.*

El ofrecimiento del trabajo solidario es revocable por el asociado en cualquier momento.

Artículo 59. *En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberá tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho.*

Las compensaciones por el trabajo aportado y el retorno de los excedentes previstos en el artículo 54 numeral 3o. de la presente Ley, se hará teniendo en cuenta la función del trabajo, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado.

Sólo en forma excepcional y debidamente justificada, las cooperativas de trabajo no asociado podrán vincular trabajadores ocasionales o permanentes no asociados; en tales casos, estas relaciones, se rigen por las normas de la legislación laboral vigente.

En las cooperativas que no sean de trabajo asociado, el régimen laboral ordinario se aplicará totalmente a los trabajadores dependientes y a los trabajadores que a la vez sean asociados.

Artículo 60. *Las cooperativas podrán convenir o contratar con las cooperativas de trabajo asociado la ejecución del trabajo total o parcial que aquellas requieran para la realización de las actividades de su objeto social.*

Esta ley esta reglamentada actualmente por el decreto 4588 de 2006 que fue modificado por el Decreto Nacional 2417 de 2007

7.7 ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

1) *Realice una exposición sobre la motivación económica que sustenta el pago de la “prima de servicios” a que por ley están obligadas cierto tipo de empresas y cuáles no.*

2) *En la misma línea socio económica realice un estudio sobre los cinco grupos de normas protectoras*

7.8 ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

J

“Condición más beneficiosa”.Aclaración en relación con las cotizaciones pensionales presentada por la Sentencia 29175 fechada el 14-0807, de la C.S.J.

Sentencia C-126 de 1996 de la Corte Constitucional relacionada con requisitos sobre la edad para pensionarse.

7.9 AUTOEVALUACIÓN

Ae

1) ¿En qué sentido la Sentencia C-1056 de 2003 de la Corte Constitucional declara inexecutable el régimen de transición pensional. De la Ley 797 de 2003?.

¿Porqué la Sentencia C-789 de 2002 de la misma Corte condiciona la exequibilidad de la reforma de la Ley 100?

¿A cuantas mesadas pensionales tiene derecho un pensionado, en que condiciones de modo tiempo se conceden?

¿Qué trabajadores y cuáles no, tienen derecho a la prima de servicios?

Unidad 8 | NORMAS PROTECTORAS DE LAS PRESTACIONES.

Ha de advertirse, el radio de acción de estas normas se extiende a todos los derechos laborales individuales contemplados en el Código Sustantivo del Trabajo en la parte individual, incluidas las prestaciones sociales comunes y las especiales estudiadas en las **UNIDADES 6. y 7.** de este Módulo.

8.1 IRRENUNCIABILIDAD

ARTICULO 340.- Principio general y excepciones.

Las prestaciones sociales establecidas en este código, ya sean eventuales o causadas, son irrenunciables. Se exceptúan de esta regla:

- a). El seguro de vida obligatorio de los trabajadores mayores de cincuenta (50) años de edad, los cuales quedan con la facultad de renunciarlo cuando vayan a ingresar al servicio del empleador. Si hubieren cumplido o cumplieren esa edad estando al servicio del establecimiento o empleador, no procede esta renuncia,
- b). Las de aquellos riesgos que sean precisamente consecuencia de invalidez o enfermedad existente en el momento en que el trabajador entra al servicio del empleador.

2) ARTÍCULO 341.- Definición y clasificación de invalidez y enfermedad.

1. Para los efectos del ordinal b) del artículo anterior se entiende por inválidos o enfermos los trabajadores con perturbaciones o deficiencias orgánicas, fisiológicas o psicológicas, pero que están todavía en condiciones de desarrollar alguna capacidad de trabajo.

2. Para los fines de la renuncia de las indemnizaciones que debían percibir, estos inválidos y enfermos se clasifican en las siguientes categorías:

a). Trabajadores con perturbaciones o deficiencias orgánicas, fisiológicas o psicológicas, corregibles o curables por tratamientos adecuados y que afectan transitoriamente su capacidad de trabajo; y

b). Trabajadores con perturbaciones o deficiencias orgánicas, fisiológicas o psicológicas definitivas, pero que están todavía en condiciones de desarrollar alguna capacidad de trabajo.

3. Los médicos de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo harán, en cada caso particular, la clasificación respectiva de la invalidez o enfermedad del trabajador, y autorizarán las renunciaciones a que hubiere lugar.

4. Sin estos requisitos, las renunciaciones no producen ningún efecto.

3) ARTÍCULO 342.- Prestaciones renunciables

“1. Los trabajadores comprendidos en el ordinal a) del inciso 2. del artículo anterior, pueden renunciar a los auxilios por enfermedad no profesional establecidos en los artículos 227 y 277, a los cuales tendrían derecho al producirse su incapacidad para el trabajo como consecuencia de la perturbación o deficiencia que originó la renuncia.

2. Los trabajadores comprendidos en el ordinal b) del inciso 2. del mismo artículo anterior, pueden renunciar a los auxilios por enfermedad no profesional y por accidente de trabajo que se produzcan como consecuencia directa de la perturbación o deficiencia que originó la renuncia, y al seguro de vida colectivo obligatorio, en caso de muerte ocurrida por la misma causa.

3. Todos los trabajadores de que trata el artículo anterior pueden renunciar al auxilio de invalidez establecido en el artículo 278.

4) ARTÍCULO 343.- Prohibición de cederlas

“No produce ningún efecto la cesión que haga el trabajador de sus prestaciones”.

8.2 INEMBARGABILIDAD

1) ARTICULO 344.- Principio y excepciones

“1. Son inembargables las prestaciones sociales, cualquiera que sea su cuantía.

2. Exceptúanse de lo dispuesto en el inciso anterior los créditos a favor de las cooperativas legalmente autorizadas y los provenientes de las pensiones alimenticias a que se refieren los artículos 411 y Concordantes del Código Civil, pero el monto del embargo o retención no puede exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor de la prestación respectiva”.

2) La ley 100 de 1993 en su artículo 134 declaro inembargables los siguientes conceptos:

“1. Los recursos de los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad.

2. Los recursos de los fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida y sus respectivas reservas.

3. Las sumas abonadas en las cuentas individuales de ahorro pensional del régimen de ahorro individual con solidaridad, y sus respectivos rendimientos.

4. Las sumas destinadas a pagar los seguros de invalidez y de sobrevivientes dentro del mismo régimen de ahorro individual con solidaridad.

5. Las pensiones y demás prestaciones que reconoce esta Ley, cualquiera que sea su cuantía, salvo que se trate de embargos por pensiones alimenticias o créditos a favor de cooperativas, de conformidad con las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

6. Los bonos pensionales y los recursos para el pago de los bonos y cuotas partes de bono de que trata la presente Ley.

7. Los recursos del fondo de solidaridad pensional.

PARAGRAFO. No obstante lo dispuesto en el presente artículo, las cotizaciones voluntarias y sus rendimientos financieros solo gozan de los mismos beneficios que la Ley concede a las cuentas de ahorro en UPAC, en términos de inembargabilidad.

8.3 PRELACION DE CRÉDITOS

ARTICULO 345.- Modificado por la ley 50 de 1990: prelación de créditos por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.

“Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, la cesantía y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás. El juez civil que conozca del proceso de concurso de acreedores o de quiebra dispondrá el pago privilegiado y pronto de los créditos a los trabajadores afectados por la quiebra o insolvencia del empleador

Cuando la quiebra imponga el despido de trabajadores, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se tendrán como gastos pagaderos con preferencia sobre los demás créditos

Los créditos laborales podrán demostrarse por cualesquier medio de prueba autorizado por la ley y, cuando fuera necesario, producidos extrajuicio con intervención del juez laboral o de inspector de trabajo competentes.

PARAGRAFO. En los procesos de quiebra o concordato los trabajadores podrán hacer valer sus derechos por sí mismos o por intermedio del Sindicato, Federación o Confederación a que pertenezcan, siempre de conformidad con las leyes vigentes.

8.4 EXENCION DE IMPUESTOS

Los **ARTICULOS 346 y 347** fueron derogados por el Estatuto Tributario.

8.5 HIGIENE Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO

1) ARTICULO 348.- Medidas de higiene y seguridad. Modificado por el artículo 10 de Decreto 13 de 1967

“Todo empleador o empresa están obligados a suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores; a hacer practicar los exámenes médicos a su personal y adoptar las medidas de higiene y seguridad indispensables para la protección de la vida, la salud y la moralidad de los trabajadores a su servicio; de conformidad con la reglamentación que sobre el particular establezca el Ministerio del Trabajo”.

2) ARTICULO 349.- Reglamento de higiene y seguridad. Artículo modificado por el artículo 55 de la Ley 962 de 2005.

“Los empleadores que tengan a su servicio diez (10) o más trabajadores permanentes deben elaborar un reglamento especial de higiene y seguridad, a más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes a la iniciación de labores, si se trata de un nuevo establecimiento. El Ministerio de la Protección Social vigilará el cumplimiento de esta disposición”.

3) ARTICULO 350. Contenido del reglamento. *“El reglamento especial que se prescribe en el artículo anterior debe contener, por lo menos, disposiciones normativas sobre los siguientes puntos:*

- 1. Protección e higiene personal de los trabajadores.*
- 2. Prevención de accidentes y enfermedades.*
- 3. Servicio médico, sanidad del establecimiento, y salas cunas en su caso.*
- 4. Prohibición de facilitar alojamiento en edificios de industrias peligrosas o insalubres.*
- 5. Provisión de sillas para trabajadores de tiendas, boticas, fábricas, talleres y establecimientos similares.*
- 6. Cuando se trate de trabajos con soldadura eléctrica, las condiciones que deben reunir los locales y los elementos de protección para los trabajadores.*
- 7. Normas especiales, cuando se trate de empresas mineras y petroleras.*
- 8. Medidas de seguridad en las empresas de energía eléctrica, en los depósitos de explosivos de materias inflamantes y demás elementos peligrosos.*
- 9. Higiene en las empresas agrícolas, ganaderas y forestales.*

4) ARTICULO 351. Publicación

“Una vez aprobado el reglamento de conformidad con el artículo 349, el empleador debe mantenerlo fijado en dos (2) lugares visibles del local del trabajo”.

5) ARTICULO 352.- Vigilancia y sanciones.

“Corresponde al Ministerio del Trabajo, por conducto de la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial, velar por el cumplimiento de las disposiciones de este capítulo, atender

las reclamaciones de empleadores y obreros sobre transgresión de sus reglas, prevenir a los remisos, y, en caso de reincidencias o negligencia, imponer sanciones, teniendo en cuenta la capacidad económica del transgresor y la naturaleza de la falta cometida”.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

ABAD GÓMEZ, Javier. *El Trabajo*. Cali: Ediciones Tacurí. 1996.

BARRERA, María Lucía y Wilchez Claudia. *Modulo de Derecho Individual*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2008.

CABANELLAS, Guillermo. *Tratado del Derecho Laboral*. Tomo 1. Editorial de Palma. Buenos Aires.

CAMACHO, Henríquez Guillermo. *Derecho del Trabajo*, tomo 1º. Editorial Temis. Bogotá. DE. 1961.

CAMPOS RIVERA, Domingo. *Derecho Laboral Colombiano*. Bogotá: Temis, 1997).

CERÓN DEL HIERRO, Antonio. *Introducción al Derecho del Trabajo. Relaciones Individuales*. Santa fe de Bogotá D. C. : Derecho Vigente, 1998

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo 1. Editorial Porrúa. Decimosegunda Edición. México, 1970.

GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. *“Derecho Individual del Trabajo”*. Décima Edición. Legis

REGIMEN LABORAL COLOMBIANO. Ediciones Legis. Bogotá. Envío 233 noviembre 2007.

ROMERO MONTES, Javier. *“Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano, Libro homenaje a Américo Pla Rodríguez.”*

SELLÉS, Juan Fernando. *La persona humana*. Bogotá D. C.: Universidad de La Sabana,

Antropología filosófica. 1998. Págs. 109-130.

UGARTE CATALDO, José Luis. *“El nuevo derecho del trabajo”*. Editorial universitaria. Santiago de Chile.

Impreso en los talleres de
Grafi-Impacto Ltda.
Diciembre de 2007