



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

DESCONCENTRACIÓN SERVICIOS JUDICIALES CIUDAD BOLÍVAR

Área de Trabajo y Seguridad Social



PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN PARA LA
DESCONCENTRACIÓN DE LOS SERVICIOS
JUDICIALES EN CIUDAD BOLÍVAR

Área Laboral y Seguridad Social

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Vicepresidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



*Consejo Superior
de la Judicatura*
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

DIANA PATRICIA JIMÉNEZ AGUIRRE

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN PARA LA
DESCONCENTRACIÓN DE LOS SERVICIOS
JUDICIALES EN CIUDAD BOLÍVAR

Área Laboral y Seguridad Social

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

DIANA PATRICIA JIMÉNEZ AGUIRRE, 2010
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2010

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9ª -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

ISBN:

Primera edición: xxxxx de 2011

Con un tiraje de 3000 ejemplares

Composición: Autorun Diseño y Comunicación

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
OBJETIVOS GENERALES DEL MÓDULO	21
Objetivos Generales	21
Objetivos específicos	21
Objetivos generales	23
1. LOS DERECHOS LABORALES Y SU CONSTITUCIONALIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN	23
INTRODUCCIÓN A LA UNIDAD 1	24
1.1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL	24
1.2. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE DERECHOS LABORALES.	25
1.3. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES LABORALES	25
1.4. DISCAPACIDAD Y DERECHOS LABORALES	37
1.5. EL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO.	46
Actividades Pedagógicas	53
Autoevaluación	53
2. DE LAS RELACIONES LABORALES	55
Objetivos específicos	55
INTRODUCCIÓN A LA UNIDAD 2	56
2.1. EL DERECHO LABORAL INDIVIDUAL EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA	56
2.2. LA LEY 1429 Y LOS EFECTOS EN CUANTO A TRABAJADORES INDEPENDIENTE.	66
2.3. CONCEPTO DE CONTRATO REALIDAD	68

2.4.	LA TEORÍA DE LA RELACIÓN DE TRABAJO	71
2.5.	ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO	73
2.6.	DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DEPENDIENTES	83
2.7.	DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS Y LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO.	95
2.8.	2.8. DISCRIMINACIÓN LABORAL	98
	Actividades Pedagógicas	102
	Autoevaluación	102
3.	SOBRE LOS DERECHOS A LA SEGURIDAD SOCIAL PENSIÓN Y SALUD.	105
	Objetivos específicos	105
	INTRODUCCIÓN A LA UNIDAD 3	106
3.1.	LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y EL CONCEPTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.	106
3.2.	EL RÉGIMEN DE PENSIONES ESTABLECIDO EN COLOMBIA.	111
3.3.	SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	115
3.4.	DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE VINCULADOS:	128
3.5.	APUNTES SOBRE DE LA LEY 1438 DE 2011	130
	Actividades Pedagógicas	133
	Autoevaluación	133
	BIBLIOGRAFIA SELECCIONADA	137

PRESENTACIÓN

El Módulo del Área Laboral y Seguridad Social forma parte del Programa de Formación para la Desconcentración de los Servicios Judiciales en Ciudad Bolívar del Plan de Formación de la Rama Judicial, aprobado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y construido por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas y la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo, bajo la coordinación del Magistrado Hernando Torres Corredor, con la autoría de la doctora **DIANA PATRICIA JIMÉNEZ AGUIRRE**, quien con su conocimiento y experiencia y con el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propuso responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una administración de justicia cada vez más justa, oportuna y cercana a todos los colombianos.

El Programa de Formación para la Desconcentración de los Servicios Judiciales en Ciudad Bolívar tiene como antecedente “la generación de condiciones sociales, culturales, políticas e institucionales para que las comunidades que viven en condiciones de marginación y exclusión tengan la posibilidad de realizar un ejercicio efectivo de sus derechos ante las instituciones públicas, y especialmente, antes los organismos de la administración de justicia”, objetivo retomado por el Convenio Interadministrativo No. 245 de 2008, suscrito entre Consorcio EUROsocial Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura y la Alcaldía Mayor de Bogotá, para el desarrollo de acciones conjuntas de las instituciones llamadas a facilitar y garantizar soluciones a los problemas de las comunidades junto a la pedagogía popular en derechos.

El propósito de la desconcentración de los servicios de justicia es acercar a los pobladores de la localidad de Ciudad Bolívar, lo cual implica que los Jueces, Juezas, empleados y empleadas judiciales conozcan y comprendan las realidades, reconozcan las dinámicas sociales de la comunidad y sean garantes de los derechos de los y las ciudadanos que habitan en la Localidad. De la misma manera, se busca que éstos adquieran los

elementos necesarios para realizar un ejercicio efectivo de sus derechos y desarrollen un proceso de educación en derechos, bajo el propósito de allanar las condiciones de la prevención y atención de los conflictos de manera adecuada.

El módulo del Área Laboral y Seguridad Social que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia judicial, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron en la Localidad de Ciudad Bolívar, con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos. De la misma manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por la autora **DIANA PATRICIA JIMÉNEZ AGUIRRE** fue validado con los Funcionarios y Empleados de los Comités Académicos, quienes con sus observaciones enriquecieron este trabajo.

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

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial responde al modelo pedagógico sistémico y holista de la educación, es decir, que el conocimiento se gesta y desarrolla como resultado de un proceso de interacción sistémica entre pares, todos los

cuales participan de manera dinámica como formadores o discentes, en el contexto de innovación, investigación y proyección social de las sociedades del conocimiento, a partir de los siguientes criterios:

- Respeto por los Derechos Fundamentales.
- Respeto por la independencia de Jueces y Juezas.
- Un modelo basado en el respeto a la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación
- Consideración de la diversidad y la multiculturalidad.
- Orientación hacia el ciudadano.
- Una dimensión personalizada de la educación.
- Énfasis en una metodología activa apoyada en el uso de las TICs en educación, con especial énfasis en las tecnologías de educación virtual B-learning.
- Mejoramiento de la práctica judicial
- Compromiso socializador.
- Dimensión creativa de la educación.
- Aproximación sistémica, integral e integrada a la formación.
- Aprendizaje basado en el estudio de problemas a través del método del caso y el análisis de la jurisprudencia.

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

1. ***Investigación Aplicada:*** Conjunto de actividades que posibilita la integración de todos los elementos que contribuyen al desarrollo, la introducción, la difusión y el uso del conocimiento.
2. ***Plan de Formación:*** Desarrollo de la capacidad y las condiciones para que los discentes construyan su propio modelo interpretativo de

la realidad en búsqueda de lograr la transformación de su proyecto de vida y del contexto en el que interactúa. El aprendizaje se asume como el resultado de la interacción entre pares que con su experiencia se convierten en insumos de los unos para con los otros y de esta manera enriquecen los elementos y juicios para la toma de decisiones.

3. ***Proyección Social de la Formación:*** Se trata de la extensión de los programas de formación que realiza la EJRLB a comunidades distintas a los servidores y servidoras de la Rama Judicial. Se concibe el rol que la Escuela Judicial tiene como integradora de conocimiento y su labor de proyectarlo no sólo dentro de la Rama Judicial sino también en todas las comunidades que tienen que ver con la formación en justicia bajo todas sus manifestaciones.

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

Aprendizaje activo

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

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

Aprendizaje social

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

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

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “lo público” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que

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

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

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

Aplicación de la Nuevas Tecnologías

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

presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

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

Planes de Estudio

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

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

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

La *Reunión Inicial del Módulo* en la cual se presentan los objetivos del módulo, la agenda, las guías didácticas y los materiales para su estudio y

se fijan los compromisos pedagógicos por parte de los y las discentes con el curso de formación que inician.

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

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

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

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

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

El *Seguimiento* a través de conversatorios presenciales o por videoconferencia que posibiliten a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a reforzar los contenidos

de los módulos desarrollados y fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial mediante su participación en el Blog de Mejores Prácticas.

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

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

Los módulos

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

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

Cómo abordarlos

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

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado: (1) Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan; (2) Tenga en cuenta las guías del y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones, el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura efectiva del plan educativo; (3) Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o complementar las perspectivas presentadas.

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

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

OBJETIVOS GENERALES DEL MÓDULO

Og

OBJETIVOS GENERALES

- Promover que los funcionarios y las funcionarias del centro identifiquen el contexto socio-jurídico especial de la localidad de Ciudad Bolívar y la comprensión real de la conflictividad que le es circundante a un habitante de esa comunidad.
- Brindar a la comunidad instrumentos de formación con el fin de que identifiquen las posibles vulneraciones de sus derechos y así mismo las diferentes rutas a las que pueden acudir para la protección de los mismos.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Promover la formación en conceptos tales como, los principios fundamentales y herramientas básicas del Derecho Laboral y la internacionalización del Derecho Laboral.
- Contrastar la aplicación en las dinámicas del mundo del trabajo, de los derechos de los niños niñas y jóvenes, con el fin de interpretar los efectos de su participación temprana en el sector productivo.
- Analizar el concepto de subordinación jurídica como elemento esencial del contrato de trabajo y como característica que lo diferencia de otras formas de trabajo.
- Establecer en qué casos opera el principio de la primacía de la realidad cuando se simula la celebración de contratos de prestación de servicios de carácter civil o comercial.

Unidad 1

LOS DERECHOS LABORALES Y SU CONSTITUCIONALIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN

Og

OBJETIVOS GENERALES

- Identificar la conceptualización básica para el análisis del marco regulativo laboral en el caso colombiano como punto de partida del análisis de las problemáticas del trabajo
- Identificar los elementos esenciales del contrato realidad con el fin de contrastarlo en el análisis de distintas situaciones de trabajo
- Estudiar los derechos laborales de protección a los grupos vulnerables de la comunidad especificando en los casos de discapacidad laboral
- Brindar la conceptualización básica para el análisis del marco regulativo laboral en el caso colombiano como punto de partida del análisis de las problemáticas del trabajo

INTRODUCCIÓN A LA UNIDAD 1

En la actualidad se puede afirmar que en muchos países del mundo se viene incrementando la utilización del derecho internacional de los derechos humanos dentro de los cuales se han establecido varios derechos laborales, a este contexto no es ajeno el derecho Colombiano.

Como ya se explicó, los contenidos aquí elaborados tienen por objetivo principal desarrollar con los jueces y juezas que administran justicia en Ciudad Bolívar, herramientas y una serie de elementos de reflexión relativos a la aplicación del derecho internacional del trabajo en el derecho nacional, poniendo énfasis en la posibilidad de la utilización del derecho internacional en la resolución judicial de los litigios laborales.

Para desarrollar lo anterior se iniciará la presente unidad estableciendo que a la luz de la constituyente de 1991, la visión de los derechos ha cambiado y por lo tanto en principio es importante iniciar el estudio desde la constitucionalización de derecho laboral, sus principios fundamentales constitucionalizados, entre los cuales se hace evidente la internacionalización de los mismos.

Con esta contextualización se plantearán algunos casos que se han presentado a nivel internacional en los cuales se pone de manifiesto que los jueces y las juezas los tribunales y cortes han dado aplicación a los convenios y tratados internacionales para solucionar conflictos del derecho interno.

1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL

A partir de la Constitución de 1991 el alcance de los principios del derecho del trabajo ha variado sustancialmente, la forma de interpretarlos y entenderlos ya no puede realizarse de manera aislada, sino que deben revisarse en el contexto de la doctrina constitucional construida a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, y entenderse los mismos, en aplicación del Derechos internacional.

1.1 CONSTITUCIONALIZACIÓN DE DERECHOS LABORALES.

Con la reforma de la Constitución de 1991, se establece la constitucionalización de los derechos sociales y entre ellos, la de varios derechos laborales y de la seguridad social, lo cual representa un giro sustancial en la forma de interpretarlos entenderlos y aplicarlos.

Con el reconocimiento constitucional de derechos laborales, se da una especial categoría a los mismos que los centra dentro del conjunto de derechos humanos los cuales el Estado reconoce y se compromete a respetar, promover y garantizar.

Sí se parte de darles la categoría de derechos humanos, es concordante entonces asignarles la máxima jerarquía jurídica y, por lo tanto, gozan de las garantías constitucionales y no pueden ser afectados o limitados por normas o actos de jerarquía inferior, salvo en las condiciones y circunstancias que la propia Constitución prevea, ahora bien entendidos estos desde un aspecto constitucional se enarbolan haciendo parte intrínseca del “contrato social”, de los mínimos de condiciones de vida en común de la sociedad.

1.2. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES LABORALES

Ahora bien deviene de la Constitución un número significativo de principios que si bien es cierto algunos se encontraban ya regulados en la normatividad del Código sustantivo del trabajo, fueron elevados a rango constitucional dándoles una categoría especial como ya se ha tratado, se establecen entonces desde la Constitución los siguientes:

1.2.1 Protección al trabajo - Artículo 25 CN

El artículo 25 de la Constitución preceptúa que el trabajo goza de la especial protección del Estado, y que toda persona tiene derecho a un empleo en condiciones dignas y justas.

De lo anterior deviene que el trabajo debe realizarse en condiciones dignas y justas.

Aquí es conveniente recordar y traer a colación lo que la Corte Constitucional ha dicho sobre el Estado Social de Derecho y la protección al trabajo; por lo que entre otras en la sentencia C-1064/01, se pusieron de presente los siguientes criterios:

“La fórmula política del Estado Social de Derecho surge en la postguerra europea como una forma de organización estatal que pretende corregir las limitaciones de la concepción clásica del Estado de Derecho, expresión política de una sociedad compuesta por individuos concebidos abstractamente como libres e iguales. La teoría del estado del siglo XIX y principios del XX partía de la idea del ciudadano como persona adulta, letrada, propietaria, generalmente masculina, y libre frente al poder público. Desde esta perspectiva, la sociedad era autónoma para el aseguramiento de su reproducción material y cultural, por lo que el Estado estaba prioritariamente destinado a proteger a las personas frente a peligros internos y externos por medio de la policía, el ejército y la justicia. No obstante, la recesión económica de la primera posguerra y la expansión de las ideas socialistas, acompañadas de reacciones de corte igualitario dentro de las doctrinas liberales y conservadoras, así como la creciente industrialización y tecnificación de las sociedades, vinieron a dejar en claro hasta qué punto el ser humano no es realmente libre e igual debido a limitaciones naturales y sociales, dentro de las cuales sobresalen las económicas. Es por ello que se acepta que, en muchos casos, la libertad y la igualdad requieren para su realización de medidas, acciones, prestaciones, servicios, que la persona, por sí misma, no puede asegurar. El Estado de derecho evolucionó así, de un estado liberal democrático a uno social, también democrático, animado por el propósito de que los presupuestos materiales de la libertad y la igualdad para todos estén efectivamente asegurados.

El surgimiento histórico de este modelo de organización, identificado ahora como Estado Social de Derecho, muestra, entonces, la convergencia de las ideas socialistas, de la tradición liberal y del pensamiento social

cristiano. En la segunda mitad del siglo XIX, la preocupación por la “cuestión social” llevaría inicialmente a la adopción de leyes sociales de protección a las personas frente a situaciones de grave y urgente necesidad. Pero no sería sino después de las dos guerras mundiales que ella vendría a plasmarse en la propia configuración del Estado. Pese a que el Estado interviene ampliamente en la vida social y económica en las primeras décadas del siglo XX, para corregir las disfunciones originadas en el modelo económico y político, en la Constitución de Weimar (1919), las normas sociales relativas al derecho al trabajo, a la seguridad social, a la asistencia pública, etc., sólo tendrían un carácter programático. Lo mismo puede decirse en nuestro continente de la Constitución de México (1917) proclamada una vez terminada la revolución. Dentro del mismo espíritu se destaca en nuestra historia constitucional la Reforma de 1936 adoptada como parte de la “revolución en marcha”. En los Estados Unidos, sin reforma al texto constitucional, los cambios jurisprudenciales después de una crisis institucional profunda le abrieron paso al “New-Deal”. Ahora, en la tradición romano-germánica, es el teórico alemán Herman Heller quien vendrá a conceptualizar la incidencia de lo social en la teoría del Estado y a acuñar la idea misma del “Estado social de derecho”. Alemania tendría que superar primero la dictadura nazi para finalmente acoger la forma de Estado social de derecho en la Constitución de Bonn de 1949. Luego sería España quien acogería esta forma de Estado en la Constitución de 1978, en un país cuya Carta Fundamental de 1931 fue también innovadora en lo social. En la Constitución colombiana de 1991 la fórmula del Estado Social de Derecho acogida como primera oración del articulado constitucional, refleja también el consenso de las diversas tendencias, fuerzas y grupos políticos representados en la Asamblea Nacional Constituyente en el sentido de orientar al Estado de derecho de conformidad con los derechos, objetivos y principios sociales reconocidos en la Constitución.

Por otra parte, es importante subrayar que el Estado Social de Derecho como fórmula política no es idéntico, ni su relación necesaria con el modelo económico del “Estado de bienestar”. El Estado de bienestar es compatible con el Estado Social de Derecho pero no es su única manifestación institucional. Tal diferencia ya ha sido subrayada por esta Corporación en una anterior ocasión cuando sostuvo:

*“El llamado Estado de bienestar o **WelfareState**, tan criticado por doctrinas contrapuestas como el liberalismo tradicional o la teoría marxista, no es consecuencia necesaria del carácter social de nuestro Estado de derecho. Por el contrario, éste trasciende las contradicciones que el primero evidenció históricamente. En efecto, el Estado de bienestar, que pretendió promover a extensos sectores marginados de los beneficios sociales a través de una política económica basada en la construcción de obras públicas, en el subsidio a diversas actividades de producción y en la extensión de servicios gratuitos, desembocó en muchos casos en crisis fiscal y evidenció sus contradicciones al transferir más poder a los grupos poderosos de la sociedad contratados por el mismo Estado para acometer sus proyectos y liberados por éste de la prestación de otros servicios. A lo anterior se vino a sumar el crecimiento incontrolado del aparato burocrático administrativo y su ineficiencia para resolver los problemas de una sociedad capitalista compleja.*

El Estado como instrumento de justicia social, basado en una economía social de mercado, con iniciativa privada, pero en la que se ejerce una cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos, permite corregir los excesos individuales o colectivistas.

El sistema económico en el Estado social de derecho, con sus características de propiedad privada de los medios de producción, libertad de empresa, iniciativa privada e intervencionismo estatal, está orientado según un contenido humano y por la aspiración de alcanzar los fines esenciales de la organización social. Por ello, el ordenamiento jurídico consagra tanto derechos programáticos, que dependen de las posibilidades presupuestales del país, como derechos prestacionales que dan lugar - cuando se cumplen los requisitos para ello - al ejercicio de un derecho público subjetivo en cabeza del individuo y a cargo del Estado.”

Cabe resaltar, pues, que a diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la

participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado Social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional.”

1.2.2. Derecho de asociación sindical (Art. 39, C. P.)

En el artículo 38 del capítulo de Derechos Fundamentales de la Constitución se garantiza el derecho de libre asociación en las distintas actividades que las personas realizan; este derecho de asociación consiste en la libre disponibilidad de los ciudadanos para constituir formalmente asociaciones con otros ciudadanos y contiene un aspecto negativo, el cual consiste en que nadie puede ser obligado, directa o indirectamente, a formar parte de una asociación determinada.

El artículo 39, por su lado, contempla de manera específica el derecho general consagrado en el artículo 38, que r autoriza a los trabajadores y empleados, que en cumplimiento del principio de asociación creen o funden sindicatos de trabajadores y empleados así como asociaciones de sindicatos.

1.2.3. El fuero sindical (Art. 39, C. P.)

A partir de la Constitución de 91 se universaliza el fuero sindical extendiéndolo a toda clase de trabajadores, por lo tanto el derecho de asociación sindical son aplicables también a los servidores públicos. Al respecto, la Corte se pronunció, mediante la Sentencia C-593 de 1993 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en la cual declaró inexecutable el artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo, en la medida en que dicha disposición restringía el fuero sindical para quienes fueran empleados públicos.

1.2.4. La Seguridad Social

El artículo 48 de la ley de leyes consagra que la Seguridad Social es un servicio público, y en su desarrollo la ley 100 lo establece como esencial.

La ley 100 de 1993 abrió la puerta para que los servicios de la Seguridad social sean prestados por entidades privadas o públicas, tanto en lo que tiene que ver con la salud, como con las pensiones.

El sistema, en general, está en expansión y quizás todavía es temprano para hacer un diagnóstico definitivo sobre sus bondades y desventajas.

Naturalmente, el esquema teórico es atractivo y prometedor, pero es probable que la circunstancia de que hasta ahora haya sido visto y manejado más como un negocio que como un servicio, ha redundado en las críticas que se le formulan cotidianamente desde los distintos sectores de la opinión pública colombiana.

Sobre este tema, la Corte Constitucional se pronunció, entre otras, en las sentencias C-408 de 1994 y T-116 de 1993.

1.2.5. Los principios del artículo 53 de la Carta:

El constituyente estableció en este artículo una serie de principios protectores de la actividad laboral, principios que se desarrollaran más adelante, pero que se considera completamente válido dejarlos enunciados en este acápite

- Igualdad de oportunidades.
- Remuneración mínima vital y móvil.
- Estabilidad en el empleo.
- Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos.
- Facultades para transigir y conciliar derechos inciertos y discutibles.
- Situación más favorable en caso de duda en la aplicación o 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 menor de edad.
- Las pensiones deben pagarse de manera oportuna y deben reajustarse de manera periódica.

Así mismo establece que los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

1.2.5.1 Igualdad de oportunidades

Los empleados que se encuentren en un plano de igualdad por razón del cargo que desempeñan deben disfrutar de las mismas oportunidades para ascender. La Corte en la sentencia C-023 de 1994, dijo lo siguiente:

Igualdad de oportunidades para el trabajador

“Se entiende por igualdad de oportunidades la misma disposición en abstracto frente a una eventual situación; es compartir la expectativa ante el derecho, así luego, por motivos justos, no se obtengan exactamente las mismas posiciones, o los mismos objetivos. Como todos los miembros de la especie humana comparten la identidad esencial, es lógica consecuencia que se compartan las mismas oportunidades. Este es uno de los casos en que la igualdad equivale a la identidad, pero en abstracto, porque en lo real será la proporcionalidad. La igualdad como sinónimo de identidad absoluta, de tener exactamente los mismos bienes, no es posible, porque cuando aparece la titularidad sobre un derecho, dicha titularidad excluye a los demás, implicando una especie de discernimiento jurídico. Establecer una violación al principio de igualdad de oportunidades equivale a desconocer que los humanos tienen identidad esencial, y, por ello, aspiraciones comunes,

así luego la vida misma se encargue de establecer justas diferencias con base en la cantidad y calidad de trabajo real.

Por lo anterior la Corte Concluye que

“... la diferenciación abstracta implica discriminación. En cambio la diferenciación real es requisito material para que opere la igualdad real, que se funda, según ya se dijo, en la proporcionalidad entre entes que se han diferenciado. se iguala lo diverso. Sin lo anterior se haría imposible, por ejemplo, entender la igualdad dentro del pluralismo, que siempre parte del supuesto de una distinción. Se distingue, pero se equipara, y el acto de equiparar lo diverso se hace con base en la regla de las proporciones. Esta proporcionalidad se extiende en el siguiente principio enunciado por el artículo 53 de la Constitución”.

1.2.5.2. Remuneración mínima vital y móvil

Las asignaciones de los empleados deben mantener su capacidad de compra o consumo.

1.2.5.3. Estabilidad en el empleo

En cuanto a este tema se puede estipular que a excepción de los empleados que tienen una función política, entendido estos como aquellos que participen en la toma de decisiones gubernamentales, los demás deben gozar de estabilidad en sus empleos.

En relación con este principio, la Corte señaló en sentencia C-023 lo siguiente:

Estabilidad en el empleo

“Es una manifestación del principio de seguridad, pues como el trabajo además de ser un medio de sustento vital es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Se hace entonces necesario que exista una estabilidad básica en dicho empleo, que no signifi-

ca que el trabajador sea inamovible en términos absolutos, porque siempre se tendrán en cuenta las justas causas para dar por terminado el empleo. Pero sí es conveniente que se sienta como principio laboral la estabilidad, como garantía del trabajador a permanecer en su actividad de provecho, tanto propio como social. Toda norma que tienda a vulnerar este principio es, en definitiva, no sólo un retroceso que supone olvidar logros laborales por los cuales la humanidad ha luchado denodadamente, sino que contaría los fines de la persona en sociedad”.

Tiene por lo tanto, según la Corte la estabilidad en el empleo tiene un doble fin, que es dar las garantía para que los individuos gocen de un medio que le asegure un sustento mínimo vital y asegurar la trascendencia del individuo en la sociedad por medio del trabajo.

1.2.5.4. Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales

Sí bien es cierto existe dentro de la legislación y la constitución un derrotero de derechos mínimos, es necesario entender y precisar que cuando se establecerse la Irrenunciabilidad a los mismos; lo que se pretende es darle una categoría que inclusive este por encima de los posibles acuerdos a los cuales el trabajador debido a su estado de necesidad se vea sometido en cuanto a derechos adquiridos dentro de la relación laboral.

Sobre este aspecto se puede citar entre otras los apartes de la sentencia la Corte Constitucional que preciso en cuanto a la :

Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales que:

“Cuando surge la pregunta de por qué son irrenunciables ciertos beneficios mínimos establecidos por las leyes laborales, la respuesta debe apuntar a la conexidad del trabajo con la dignidad de la persona humana y con el libre desarrollo de la personalidad. Ya se ha mencionado cómo el artículo 23 de la Declaración Universal de De-

*rechos Humanos establece que debe haber condiciones **equitativas y satisfactorias de trabajo**. No se trata de laborar de cualquier forma, sino de una manera adecuada a la dignidad del trabajador. Por ende, la cultura humana ha descubierto unas veces, y ha luchado por implantarlos, otras, beneficios que una vez adquiridos, se tornan en irrenunciables, porque de renunciar a ellos, se desconocería la dignidad humana, exigible siempre, y nunca renunciable, Porque para renunciar jurídicamente a la dignidad humana, tendría que renunciarse al ser personal, hipótesis impensable en un orden social justo. El Estado Social de Derecho, que tiene como fin servir a la comunidad, no puede tolerar que el derecho al trabajo -que es de interés general-, se vea menguado por renunciaciones que el trabajador en estado de necesidad pueda verse forzado a hacer. Como, por ejemplo, aceptar un despido sin justa causa, ante la perspectiva de recibir con prontitud el dinero proveniente de una indemnización. De una u otra forma, implicaría renunciar a uno de los fines personales del hombre, que es, como se ha dicho, el de buscar su propia realización a través de un trabajo honrado y lícito, y cuando un fin es inalcanzable, de una u otra forma, todos los medios van perdiendo su razón de ser.”*

1.2.5.5. Facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles

Con este principio se establece una protección especial, en la cual queda clara que el Estado reconoce que el empleador puede abusar de su poder dominante y por lo tanto establece que cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles, los mismos no podrán ser conciliados y que es deber de las autoridades administrativas y judiciales garantizar la efectividad de los mismos.

1.2.5.6. Situación más favorable en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho (Condición más beneficiosa)

Este principio no sólo señala que en el momento de hacer una interpretación o una aplicación de las fuentes formales, siempre debe escoger aquel

que más beneficie al trabajador; lo anterior como colorarío además del reconocimiento del poder dominante y económico del empleador frente al trabajador. Respecto de este principio, la Corte Constitucional en la sentencia SU-1185 de 2001, en la cual realiza un estudio detallado del principio de favorabilidad y el alcance del mismo concluyo que:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley”

De lo anterior se concluye que el operador jurídico al presentársele estos eventos debe darle siempre prioridad a este principio, es más en la sentencia la Corte establece que sí se demuestra que el operador jurídico no dio aplicabilidad al principio es posible que una acción de tutela en este aspecto prospere.

1.2.5.7. Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral

Es de amplio conocimiento que este principio en particular parte del hecho de la búsqueda de la verdad real, dándole preponderancia a los aspectos facticos que unieron a las partes por encima de las formalidades que se hayan implementado así lo ha expresado la Corte Constitucional cuando a establecido en varios de sus pronunciamientos que:

“El derecho opera en la realidad, y tiende exclusivamente hacia ella. Lo real siempre tiene primacía, pues de no ser así, jamás se concreta-

rían en el mundo jurídico las libertades del hombre. No es posible que las formalidades establecidas por los sujetos lleguen a obstruir los beneficios reales para el trabajador y la realidad misma del derecho al trabajo. Y es lógico que así suceda, pues nunca lo substancial puede subordinarse a lo accidental, sino todo lo contrario: los accidentes debe definir cada vez más lo substancial, en lugar de anular la realidad. De no ser así operaría un desorden jurídico, contrario al orden jurídico que inspira la Carta Política.”

1.2.5.8. Garantía a la seguridad social

Este aspecto envuelve quizá unos de los derechos que más ha evolucionado y el mismo no puede referenciarse solamente desde el derecho interno; sino que se ha desarrollado y aplicado con referentes internacionales tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, y en el Protocolo de San Salvador de 1988 derechos, de los cuales devienen un marco normativo especial, que viene siendo aplicado en el derecho Colombiano, y aunado a lo anterior la aplicación de la progresividad de derechos económicos y sociales, y sustentado además en el test de proporcionalidad, por la anterior la Corte Constitucional luego de varios fallos de tutela, mediante la C-428 de 2009 declara la inexequibilidad del artículo 1 de la ley 860 en lo que refiere a la fidelidad al sistema.

La Corte reafirma con esta decisión que el mandato de progresividad y de no regresividad de la legislación implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, el amplio margen de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringido. No obstante, advirtió que históricamente las dificultades que los Estados han enfrentado, las cuales hicieron imposible el mantenimiento de un grado de protección alcanzado, condujeron a que la prohibición de los retrocesos no pueda ser absoluta, sino que debe ser entendida como una prohibición *prima facie*. Esto significa que, como lo ha señalado la Corte y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, las medidas regresivas que disminuyen una protección alcanzada a un derecho social, se presumen en principio inconstitucionales y contrarias

al Pacto Internacional de estos derechos, pero puede ser justificable y por ello, están sometidas a un control judicial más severo.

En este sentido, para que el cambio pueda ser constitucional, el Estado debe demostrar, con datos suficientes y pertinentes que la medida (i) busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa, (ii) resulta conducente para lograr la finalidad perseguida; (iii) evaluadas las distintas alternativas, parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (iv) no afecta el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido y (v) el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que apareja. A lo anterior se agrega, que el juicio de constitucionalidad debe ser particularmente estricto cuando la medida regresiva afecte los derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos de manera especial por la Constitución, debido a su condición de vulnerabilidad o de marginalidad. De igual modo, la jurisprudencia ha precisado que una medida se entiende regresiva en principio, en los siguientes eventos: a) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; b) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al derecho de que se trata; c) cuando disminuye o desvía de manera efectiva e importante los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho, antes de que se haya verificado el cumplimiento de la respectiva prestación.

Ahora bien en otro fallo la Corte Constitucional hace el análisis del artículo 12, literales a y b de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la ley 100 de 1993, la cual había establecido unos requisitos más gravosos para los beneficiarios de una pensión de sobreviviente, por lo anterior la Corte Constitucional mediante sentencia C-556 de 2009 declara su inexecutable señalando que tal como lo había referido en varias sentencias la modificación introducida por la Ley 797 de 2003 en relación con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, hicieron más estrictos y regresivos y gravosos los mismos, debido a la creación de una nueva exigencia de la fidelidad de cotización al sistema.

1.3. DISCAPACIDAD Y DERECHOS LABORALES

No sólo en este aspecto ha realizado la Corte Constitucional fuertes cambios, también se ha pronunciado en cuanto a las personas discapacitadas.

citadas señalado en varias sentencias sobre los derechos de las personas en estado de discapacidad.

1.3.1. Campo de aplicación de la estabilidad laboral reforzada

La Corte Constitucional ha establecido un problema jurídico en el cual se interroga de sí la protección laboral reforzada debe aplicarse a aquellos trabajadores, que aunque no se encuentran calificados como discapacitados, sufren una disminución en su estado de salud, lo cual les dificulta el desempeño normal de sus funciones.

Ha sido posición de la Corte Constitucional, otorgar una protección especial a aquellos trabajadores que, aunque no han sido calificados como discapacitados, en el transcurso de vida laboral han sufrido de accidentes o enfermedades que disminuyen su capacidad laboral.

Por ejemplo en la Sentencia SU-256 de 1996 la Corte conoció de una tutela interpuesta por un portador de VIH a quien el empleador, al haber conocido su estado de salud, despidió, supuestamente, sin justa causa y luego indemnizó en los términos pactados por las partes en una conciliación, dicha conciliación fue cuestionada por el ciudadano con posterioridad y la Corte concedió la tutela al encontrar que no se trataba de un despido “sin justa causa” sino fruto de la discriminación de la empresa por el hecho de que el empleado era portador. La Corte encontró que a pesar de que la desvinculación se había dado como fruto de la discriminación, en el caso concreto el reintegro laboral no era la opción más favorable para el empleado, puesto que se podían presentar posteriores discriminaciones en el ámbito laboral debido al conocimiento del estado de portador de VIH.

No obstante, como sí se había sufrido un daño en virtud de la desvinculación procedió a decretar la indemnización derivada de la vulneración de los derechos fundamentales.

De otra parte, en la Sentencia T-1040 de 2001, estableció que existe una obligación de los empleadores de reubicar a los trabajadores que, durante el transcurso del contrato de trabajo sufren disminuciones de su capacidad física

Pero es esta misma providencia-T-1040 de 2001-, en la cual la Corte Constitucional dejó sentada su posición frente al tema de la calificación de la discapacidad. En ella se dijo que aquellos trabajadores que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, deben ser consideradas como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual frente a ellas también procede la llamada estabilidad laboral reforzada, por la aplicación inmediata de la Constitución. Lo anterior, a pesar de que no hayan sido calificados como discapacitados. El fallo referido señaló:

“En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados.”(Subrayado fuera del texto)

Como consecuencia de lo anterior, la Corte ordenó el reintegro de la trabajadora, considerando ineficaz su despido, aplicando de esta manera la protección laboral reforzada establecida en la Ley 361 de 1997.

Determina además la Corte que el ordenamiento jurídico ha hecho distinción entre trabajadores discapacitados los cuales han sido calificados como tales por la normatividad y los trabajadores que sufren una merma en su capacidad física durante la ejecución del contrato y a los cuales en observancia del artículo 13 de la Constitución debe dárseles una protección especial del Estado dada su condición de debilidad manifiesta.

Por lo que en los casos anteriores se puede inferir que tanto el alcance como los mecanismos de las normas de protección son diferentes, ya que la ley 361 de 1997, en su artículo 26, consagra un sistema de estabilidad laboral reforzada² y, en segundo término, porque la protección de los

2 Dicha norma dispone que: **“ARTÍCULO 26.** En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

trabajadores en situación de debilidad manifiesta se deriva de la aplicación inmediata de la Constitución junto con algunas normas de rango legal que constituyen el denominado sistema normativo integrado.

1.3.2. Del derecho a la estabilidad laboral frente a personas en estado de discapacidad.

El principio de estabilidad en el empleo hace parte del conjunto de mandatos constitucionales que informan el desarrollo de las relaciones laborales, y que fueron agrupados por el constituyente bajo la categoría de principios mínimos fundamentales³ (artículo 53 CP), normas que determinan la solución constitucionalmente adecuada a la tensión que se presenta entre la libertad de empresa y la autonomía privada, fundamento este que es completamente legítimo y está en la esfera propia del actuar del empresario, y la efectividad del derecho fundamental al trabajo (artículo 25 CP) en condiciones dignas y justas⁴.

La Corte en la sentencia ya mencionada ha considerado que:

“el principio de estabilidad laboral no equivale a un derecho fundamental a permanecer indefinidamente en un cargo o puesto de trabajo determinado, debido a las limitaciones fácticas y a los intereses legítimos de los empleadores privados, y del servicio público, que deben armonizarse con la expectativa de continuidad en las relaciones laborales. Sin embargo, cuando uno de los extremos de la relación laboral está compuesto por un sujeto que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, el derecho a la estabilidad laboral adquiere el carácter de fundamental, en virtud de diversas razones de carácter constitucional:

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

3 Sentencia T-1015 de 2008

4 Ídem

Así, (i) la existencia de mandatos de protección especial vinculantes para todos los actores sociales y el Estado, (ii) el principio de solidaridad social, y de eficacia de los derechos fundamentales, y (iii) el principio y derecho a la igualdad material, que comporta la adopción de medidas afirmativas en favor de grupos desfavorecidos, o de personas en condición de debilidad manifiesta (art. 13, incisos 2º a 4º) , han llevado a la Corte a considerar que un despido que tiene como motivación -explícita o velada- la condición física del empleado, constituye una acción discriminatoria y/o un abuso de la facultad legal de dar por terminado unilateralmente un contrato de trabajo

9. A partir de los presupuestos normativos de orden constitucional expuestos, esta Corte, desde tempranos pronunciamientos, desarrolló el contenido y alcance del derecho a la estabilidad laboral reforzada de los discapacitados; el legislador, consciente de la necesidad de avanzar en la protección de este grupo vulnerable decidió expedir la Ley 361 de 1997, en la que se consagran mecanismos de integración social para personas con condición de discapacidad, incluidas algunas normas de protección laboral.

En el inciso segundo del artículo 26 de la referida ley, el legislador estableció la prohibición de dar por terminado el contrato de trabajo a un discapacitado sin la autorización del Ministerio de la Protección Social, en tanto que en el inciso segundo de la misma disposición estableció que el despido llevado a cabo sin tal autorización, genera para el empleador la obligación de cancelar una indemnización equivalente a 180 días de trabajo.

10. Al estudiar la constitucionalidad de la disposición referida, la Corte consideró que la prohibición establecida en el primer inciso de la disposición referida, resultaba incompatible con la permisón del inciso segundo, pues no es posible dotar de efectos jurídicos a una actuación ilegal, o jurídicamente prohibida, a partir del pago de una suma determinada de dinero.

La Corporación, entonces, decidió integrar en el ordenamiento legal las disposiciones constitucionales relativas al derecho al trabajo,

la estabilidad laboral y la eficacia de los derechos constitucionales, por lo que condicionó la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1996, señalando que éste se ajusta a la Constitución, en el entendido de que el despido realizado sin autorización del Ministerio de la Protección Social, carece de efectos jurídicos en cualquier caso, por lo que la indemnización establecida en tal disposición tiene un carácter estrictamente sancionatorio. Así lo expresó la Sala Plena:

“Sin embargo, la verdadera naturaleza de la indemnización que allí se plantea enerva el argumento de la inconstitucionalidad de la disposición legal, por cuanto dicha indemnización presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”

En relación con los sujetos amparados por esta disposición, es decir sobre el ámbito personal de aplicación de la Ley, la Corte ha aclarado que el concepto de discapacitados, debe entenderse desde una perspectiva amplia:

Por lo anterior la Corte ha señalado, que se encuentran cobijados por la protección prevista en la Ley 361 de 1997, por una parte, aquellas personas que tienen la condición de discapacitados de acuerdo con la calificación de discapacidad de los organismos competentes; y, por otra parte, quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta por la ocurrencia de un evento que afecta su salud, o de una limitación física, sin importar si ésta tiene el carácter de accidente de trabajo, enfermedad profesional, o enfermedad común, ni si es de carácter transitorio o permanente.

El sentido de esta amplia concepción de la condición de discapacitado, radica en que la protección no nace de la calificación de la discapacidad, sino del estado en el que se encuentra la persona. Se trata de una situación de carácter fáctico, susceptible de comprobación material, y que no depende de requisitos legales o procedimentales. Por ello, la Corte en la sentencia T-198 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), expresó:

“Es por ello, que en materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de inválido”.

Con todo, la protección a la estabilidad laboral de las personas discapacitadas no se agota en la prohibición impuesta al empleador de dar por terminado el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del empleado. El Legislador ha previsto, además, que un trabajador parcialmente incapacitado debe ser reubicado cuando sus condiciones de salud puedan verse afectadas por las funciones de su cargo, debiendo el empleador realizar los ajustes pertinentes en su planta de personal, salvo que ello resulte fácticamente imposible.

Al respecto, ha expresado esta Corporación:

“Por supuesto, el alcance constitucional de la protección especial depende de la exigibilidad de la carga impuesta al empleador. En situaciones como éstas, en principio corresponde al empleador reubicar al trabajador en virtud del principio constitucional de solidaridad, asegurándole unas condiciones de trabajo compatibles con su estado de salud, para preservar su derecho al trabajo en condiciones dignas. Sin embargo, el empleador puede eximirse de dicha obligación si demuestra que existe un principio de razón suficiente de índole constitucional que lo exonera de cumplirla”.

Ahora bien se debe aclarar que el alcance que establece este derecho a ser reubicado por condiciones de salud tiene diferentes alcances los cuales dependen del ámbito en el cual opera el derecho.

Para determinar tales efectos, es preciso considerar 3 aspectos referidos por la Corte en estos casos y que se relacionan entre sí: 1) el tipo de función que desempeña el trabajador, 2) la naturaleza jurídica y 3) la capacidad del empleador así como si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su

actividad o la prestación del servicio a su cargo, casos en los cuales el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador, pero el empleador esta en la obligación de dar a conocer al trabajador esta circunstancia y darle además las posibilidad de plantear soluciones a la situación

Igualmente debe recalcarse que la Corte ha considerado que esta protección especial es aplicable independientemente del tipo de o de vinculación y del término de duración del contrato.

1.3.3. Protección especial a la mujer, la maternidad y al menor de edad:

En lo que refiere a la protección de la mujer, los menores y la maternidad la corte ha señalado una línea jurisprudencial que no sólo establece la estabilidad laboral reforzada sino además una protección especial del menor que esta por nacer.

Como bien lo expresan Nuria Chinchilla y Consuelo León⁵:

“... La maternidad conlleva una comunión especial con el misterio de la vida quemadura en el seno de la mujer. Este modo único de contacto con el nuevo ser que se está formando crea, a su vez, una actitud hacia el hombre -no sólo hacia el propio hijo, sino hacia el hombre en general-, que caracteriza profundamente toda su personalidad. En efecto, la madre acoge y lleva consigo a otro ser, le permite crecer en su seno, le ofrece el espacio necesario, respetándolo en su alteridad. Así, la mujer percibe y enseña que las relaciones humanas son auténticas si se abren a la acogida de otra persona, reconocida y amada por la dignidad que tiene por el hecho de ser persona y no de otros factores, como la utilidad, la fuerza, la inteligencia, la belleza o la salud...”

5 Nuria Chinchilla y Consuelo León. *La ambición femenina. Cómo reconciliar trabajo y familia*. Chile, Aguilar. 2004, Pág. 40.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, consagra los principios mínimos fundamentales entre los cuales se encuentra la protección especial a la mujer y a la maternidad. Se ha interpretado de diversas formas, pero siempre en el sentido de no admitir la discriminación y el tratamiento injustificado de la mujer, especialmente cuando se encuentra en estado de gravidez.

En sentencia C - 470 de septiembre de 1997, la Corte Constitucional consideró:

*"La protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual el art. 43, que establece esa cláusula específica de igualdad, agrega que la mujer, .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.. Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena en favor de la mujer embarazada es en primer término, un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres (C.P., arts. 1, 13 y 43), pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, por lo cual la Carta de 1991 estableció, como la Corte ya tuvo la oportunidad de destacarlo, que esta condición natural y especial de las mujeres, .que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla.. Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo. En efecto, si bien, conforme al art. 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada"*⁶.

Expresa Alberto López Fajardo⁷ que desde hace mucho tiempo la legislación laboral colombiana ha venido expidiendo medidas de amparo y protección a la mujer embarazada, no solo desde el punto de vista de las prestaciones asistenciales, como los servicios médicos, quirúrgicos,

6 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 470 de septiembre 25 de 1997. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Asunto: Protección a la maternidad. En: www.notinet.com

7 Alberto López Fajardo. Elementos de derecho del trabajo. Parte individual y colectiva. Doctrina y jurisprudencia. Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1999. p 291.

hospitalarios y farmacéuticos, antes y después del parto sino con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas, que han significado mecanismos protectorios que salvaguardan valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos mundialmente en convenios y recomendaciones internacionales, suscritos y aceptados por nuestro gobierno.

1.4. EL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

Una de las principales connotaciones de la constitución de 1991, está en el hecho de establecer que los convenios internacionales ratificados por el país ingresan al ordenamiento jurídico interno.

Por lo cual con la reforma constitucional y la incorporación a nuestra legislación de Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, se ha operado un enorme cambio en el sistema normativo.

La transformación ha sido vista como un nuevo paradigma, lo que justifica poner nuestra atención en el tema.

Por lo que se puede establecer que actualmente, la Constitución no es el único pacto que regula las relaciones políticas, económicas y sociales, ya que hay otros y variados pactos mediante los cuales se estructura la sociedad democrática, y el nuevo pacto es el respeto de los derechos humanos por medio de tratados internacionales.

Para lo cual se puede establecer que la constitucionalización de los derechos laborales denominados también por la doctrina como sociales se incrementa, retroalimentándose, con la paralela y casi simultánea internacionalización.

Esta internacionalización de los derechos sociales con la calidad de derechos humanos concurre grandemente a su jerarquización: ya no son sólo las Constituciones nacionales que reconocen a los derechos laborales como derechos humanos y como bases de la misma nación, sino que lo propio hace la comunidad internacional.

En ese compendio de derechos humanos, entre los cuales los laborales, de fuente constitucional e internacional, tiene reconocimiento tanto a nivel constitucional-nacional como internacional y deben ser reconocidos en el ámbito nacional, para lo cual es necesario que los jueces y las juezas se adiestren en la práctica de la aplicación de las normas constitucionales e internacionales, aún antes que las legales, ya que son de la máxima jerarquía.

1.4.1 La utilización interpretativa del derecho internacional del trabajo

Pareciera que tratándose del derecho internacional y su aplicación interpretativa en el ámbito de los derechos humanos como los laborales excluye, por sí mismo, toda posibilidad de que el juez se transforme meramente en un ejecutor de la ley, ya que la aplicación de un derecho controversial como este requiere otro tipo de elementos de los cuales debe asirse como lo son las normas internacionales.

Por lo anterior en este aspecto se considera de gran valor traer a colación un estudio realizado por la OIT en torno a la utilización de los tratados internacionales para resolver conflictos internos que surgen en los Estados.

En el estudio realizado y basado en uno de sus apartes en ejemplos recogidos en diferentes países destacan la diversidad de situaciones y técnicas que permiten a los jueces de numerosos países hacer aplicación de estos instrumentos a la legislación nacional para la solución de diversos conflictos.

Así en la obra denominada *Derecho internacional del trabajo y derecho interno*⁸, establece algunos ejemplos de las diferentes tipos de disposiciones internacionales que pueden contribuir a resolver litigios de Jueces nacionales la resolución de conflictos, resalta entonces el estudio ya reseñado que:

⁸ *Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*. Centro Internacional de Formación de la OIT • Turín. 2009.

“La posibilidad de utilizar disposiciones que contengan definiciones útiles para la interpretación o susceptibles de ser fuente de inspiración”

No son pocas las disposiciones en torno a convenios y recomendaciones de la OIT que contienen definiciones de nociones jurídicas y que pueden ser utilizadas con el fin de determinar el significado o el alcance de esas mismas nociones cuando son utilizadas por la legislación nacional.

A continuación algunos ejemplos de estas disposiciones:

Extracto del Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)

A los efectos del presente Convenio:

- a) el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último; C.100, artículo 1(a)

Extractos del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

- a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; C.111, artículo 1(1)(a)

Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

C.111, artículo 1(2)

Luego de realizar y establecer lo anterior explica el estudio con algunos ejemplos su uso jurisprudencial

País: Australia

El Commonwealth de Australia c. Comisión de derechos de la persona e igualdad de oportunidades, Tribunal Constitucional de Australia, 15 de diciembre de 2000, [2000] FCA 1854

En este fallo, la Corte Federal australiana se apoyó en la definición de la noción de discriminación del artículo 1(a) del Convenio núm. 111⁹ y en la lectura que de esta hicieron los órganos de control de la OIT para sostener que los casos de discriminación indirecta estaban prohibidos por la legislación australiana.

País: España

Tribunal Constitucional de España, Recurso de amparo, 23 de noviembre de 1981, núm. 38/1981

En un proceso en el que se discutía el despido de candidatos a ser representantes de los trabajadores, el Tribunal Constitucional de España debía determinar si la protección constitucional de la libertad sindical obligaba a invertir la carga de la prueba cuando se alegara la ocurrencia de discriminación antisindical. Para responder afirmativamente a este interrogante, el Tribunal se basó principalmente en el párrafo 6(2)(e) de la Recomendación núm.143 de la OIT.

El Tribunal consideró que las recomendaciones de la OIT, pese a no ser vinculantes, constituían fuente de interpretación de los convenios internacionales del trabajo y, por lo tanto, podían ser utilizadas indirectamente para interpretar las disposiciones equivalentes de la Constitución.

País: Australia

El Commonwealth de Australia c. Comisión de derechos humanos e igualdad de oportunidades, Tribunal Federal de Australia, 15 de diciembre de 2000, [2000] FCA 1854

9 Véase: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/defF.htm>

En esta sentencia,

La Corte basa su decisión en la definición de la noción de discriminación contemplada en el artículo 1 a) del Convenio núm. 111 de la OIT y en la lectura que de ella hacen los órganos de control de la OIT. De esta forma, concluye que la discriminación indirecta está prohibida por la ley australiana.

Afirma la Corte:

«La definición del término ‘discriminación’ de la Ley debe interpretarse, por tanto, de conformidad con la interpretación que se le atribuye en el derecho internacional en el Convenio núm. 111 de la OIT. (...) En consecuencia, existe a mi juicio una sólida base, no sólo en virtud de las diversas opiniones expresadas por la Comisión de Expertos (incluidas las de 1996, sino también en el Informe de la comisión de encuesta relativa a Rumania, que permite concluir que el término ‘discriminación’ del Convenio núm. 111 de la OIT y, por consiguiente, del Artículo 3, 1) de la Ley, comprende la discriminación indirecta.»

País: Sudáfrica

NUMSA c. Bader Pop, Tribunal Constitucional de Sudáfrica, 13 de diciembre de 2002, núm. CCT 14/02

En esta sentencia sobre el derecho de acción de los sindicatos minoritarios, la Corte Constitucional de Sudáfrica se inspira en los pronunciamientos de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical de la OIT, reconociendo expresamente la importancia de sus pronunciamientos:

«Sus decisiones son, por tanto, un desarrollo autorizado de los principios de libertad sindical establecidos en los convenios de la OIT. La jurisprudencia de estos comités constituirá también un importante recurso para el desarrollo de los derechos laborales recogidos en nuestra Constitución.(...) Estos principios derivados de la ju-

risprudencia de estos dos comités de la OIT son directamente aplicables a la interpretación tanto de las disposiciones correspondientes de la Ley como de la Constitución.»

País: Argentina

Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/accidentes ley 9688, Corte Suprema de Argentina, 21 de septiembre de 2004 .

En esta sentencia, la Corte Suprema de Argentina declara la inconstitucionalidad de un artículo de ley que imponía límites a la indemnización de las víctimas de accidentes de trabajo.

Al analizar el problema jurídico del caso, la Corte se refirió repetidamente a la labor del Comité de derechos económicos, sociales y culturales, órgano encargado de controlar la aplicación del Pacto de Naciones Unidas del mismo nombre:

*«En este orden de ideas, cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, **por cuanto constituye el intérprete autorizado del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, en el plano internacional** y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.» [Puesto en evidencia por los autores del manual]*

País: Perú

Sindicato de Trabajadores Toquepala y otros, Tribunal Constitucional, 17 de abril de 2006, expediente núm. 4635-2004-AA/TC

En esta decisión, el Tribunal Constitucional del Perú, declaró la invalidez de los horarios laborales fijados por la convención colectiva de una empresa minera. Para el efecto, el Tribunal reseñó distintos instrumentos internacionales como el Convenio núm. 1 de la OIT, así como

observaciones respecto de este mismo Convenio efectuadas por la Comisión de Expertos al Perú.

« Al respecto, cabe mencionar que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo, en su Observación Individual sobre el Convenio Número 1 – Horas de Trabajo (Industria) 1919 (Ratificación 1945), Documento N.º 062002PER001, del año 2002, estimó que el sistema de trabajo 14 x 7 aplicable en el Perú no cumple con lo que dispone el artículo 2.º del Convenio N.º 1 de la OIT, ya que la media de horas de trabajo semanales por un período de tres semanas llega a 56 horas por semana y excede el límite prescrito por el artículo 2, c) (48 horas a la semana).»”

Con los anteriores ejemplos se pretenden que los jueces y juezas observen como en la práctica el derecho laboral internacional viene realizando avances que hacen cada vez más propicio la utilización de los convenios y tratados internacionales con la finalidad de resolver conflictos jurídicos de orden interno.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

- Prepare la argumentación para participar en un panel donde se expongan las principales ventajas ofrecidas con los cambios de la regulación laboral en Colombia y las incidencias del derecho internacional
- Realice un resumen analítico en el cual se identifiquen la caracterización del contrato de realidad
- Identifique y contraste los principales conceptos relacionados con el trabajo y la forma como estos son regulados a través de la legislación laboral colombiana

Ae

AUTOEVALUACIÓN

Caso 1:

“La señora Irma Castillo fue contratada por una fundación mediante contrato de prestación de servicios desde el 17 de agosto 2008 al 2 de diciembre de 2008, fecha en la cual renuncia al cargo debido a las constantes incumplimiento en el pago de su remuneración, las funciones para las que fue contratada era las de pedagoga reeducadora con una remuneración de \$ 800.000 mil pesos mensuales, el horario de trabajo era de 5:00 a.m a 10 o 11 p.m, cumplía sus funciones de viernes a martes en la finca destinada para tal fin y los jueves debía realizar reuniones en la ciudad de Bogotá, e las cuales daba informe a los padres acerca de las niñas que estaban recibiendo tratamiento, las órdenes las recibía de la directora de la fundación.

El objeto social de la fundación es el de prestar servicios de “restauración moral y social de mujeres que han caído en niveles de degradación y drogadicción”, para lo cual podrán realizar alquiler de fincas para lograr esto deben tener profesionales que se dediquen a la pedagogía reeducadora”.

Con base en el caso conteste los siguientes cuestionamientos:

- Cuáles serían los sustentos fáctico jurídicos para establecer en el presente caso un contrato realidad?
- Qué derechos se originan de un contrato de realidad?

Caso 2:

“La señora Ana Elvia fue contratada por el señor Pedro Rivera mediante contrato verbal desde el 3 de mayo de 2004, hasta el 28 de abril de 2011, fecha en la cual le terminaron el contrato sin justa causa, y a la terminación la trabajadora se encontraba en estado de embarazo, las funciones de empleada del servicio domestico durante 3 días a la semana con un salario de 400.000 mil pesos mensuales, ella manifestó verbalmente al empleador que se encontraba en estado de embarazo y existe un testigo del este hecho, el demandante no la tenía afiliada ala seguridad social, ella era beneficiaria de su esposo”.

Con base en lo expuesto resuelva:

- ¿Cuál es la jurisdicción más expedita para el resarcimiento del derecho a la estabilidad laboral reforzada en este caso?
- ¿Tiene el empleador una obligación a pagar la indemnización por despido y a realizar el reintegro de la señora a pesar que la misma no comunico su estado de embarazo según lo preestablecido en el código sustantivo del trabajo?

Unidad 2

DE LAS RELACIONES LABORALES

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar la figura de la intermediación laboral en los contratos atípicos estableciendo la naturaleza jurídica de las cooperativas de trabajo asociado, las empresas de servicios temporales y los contratos de prestación de servicios, cuáles son sus diferencias y cuál es el marco normativo que las regula.
- Determinar la naturaleza y el alcance del principio de la “primacía de la realidad”.
- Establecer los elementos que determinan la existencia de un contrato de trabajo, y encontrar sus principales diferencias con otras formas de relación de trabajo.

INTRODUCCIÓN A LA UNIDAD 2

En esta unidad se establecerán temas de gran interés como los contextos socio jurídico de los niños y las niñas y los jóvenes y jovencitas que ingresan al mundo del trabajo, así como los que tienen que ver con los contratos atípicos correlacionados con la tercerización y la figura del contrato realidad, se hará un análisis de las Cooperativas de Trabajo asociado la legislación las formas en las cuales las mismas realizan intermediación laboral y la aplicabilidad de la ley 1429, la cual consideramos que hace un gran esfuerzo para evitar que se siga utilizando esta figura para disfrazar verdaderos contratos de trabajo.

Así mismo se establecerán las principales caracterizaciones de los derechos de las mujeres en una comunidad en la cual la cultura patriarcal se aplica en línea de poder dominante del hombre.

En el desarrollo además se establecerán los derechos que surgen de una relación típica y clásica del derecho de acuerdo a las normas laborales.

2.1. EL DERECHO LABORAL INDIVIDUAL EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Como se explico desde el anterior capitulo en lo pertinente a la constitucionalización de derechos laborales su internacionalización; como también las posibles interpretaciones que se pueden adoptar, el presente capitulo se abordará desde la normatividad que encontramos contenida en legislación y así establecer unos marcos de referencia en cuanto al devenir de los derechos laborales los cuales como se explico anteriormente están direccionados no sólo por la constitucionalización del derecho laboral sino también por la internacionalización del mismo.

Por lo anterior los y las funcionarias judiciales deben realizar una apertura la cual propende por que se comprenda el presente modulo desde una perspectiva interdisciplinaria la cual abarque no sólo el campo de los derechos sino también la funcionalidad y ejecución de las normas en un contexto específico como ciudad bolívar.

2.1.1 El trabajo Infanto juvenil

La erradicación del trabajo infanto-juvenil ha sido promovida por la Organización Internacional del Trabajo OIT desde 1919, cuando en su primera conferencia adoptó el convenio número 5 que prohíbe el empleo de niños y niñas menores de 14 años de edad en establecimientos industriales. En los cincuenta años siguientes se fueron adoptando otros convenios que fijan la edad mínima para trabajar en otros sectores como la agricultura, trabajo marítimo, pesca y trabajo subterráneo.

En 1973 la OIT promulgó el convenio número 138, que exige a los Estados diseñar y aplicar una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo infantil y fije las edades mínimas de admisión al empleo.

La Organización Internacional del Trabajo crea en 1992 el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil IPEC (siglas en inglés) con el fin de brindar asistencia técnica y cooperación a los países miembros, para promover la formulación y puesta en marcha de políticas nacionales en el tema.

En 1998 la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos 16 fundamentales en el trabajo, en la que afirma que todos los Estados miembros de la OIT, hayan o no ratificado los convenios pertinentes, tiene la obligación de respetar, promover y hacer realidad cuatro derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra la abolición efectiva del trabajo infantil.

En 1999 la OIT adoptó el Convenio número 182 -y la Recomendación número 90 que la complementa- sobre las peores formas de trabajo infantil, que fija como objetivo la abolición de prácticas como la esclavitud infantil, el trabajo forzoso, el tráfico de niños y niñas, la servidumbre por deudas, la condición de servidumbre, la explotación sexual y las formas de trabajo peligrosas y explotadoras.

En el informe Las Tendencias Mundiales del Empleo Juvenil de la OIT de 2006 se consideran algunos conceptos erróneos acerca de los jóvenes y sus mercados laborales, ya que a partir de los mismos se pueden fortalecer

las estrategias y políticas acerca del empleo juvenil, en dicho informe se considero que existe un déficit en todo el mundo de oportunidades de trabajo decente y da como resultado que uno de cada tres jóvenes del mundo está buscando trabajo pero no encuentra, ha dejado de buscar por completo o está trabajando pero sigue viviendo por debajo de la línea de pobreza de US\$2 al día.

Es claro que cuando esta población no tiene una buena posición inicial a la hora de ingresar en el mercado de trabajo, se deriva que van a tener menos posibilidades de escoger opciones que mejorarán sus perspectivas de trabajo y las de sus futuros dependientes. Esto a su vez perpetúa el ciclo de insuficiente educación, empleo de baja productividad y pobreza de generación a generación". (OIT, 2006)

Los informes ofrecen evaluaciones cuantitativas de la realidad de los mercados laborales juveniles, los cuales son punto de partida analítica para identificar en nuestros países los principales retos a los que se enfrentan los jóvenes para así diseñar políticas que se ajusten a sus situaciones particulares. Al mismo tiempo, la información y los análisis en Tendencias Mundiales del Empleo Juvenil pretenden fortalecer la capacidad del programa de la OIT sobre empleo juvenil de prestar asistencia a los países para desarrollar intervenciones coherentes y coordinadas basadas en revisiones analíticas de la información sobre el mercado de trabajo.

El informe Tendencias Mundiales del Empleo Juvenil (2006) actualiza los indicadores del mercado laboral juvenil a nivel mundial presentado en el primer informe del 2004. Es importante resaltar los aportes que se dan al relacionar la falta de oportunidades de empleo decente y la pobreza para explicar por qué muchos jóvenes siguen siendo pobres a pesar del hecho que trabajan. Así como, el análisis detallado de los factores que explican uno de los indicadores preocupantes – la inactividad – y las razones por las cuales ésta ha aumentado en años recientes.

El trabajo juvenil es un fenómeno complejo que amerita atención en tanto es parte de la población más vulnerable, además constituirá a futuro la base del mercado laboral y profesional en nuestros contextos locales. Por

lo cual el estudio de sus problemáticas implica interpretaciones no sólo desde el plano económico, sino desde el jurídico, social y cultural.

La OIT en el informe del 2005 se pronunció frente a este fenómeno reconociendo que el hecho que los jóvenes no puedan integrarse con éxito en el mercado laboral tiene consecuencias más amplias para la futura prosperidad y desarrollo de los países, los mandantes de la OIT adoptaron una resolución sobre el empleo juvenil que pide un « plan de acción de la OIT para la promoción de vías para acceder a un trabajo decente para los jóvenes »¹⁰.

Así mismo la Crisis económica y financiera del año 2008 que se declaró en agosto, tal y como ha señalado la propia OIT¹¹ ha tenido repercusiones en la economía real de todo el mundo, con el consiguiente perjuicio para las empresas y los trabajadores, así como para los hogares debido a la moderación en el consumo y la inversión y a la falta de expectativas.

En América Latina, dichos efectos se han sentido desde el año 2009 afectando a la población en general y a los grupos vulnerables en particular, en este caso, a los jóvenes.

Según datos de la OIT¹², en la década del 2000 y pasados los dos primeros años de irregularidad (2000-2002), se dio una reactivación económica en América Latina en su conjunto entre el 2003 y 2008, pero luego afloraron los efectos de la misma a nivel de Latinoamérica, los cuales se manifiestan en el mercado laboral durante el 2009 y el 2010.

La OIT ha realizado estudios sobre los efectos de esta crisis y la evolución analizado los principales indicadores a nivel que va desde el primer trimestre del 2007 hasta el cuarto trimestre del 2009 e inclusive hasta el

10 OIT: «Conclusiones sobre la promoción de vías para acceder a un trabajo decente para los jóvenes», parágrafo 5, CIT, 93ª reunión, (Ginebra, 2005) www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc93/pdf/

11 OIT. *El impacto de la crisis económica y financiera sobre el empleo juvenil en América Latina*. Septiembre 2010.

12 DEL CID, Miguel. Juventud e informalidad del empleo en el marco de la crisis: una mirada a 5 países de la región. Este documento es un balance, a partir de las encuestas de hogares en Colombia, Ecuador, México, Panamá y Perú, a manera de contribución a este informe

primero del 2010, los cuales han mostrado que, dos de los principales efectos de la crisis en América Latina han sido el incremento de la tasa de desempleo y la mayor incidencia de la informalidad en el empleo y se llega a las siguientes conclusiones.

- La tasa de desempleo juvenil se redujo durante la década anterior a la crisis pero se incrementó durante el 2009
- En los años 2007-2008, los cuales fueron de crecimiento económico, la tasa de desempleo juvenil se redujo levemente; en cambio, durante el 2009, año en el que se empiezan a sentir los efectos de la crisis en la región y en el que se contrae el crecimiento del PBI, la tasa de desempleo aumenta significativamente.
- El empleo informal se ha incrementado durante la crisis.
- La juventud en América Latina sigue siendo el grupo poblacional con mayor déficit de trabajo decente en sus distintas dimensiones, siendo una de ellas la alta precariedad de la inserción laboral en términos de escasa protección social, limitados ingresos y salarios y, en general, por las condiciones de empleo que tienen la gran mayoría de los jóvenes.
- Si bien es cierto el período 2000-2007 la calidad del empleo juvenil mejoró sin embargo, durante el período 2007-2009 estos adelantos en cuanto a calidad de empleo se habrían revertido como lo demuestra el aumento de informalidad¹³47, fenómeno que además se extiende a todos los segmentos de la juventud.

Una de las principales conclusiones sería que la restricción al crecimiento del empleo formal entre los jóvenes es el insuficiente e irregular crecimiento económico de los últimos años aunado a una deficiente administración del mercado de trabajo, lo cual no ha permitido crear en el largo plazo los empleos asalariados o formales necesarios para absorber

13 La noción de informalidad que se utiliza distingue dos componentes: el empleo en el sector informal y el empleo informal, este último con independencia del segmento de empresas donde se trabaja. El primer componente se identifica a partir de las características organizativas de los establecimientos y se asocia por lo general con pequeñas unidades productivas, con escasa dotación de capital, limitada organización y en consecuencia, con déficit en materia de productividad e ingresos. Mientras que el segundo se refiere a las características del puesto de trabajo o a las condiciones en que se realiza el trabajo, sumando al problema de la informalidad a los trabajadores no protegidos por la legislación laboral

la creciente fuerza de trabajo, y menos para reducir significativamente el déficit estructural de empleo en el sector informal.

Como otros argumentos explicados por la OIT que explican la alta tasa de empleo informal son el incumplimiento de la legislación laboral el interés por reducir los costos laborales de contratación y despido de los jóvenes.

Las justificaciones que se plantan ante estas prácticas del mercado laboral se han plasmado con el argumento de que los jóvenes presentan generalmente un déficit de formación y experiencia, lo cual condiciona su productividad y eficiencia, por lo que no resulta óptimo para la empresa el contrato de jóvenes con los salarios actuales incluyendo muchas veces la trasgresión al pago del salario mínimo legal, Otras causas que se aluden para justificar el mercado laboral desde la informalidad se funda en razones voluntarias en búsqueda de jornadas más flexibles o, por otros factores que hacen que no haya diferencia significativa con los empleos del sector formal¹⁴.

Pese a lo anterior se afirma por la OIT con datos de algunos estudios empíricos que, en realidad, no hay ventajas en el sector informal en términos de jornadas laborales flexibles, ingresos o condiciones de protección social equiparables al sector formal que puedan atraer a los trabajadores¹⁵.

En tal sentido, y en relación a los posibles efectos de la crisis, el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) de la OIT¹⁶, ha puesto de relieve una serie factores, cuya incidencia sobre el trabajo infantil dependerá ampliamente de las medidas políticas adoptadas en respuesta a la crisis:

- El deterioro de las condiciones de vida podría forzar a muchos hogares pobres a enviar a sus hijos a trabajar o a retirarlos de la escuela debido a que ya no pueden solventar los costos educativos.

14 BANCO MUNDIAL, (varios autores). *Informalidad, escape y exclusión*, Washington, 2007. (Resumen ejecutivo).

15 Véase OIT. *Economía informal en México. Desafíos de las políticas*. México, 2008.

16 OIT. *El pacto mundial para el empleo y su contribución a la lucha contra el trabajo infantil*. Ginebra, 2009

- Toda disminución de los presupuestos educativos nacionales podría tener una repercusión considerable sobre las oportunidades de acceso a la educación y la calidad de la educación.
- La disminución de las remesas podría tener consecuencias negativas sobre los niños de muchas comunidades, en particular cuando las familias dependen de estas remesas para hacer frente a los gastos de educación de sus hijos.
- Toda reducción de las corrientes de ayuda podría ocasionar problemas en los países que cuentan con tal apoyo.

Como colorario de todo lo anterior los países del mundo y en especial Latinoamérica se enfrenta a unos retos de vital importancia en el aspecto de generación de empleo para lo cual debe promover políticas públicas estructurales en la promoción del trabajo decente para los jóvenes.

Para el desarrollo del presente modulo es importante referenciar el marco de los informes de la OIT en los cuales se identifican los jóvenes más vulnerables a encontrarse en situaciones de mercado laboral que serán perjudiciales para su desarrollo futuro y el de la economía en general. Así como el énfasis en la transición de la escuela al trabajo, pues allí se pueden identificar algunos de los retos específicos que enfrentan los jóvenes al ingresar al mundo del trabajo para que puedan determinar la combinación más apropiada de políticas que rectifique la situación de cada país en particular.

La OIT describe tanto el desempleo juvenil, como las situaciones que llevan a los jóvenes a rendirse de buscar empleo (el « desaliento laboral ») o a trabajar bajo malas condiciones (el « subempleo ») incurren en costos económicos, sociales, individuales y familiares. La falta de trabajo decente, si se experimenta a temprana edad, muchas veces pone en permanente peligro las futuras perspectivas laborales de una persona y frecuentemente conlleva a patrones de comportamiento laboral inapropiados que perduran toda una vida. Mostrando así el vínculo comprobado entre el desempleo juvenil y la exclusión social.

Los derechos, que tienen su significado y validez universales, cobran vigencia a través de nuestra Constitución Política. El valor de los dere-

chos humanos en el contexto universal y nacional, compromete motivacional y políticamente a cada uno y una de los miembros de la sociedad.

Los derechos humanos fundamentan una actitud democrática y legitiman el Estado Social de Derecho, en el cual las normas además de ser reguladoras de convivencia y orientar al conjunto del sistema político, responden a la necesidad de controlar el ejercicio del poder.

Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad, y por otro, una finalidad u objetivo que orienta el conjunto del sistema político y la convivencia social.

Sin embargo, está comprobado que pese a ser aplicables a todas las personas sin discriminación de ninguna índole, existen ciertos grupos de personas que no se encuentran efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea por la discriminación o por circunstancias particulares que les dificultan el acceso y la idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

Si bien todos los seres están dotados de razón y voluntad, es innegable que para garantizar la igualdad material en términos de derechos, debe darse protección a aquellos que por su situación de vulnerabilidad manifiesta, estén en imposibilidad de proteger sus derechos. Por lo tanto, resulta razonable y necesario establecer mecanismos que garanticen la protección de los jóvenes trabajadores.

El problema de la efectividad de los derechos, aparece expresado en la Carta Política, desde el art.2o., en el cual establece como uno de los fines esenciales del Estado “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

En este punto, la Constitución del 91 da un paso enorme en materia de reconocimiento de los derechos, pasando de la formalidad jurídica, de la enunciación, de la declaración, a la materialidad de los mismos. Cuando la Constitución colombiana habla de la efectividad de los dere-

chos se refiere al concepto de eficacia en sentido estricto, esto es, al hecho de que las normas determinen la conducta ciudadana por ellas prescrita y, además, logren la realización de sus objetivos, es decir, realicen sus contenidos materiales y su sentido axiológico.

En principio podría afirmarse que los postulados de la Carta Política son suficientes para orientar la acción de los diferentes sectores en pro de la protección y garantía de los derechos a la población. Sin embargo, al revisar la situación de la población juvenil, en particular de aquellos que se encuentran contratados a través de procesos de subcontratación, como es el caso de las Cooperativas de Trabajo Asociado, nos encontramos en muchas ocasiones frente a la defraudación de los derechos tanto constitucionales como legales por parte de las cooperativas y de las empresas que utilizan sus servicios.

En el caso Colombiano se ratificaron los Convenios 138 y 182 el cual señala que la edad mínima para trabajar no debe ser inferior a aquella en que cesa la educación obligatoria, (15 años según el Convenio) los datos obtenidos a través de las encuestas de hogar permiten afirmar que alrededor de 2.5 millones de niños y niñas entre 9 y 17 años trabajan en Colombia. Sin embargo, es muy difícil conocer la magnitud de la problemática del trabajo juvenil en general, dada su invisibilidad y las dificultades para determinarlo, se sabe que es una dramática realidad en el país.

Si a estas variables se agregan las de la edad en que puede ser o no conveniente trabajar, o las de horarios, duración de la jornada o remuneración, entre muchas otras posibles, el horizonte se torna bastante complejo, lo que explica que en lo que se refiere al trabajo juvenil, las posiciones encontradas no sean una rareza.

Pero independientemente de todo esto, lo cierto es que existen en la subcontratación laboral una tendencia a la precarización del trabajo juvenil y todo parece indicar que el fenómeno en vez de disminuir sigue extendiéndose.

Lo anterior ya que la mayoría de ellos se insertan al mercado laboral en el sector informal, o a través de la subcontratación laboral, mediante los

llamados *contratos atípicos*¹⁷ que es lo que se vive en las cooperativas de trabajo asociado que los vinculan, en labores no calificadas y en circunstancias que no les permiten cualificarse a mediano o largo plazo para ascender posiciones en el mercado de trabajo; es decir trabajan bajo condiciones de explotación y con mucha frecuencia al margen de la legislación que los protege.

Por lo anterior, resulta evidente la distancia que existe entre el enunciado normativo y la vida cotidiana. Por cuanto el proceso de apropiación colectiva de las normas, y la transformación cultural que esto implica, tendrían que concretarse en una actitud proactiva que aún está por darse.

Como respuesta a lo anterior y a los acuerdos internacionales en Colombia se expidió ley 1429 de diciembre del año 2010, la cual ha sido denominada ley de primer empleo o Ley de Formalización y Generación de Empleo la cual introdujo beneficios para las pequeñas empresas que sean constituidas a partir de su promulgación, disminuyendo los costos laborales durante los 4 primeros años de vida permitiéndoles pagar progresivamente los aportes parafiscales y las contribuciones al Fosyga y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

De igual forma concedió la posibilidad de descontar del impuesto de renta los pagos realizados por aportes parafiscales y contribuciones al Fosyga y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima generados por la vinculación laboral de jóvenes menores de 28 años.

Pero la ley establece que para que se otorgue el estímulo tributario deben presentarse dos situaciones: a) que el empleador incremente el número de empleados con relación al año anterior; b) que el empleador incremente el valor total de la nómina con relación al año gravable anterior, este beneficio no es descontable de inmediato, sino, que el empleador debe realizar el pago y posteriormente podrá generar el descuento.

En este aspecto el ordenamiento jurídico establecido en la ley se preceptúa que a este beneficio no pueden optar la cooperativas de trabajo asociado

17 De la Garza, Enrique "Del Concepto ampliado de Trabajo al de Sujeto Laboral mpliado" en *Teorías Sociales y Estudios del Trabajo*. Barcelona: Anthropos.2006.

y que los empleadores no podrán realizar una acumulación de los anteriores beneficios.

Así que en el contexto de ciudad bolívar se vive una situación que no desentaja en el fenómeno nacional y mundial y se observa como en ese contexto habría que poner especial atención a este fenómeno al cual está establecido en el diagnóstico realizado por la Universidad nacional.

Por lo anterior es necesario que los administradores de justicia observen los fenómenos sociales en el contexto que se van estableciendo y las particularidades de los mismos para así poder llevar a cabo una función protagónica en el otorgamiento de derechos.

2.2 LA LEY 1429 Y LOS EFECTOS EN CUANTO A TRABAJADORES INDEPENDIENTE.

La retención en la fuente para los independientes de bajos ingresos.

En el artículo 15 de la nueva ley 1429 define:

“Aplicación de retención en la fuente para independientes. A las personas independientes que tengan un solo contrato de prestación de servicios que no exceda de trescientos (300) UVT., se les aplicará las mismas tasas de retención de los asalariados estipuladas en la tabla de retención en la fuente contenida en el Artículo 383 modificado por la ley 1111 de 2006.

Para el efecto, en el momento de suscribir el respectivo contrato de prestación de servicios, el contratista deberá mediante declaración escrita manifestar al contratante la aplicación de la retención en la fuente establecida por esta norma y que solamente es beneficiario de un contrato de prestación de servicios durante el respectivo año no superior al equivalente a trescientas (300) UVT.

Parágrafo. Asalariados no obligados a declarar.- Modifícase el numeral tercero del artículo 593 del Estatuto Tributario así:

3. Que el asalariado no haya obtenido durante el respectivo año gravable ingresos totales o superiores a 4.073 UVT.” (Subrayado nuestro)

La principal inquietud que manifiestan los trabajadores independientes es respecto a la forma como se deben determinar los 300 UVT para establecer si se puede acceder o no a la exención de retención en la fuente o la aplicación de la misma conforme a las tarifas estipuladas para los asalariados en la tabla del artículo 383 del estatuto tributario.

Recordemos que de acuerdo a lo estipulado en la tabla del artículo 383 E.T, los ingresos laborales gravables que no superen la cifra de 95 UVT (\$2.388.000) no están sujetos a retención en la fuente.

De acuerdo con la interpretación de la norma, para determinar si el trabajador independiente puede acceder al beneficio, se debe tener en cuenta es el valor total del contrato de prestación de servicios de manera anual y no el valor mensual por el cual se hayan pactado los pagos de honorarios y si este valor total NO supera durante el año 2011 la cifra de \$7.540.000 (300 UVT X \$25.132), se podrá solicitar la aplicación de retención en la fuente conforme a la tabla del artículo 383 para asalariados.

De acuerdo con la interpretación anterior, el beneficio sólo podría ser aplicado por aquellos trabajadores independientes que durante el año 2011 no devenguen mensualmente más de \$628.250

Existe entonces una posibilidad establecida en la ley para aquellas personas independientes las cuales si reúnen las condiciones anteriores deben ser exonerados de la retención en la fuente.

En cuanto al parágrafo del artículo 15 de la ley 1429 de 2010 obsérvese que el artículo se refiere a la aplicación de retención en la fuente para los independientes, y modifica el criterio en cuanto a ingresos de los asalariados no obligados a declarar y la razón podría explicarse en que debido a que ellos no tienen el límite de las 300 UVT para que se les apliquen las tarifas de retención en la fuente estipuladas en el artículo 383 del E.T., y por lo tanto, en la medida de que sus ingresos son mayores, la tarifa de

retención en la fuente también lo es, haciéndose necesario estipular una base mayor sobre los ingresos respecto a las demás personas naturales para quedar obligados a declarar.

Es decir, el criterio de los ingresos para que los trabajadores independientes queden obligados a declarar por el año gravable 2011 sería de \$82.396.000, mientras que para los asalariados serían de \$102.363.000.

2.3. CONCEPTO DE CONTRATO REALIDAD

La teoría del contrato realidad está respaldada y sustentada en los principios establecidos en la constitución nacional artículo 53 en cuanto refiere que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe preferirse lo que sucede en el terreno de los hechos, que se constituye en uno de los fundamentos del derecho del trabajo.

De acuerdo con este premisa, las formalidades deben ceder a los hechos reales y son éstos son los que fijan la naturaleza jurídica de la situación producida. Así pues que demostrada las realidades la forma no puede quitarles validez, pues es la realidad la llamada a imponerse. Como lo precisa el profesor Plá Rodríguez¹⁸ *“...demostrados los hechos ellos no pueden ser contrapresados o neutralizados por documentos o formalidades...”*

Este principio se convierte en un criterio de interpretación para el juez, quien además debe propender por la búsqueda de la “verdad real”.

Lo anterior como una consecuencia del carácter tuitivo y protector del derecho del trabajo y es por ello que se ha considerado que en el momento de determinar si el vínculo que une o unió a las partes en una relación es de carácter laboral, debe preferirse el análisis fáctico sobre el meramente documental, lo anterior inclusive por encima de la buena fé que con la que se hubiese actuado.

18 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Los principios del derecho del trabajo”. Pág. 243.

En sentencia del 1 de diciembre de 1981, la Corte Suprema de Justicia, 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 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.

2.3.1. Elementos generales del contrato de trabajo.

2.3.1.1. Capacidad

Las personas mayores de 18 años de edad se encuentran facultados para celebrar 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. Los mayores de 16 años de edad pueden dirigir empresas asociativas.

El código de infancia y adolescencia en el artículo 35 de la Ley 1098 de 2006, dispone que la edad mínima de admisión al trabajo es los quince (15) años de edad.

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

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.

2.3.1.2. Consentimiento

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 Charry¹⁹ indica sobre el particular:

“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”.

2.3.1.3. El 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.

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

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 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.

2.3.1.4. La Causa

El Código Civil, en su artículo 1524, inciso 2º, 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, la intención de los contratantes cual es dar inicio a una relación.

2.4. LA TEORÍA DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Cuando se inicia la ejecución del contrato surge la relación de trabajo, entendida esta como tal la situación jurídica objetiva que se crea entre dos personas por la prestación de un trabajo subordinado, sin importar cual haya sido la forma que se origina el mismo, pero en virtud del cual se aplica al trabajador un estatuto laboral. El hecho constitutivo de la relación es, entonces, la prestación de un trabajo subordinado.

Por lo tanto no sólo es necesario que se cumplan los elementos generales de todo contrato sino que exista la prestación personal del servicio por parte del trabajador, la subordinación y la contraprestación o salario. Debe observarse que con la sola prestación personal del servicio se presume la existencia de los otros elementos (artículo 24 C.S.T.) esenciales para la existencia del contrato y para que sean exigibles las obligaciones del empleador y del trabajador.

2.4.1. Contrato de Trabajo y Relación de Trabajo

Es muy común escuchar que el contrato y relación no son conceptos contrarios sino complementarios los cuales representan dos momentos diferentes y sucesivos, ya que normalmente es el contrato da origen a

la relación de trabajo, es su antecedente, pero para que ella exista no es indispensable el contrato.

Puede afirmarse que la relación de trabajo es la materialización del acuerdo de voluntades.

Tanto la ley como la jurisprudencia han logrado identificar los conceptos al otorgar protección jurídica a los elementos de la relación de trabajo al señalar que cuando ellos se presenten, existe un verdadero contrato de trabajo.

Lo que la ley denomina elementos del contrato, en realidad, según la doctrina, son de la relación de trabajo. El contrato requiere de la concurrencia de otros elementos de acuerdo con lo indicado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Lo que se ampara es el hecho de la prestación del servicio y no el acto jurídico.

En la Conferencia Internacional llevada a cabo en 2006 La OIT-, se aprobó la recomendación N° 198 sobre la relación de trabajo, la cual puede tenerse en cuenta como instrumento de interpretación para los jueces y operadores jurídicos, conforme lo establece el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo.

En dicha recomendación se contemplan algunos criterios para la determinación de la existencia de una relación de trabajo y menciona que para ello deberían tenerse en cuenta, principalmente, los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza convenida por las partes.

Dentro de los aspectos sobresalientes de esta recomendación se pueden mencionar la necesidad de crear mecanismos que permitan orientar la existencia de una relación de trabajo y la distinción entre trabajadores asalariados e independientes; combatir las relaciones de trabajo encubiertas y proporcionar mecanismos que permitan dilucidar cuándo existe una relación de trabajo.

Así mismo se recomienda, para facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, la posibilidad de admitir una amplia variedad de medios o indicios específicos, dentro de los que se señalan los siguientes:

- El hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y
- El hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

2.5. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

En Cuanto a los Elementos Esenciales de la Relación de Trabajo

2.5.1. Actividad personal del trabajador

La función contratada debe ser ejecutada por el trabajador de manera personal. Sin embargo, la colaboración excepcional de otras personas no desvirtúa necesariamente 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

acquiescencia del empleador, como también es permitida la colaboración en aquellos casos en los cuales el contrato de trabajo se realiza a domicilio.

Pero también es claro que la circunstancia de que el mandato encomendado signifique el control y la vigilancia del contratante sobre la forma en que se realizan las tareas u obligaciones emanadas del contrato o el deber de rendir informes periódicos sobre ellas, no constituye en sí misma prueba de una relación dependiente por cuanto todo contrato, comporta una serie de compromisos, cuyo imperioso cumplimiento por parte del contratista no es signo de la continuada subordinación que requiere el vínculo laboral²⁰.

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 pudo deducirse que “subordinó su voluntad a la voluntad

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

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 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 emplea-

dor conlleve indefectiblemente a concluir que se está en presencia de un contrato de trabajo”.

Y en 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 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”.

2.5.2. La subordinación laboral

Está este elemento caracterizado como la posibilidad legal que tiene el empleador para impartir órdenes establecer reglamentos a los trabajadores y trabajadoras con el fin que los mismos sean acatados por estos, los cuales se convierten a su vez en las obligaciones de los trabajadores las cuales pueden ser generales y específicas, dependiendo de la labor para la cual haya sido contratado el trabajador o trabajadora, involucra entonces la autoridad de dirección para delimitar el quehacer laboral del trabajador y le da al empleador facultades disciplinarias con las cuales el empleador vela porque el trabajador cumpla con las obligaciones que tiene.

Este elemento es uno de los que en nuestra legislación hace la diferencia entre los diferentes clases de contratos ya que involucra la restricción a la autonomía del trabajador.

La anterior facultad del empleador, no puede entenderse como una potestad absoluta, ya que la aplicación de la misma no puede afectar ni el honor ,

ni la dignidad ni los derechos mínimos del trabajador y la trabajadora, lo anterior en concordancia con el artículo 23 del código sustantivo de trabajo.

2.5.3. Salario

El tercer elemento del contrato establece que los servicios deben ser remunerados y este servicio si se hace de manera continua y el trabajador cumple con una jornada laboral de 48 horas a la semana no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Y cuando la jornada laboral es superior a este tiempo debe remunerarse todo ese tiempo suplementario que labora el trabajador.

Académicamente, el concepto de salario, nace de los estipendios o recompensas que los amos daban a los criados por razón de su servicio o trabajo, Por interpretación, se puede afirmar que era la remuneración que recibían los criados por sus personales²¹, de allí que el concepto de salario lleve implícita una relación de trabajo subordinado entre quien lo paga y quien lo recibe.

En nuestro ordenamiento Jurídico Colombiano, el salario es un derecho inherente del trabajador, reconocido en nuestra Carta Política de Colombia, y a su vez ampliamente reiterado por la jurisprudencia constitucional y plasmado en el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 132, modificado por la Ley 50 de 1990 en su artículo 18 establece:

“Que salario es todo aquel que recibe el trabajador como retribución por sus servicios prestados hacia un empleado, que empleador y trabajador podrán convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como lo son: por unidad de tiempo, por obra, al destajo, y por tarea”.

2.5.3.1. Elementos

El artículo. 127 del C.S.T, modificado. por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, establece que los elementos integrantes que constituye salario no

21 *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, Manuel Ossorio, editorial Heliasta 1999.*

sólo son la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa de un servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

2.5.3.2. Tipos de salario

Los salarios que se pagan a los trabajadores pueden ser de tres tipos: salario fijo, salario variable y salario mixto:

- **Salario fijo:** Es aquel que se encuentra integrado por un conjunto de elementos conocidos, cuyo monto se conoce predeterminadamente con exactitud. Este tipo de remuneración, se presenta cuando se fija un salario que puede ser diario o jornal, por semana, quincena, por mes, cantidad o a destajo, además a dicho salario han de sumársele las retribuciones de tipo prestacional, como lo son las primas, las vacaciones y cesantías, auxilio de transporte etc.
- **Salario variable:** Es todo aquel que se encuentra integrado por un elemento o conjunto de elementos, cuyo monto no se puede conocer predeterminadamente con toda exactitud, dependiendo de la realización de una labor.
- **Salario mixto:** Es aquel que se encuentra integrado por elementos fijos y variables, esto es salario fijo más salario variable da como resultado este tipo, ejemplo las bonificaciones.

2.5.4. Modo de cancelar el salario

2.5.4.1. Salario en Moneda, en especie y mixto

El primero se paga en moneda nacional, en caso de ser en moneda extranjera, el trabajador puede exigir su equivalente en moneda nacional, el segundo se paga en razón a productos, servicios, alimentación, habita-

ción etc., sobre este tipo de remuneración, para el caso Colombiano, el Legislador, ha determinado que el pago podrá hacerse parcial y excepcionalmente en especie hasta 30% si es sobre la base de un smmlv; y si el salario es mayor al mínimo legal vigente no podrá exceder este del 50%, toda vez que estas prestaciones son para uso personal del trabajador y de su familia. Por último el salario mixto se cancela por una parte en moneda y la otra en especie.

2.5.4.2. Por su capacidad adquisitiva

- **Salario Nominal y real:** el primero es el valor monetario de la retribución del trabajo; en una economía inflacionaria, si el salario nominal no es actualizado periódicamente, sufre erosión dado que no puede soportar todas las necesidades del trabajador. Y el salario real, representa la cantidad de bienes que el empleado puede adquirir con aquel volumen de dinero y corresponde al poder adquisitivo, es decir, el poder de compra o la cantidad de productos o servicios que puede adquirir con el salario.

2.5.4.3. Por su capacidad satisfactoria

- **Individual:** Es el que basta para satisfacer las necesidades de un individuo o trabajador.
- **Familiar:** Es el que requiere la sustentación de la familia del trabajador.

2.5.4.4. Por su límite

- **Salario Mínimo:** Para nuestro ordenamiento jurídico, dicho salario, es aquel que se presume suficiente para satisfacer las necesidades normales de la vida del trabajador consistentes en: Alimentación, habitación, vestuario, transporte, previsión, cultura y recreación.
- **Salario Máximo:** Es el salario más alto que permite a las empresas a una producción sostenible.

- **Salario extraordinario:** es aquel que implica remuneración del trabajo ejecutado en días de descanso obligatorio o de horas extras o suplementarias trabajadas.

Por razón de quien produce el trabajo o recibe el salario

- **Salario Personal:** Es el que produce a través de su trabajo, quien sustenta la familia.
- **Salario Colectivo:** Es el que se produce entre varios miembros de la familia que colaboran para sostenerla.
- **De Equipo:** Es el que se paga en bloque a un grupo de trabajo, quedando a criterio de este equipo la distribución de los salarios entre sí.

Por la forma de pago

- **Por Unidad de Tiempo:** Es aquel que solo toma en cuenta el tiempo en que el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del patrón.
- **Por unidad de Obra:** Es cuando el trabajo se computa de acuerdo al número de unidades producidas.

2.5.5. Clasificación de salarios.

- **Por su naturaleza:** Solo en efectivo, y en especie.
- **Por la fórmula de valuación:** Por unidad de tiempo, por unidad de obra, por comisión.
- **Por su determinación:** Se da en cuanto a su origen de su fijación y se establece así: Legal, individual, por contrato colectivo de trabajo, por contrato ley, por resolución de la Junta de Conciliación y arbitraje.
- **Por causa que lo origina:** Ordinaria, extraordinaria, excepcional, esto es gratificación especial y anual representado en las primas.
- **Por los factores que lo integran:** Por nómina, por cuota diaria e integral.

- **Por la oportunidad de pago:** Esto es diario o jornal, semanal, quincenal, mensual o anual.

2.5.6. Protección del salario

En el derecho laboral colombiano, el legislador, previo posibles atropellos hacia el trabajador y amparo el salario como presupuesto fundamental e integral del mínimo vital, en el numeral 1 del artículo 59 del C.S.T., el cual prohíbe a los empleadores hacer deducciones de los salarios de sus trabajadores, en el sentido de sostener que prohíbe *“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 en cada caso, o sin mandamiento judicial, ...”*. y a su vez, el artículo 149 del mencionado texto, dispone: *“Descuentos prohibidos. El patrono 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 o por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados, o pérdidas o averías de elementos de trabajo; avances o anticipos del salario; entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento”*.

2.5.6.1. La presunción del contrato de trabajo

Existe en el artículo 24 del código Sustantivo, una presunción en la cual se establece que toda actividad que desarrolla una persona está regida por un contrato de trabajo, y como este hecho se presume, es al empleador a quien le corresponde demostrar que no había y no existió un contrato de trabajo, lo anterior sin perjuicio de que quien manifieste que era un trabajador, le es necesario aportar un mínimo de pruebas en las cuales se establece que efectivamente tenía un contrato de trabajo.

Por ser una presunción legal puede ser desvirtuada en un proceso por lo que el empleador debe demostrar que el servicio no fue subordinado y, por ende, que no es posible considerar que esté amparado por un contrato de trabajo.

2.6. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DEPENDIENTES

2.6.1. De las prestaciones sociales

Las prestaciones sociales constituyen pagos que el empleador hace al trabajador, - directamente o a través de las entidades de previsión o de seguridad social -, en dinero, especie, servicios u otros beneficios, con el fin de cubrir los riesgos o necesidades del trabajador originados durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Se diferencian de los salarios en que no retribuyen directamente los servicios prestados, y de las indemnizaciones, en que no reparan perjuicios causados por el empleador.

La ley laboral clasifica las prestaciones sociales a cargo del empleador en los siguientes dos grandes grupos:

- **Las prestaciones sociales comunes**, que son aquellas que corren a cargo de todo empleador independientemente de su capital. Pertenecen a esta especie las prestaciones por accidente y enfermedad profesional, el auxilio monetario por enfermedad no profesional, el calzado y vestido de labor, la protección a la maternidad, el auxilio funerario y el auxilio de cesantía.
- **Las prestaciones sociales especiales**, que por el impacto económico que conllevan, están a cargo de ciertas empresas atendiendo a su capital, como son la pensión de jubilación, el auxilio y las pensiones de invalidez, escuelas, especialización, primas, servicios y el seguro de vida colectivo²².

2.6.2. Auxilio de cesantía

Es una suma de dinero que el empleador está obligado a pagar al trabajador para que atienda su subsistencia durante el lapso que este permanezca inactivo o desempleado.

22 Sentencia C-823 de 2006, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

- **Empleador obligado:** Todo empleador
- **En qué consiste**

Sistema tradicional (antes de Ley 50/90)

Un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción, pagadera a la terminación del contrato, o en los casos autorizados de liquidación parcial.

Liquidación definitiva anual (Ley 50/90)

Las sumas que se liquiden a 31 de Diciembre, deberán ser consignadas en los fondos de cesantías a más tardar el 14 de Febrero del año siguiente.

2.6.2.3. No reciben cesantía

- Los trabajadores de la industria puramente familiar
- Los trabajadores ocasionales o transitorios
- Los artesanos que trabajando personalmente en su establecimiento no ocupen más de 5 trabajadores permanentes extraños a su familia.
- Los trabajadores con salario integral pues el factor prestacional lo incluye

2.6.2.4. Base para la liquidación

Se toma como base el último salario mensual, siempre que no haya tenido variaciones en los últimos tres meses. En 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 fuese menor.

A los trabajadores de servicio doméstico sólo se les liquida sobre el salario que reciben en dinero.

El auxilio de transporte hace parte de la base para la liquidación de cesantías.

La base de liquidación debe incluir todos aquellos factores que integran el salario.

2.6.2.5. Fórmula para su liquidación.

$$\text{Cesantías} = (\text{salario mes} \times \text{días laborados}) / 360$$

2.6.2.6. Cuando se paga

- A la terminación definitiva del contrato de trabajo
- Con carácter parcial, pero como anticipo para adquirir, mejorar, construir o liberar toda clase de bienes raíces destinados a la vivienda del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos en entidades de educación reconocidas por el Estado. En este último caso el fondo administrador de cesantías girará a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo que exista a favor del trabajador
- Con carácter parcial pero definitivo, cuando el menor trabajador es llamado a prestar servicio militar

2.6.2.7. Trámite para obtener un anticipo de cesantía

Cuando el trabajador necesita un anticipo de cesantía, lo primero que debe hacer es solicitarlo por escrito al empleador, anexando la documentación respectiva. El empleador, a su vez debe solicitar una autorización al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante un escrito que contendrá el nombre del trabajador, el tiempo de servicio, el monto del anticipo que se solicita y la personal afirmación de la vigilancia en la correcta inversión de dichos dineros, además la firma del empleador y del trabajador. El Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, mediante una resolución, autoriza lo solicitado.

Cualquier anticipo sobre la cesantía que el empleador haga al trabajador sin la debida autorización del Ministerio, se tendrá como no válido y lo pierde el empleador.

2.6.2.8. Indemnización por no pago de cesantías al fondo correspondiente

La Ley 50/90 prescribe en todos los contratos celebrados a partir del 1º de Enero de 1991, y los de aquellos trabajadores que acogieron a dicha Ley, que el auxilio de cesantía debe liquidarse a 31 de Diciembre de cada año.

El trabajador debe indicarle por escrito al empleador el nombre del fondo administrador de cesantías en el cual desea que se le consignen sus cesantías. El empleador tiene la obligación de consignar en el fondo el auxilio de cesantías, a mas tardar el 14 de Febrero del año inmediatamente siguiente al de la liquidación. Si no procede de esta forma, el empleador deberá pagarle al trabajador como indemnización el equivalente al salario diario que deven-gaba el trabajador a 31 de Diciembre del año respectivo, por cada día de retardo en consignar, o en pagar si el contrato de trabajo ya ha terminado

2.6.3. Intereses a las cesantías

Consiste en el reconocimiento por parte del empleador de unos intereses sobre las cesantías, los cuales equivalen al 12% anual.

2.6.3.1 Patrono obligado:

Todo empleador está obligado a pagar interés a cesantías, ya sea en el sistema tradicional o en el sistema de liquidación anual y definitiva, a más tardar el 30 de enero de cada año.

2.6.3.2. En qué consiste:

En el pago durante el mes de Enero del 12% anual sobre saldos de cesan-tías al 31 de Diciembre, o en las fechas de retiro del trabajador.

2.6.3.3 Base para la liquidación:

Monto considerado de cesantías al 31 de Diciembre de cada año.

2.6.3.4. Fórmula para su liquidación:

$$\text{Intereses} = (\text{Cesantías} \times \text{tiempo laborado} / 360) \times 0.12$$

2.6.3.5. Cuando se pagan:

a más tardar el 31 de Enero en caso de trabajadores permanentes, a la terminación definitiva del contrato de trabajo, o cuando se hacen liquidaciones parciales de cesantía.

2.6.3.6. Sanción por no pago:

En caso de incumplimiento los intereses se pagan dobles

2.6.4. Auxilio de transporte

Corresponde a cierta cantidad de dinero que el empleador está obligado por ley a pagar a ciertos trabajadores, con el fin de que éstos atiendan el traslado desde sus hogares hasta las instalaciones donde prestan el servicio, y desde allí hasta su vivienda

Patrono obligado: todo empleador

En qué consiste: Una suma fija de dinero, que establece el gobierno por decreto.

Base para la liquidación: se paga a los trabajadores que devenguen hasta dos veces el salario mínimo legal vigente.

Algunos aspectos a tener en cuenta:

Su pago se hace directamente al trabajador y por mensualidades anticipadas, sin tener en cuenta los criterios de distancia y lo del número de pasajes a pagar.

Cuando el salario es variable, se toma en cuenta el promedio de lo devengado en el mes inmediatamente anterior, o todo el tiempo anterior si este fuera menor de un mes, para los efectos de determinar si el trabajador devenga dos veces el salario mínimo o más.

No hay lugar a auxilio de transporte cuando el empleado no lo necesite realmente, como por ejemplo cuando reside en el mismo sitio de trabajo, o cuando el traslado de éste no le implica ningún costo o mayor esfuerzo.

El auxilio de transporte se debe incorporar al salario, única y exclusivamente para efectos de liquidación de prestaciones sociales (cesantías, intereses a cesantías y prima de servicios)

Cuando el empleador preste el servicio de transporte a sus trabajadores directa y gratuitamente, estará exento del pago de este auxilio, pero su valor se tiene en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales

Para liquidar vacaciones no se tiene en cuenta dentro del salario base el auxilio de transporte.

Tampoco se incluye en la base salarial para liquidar aportes a la seguridad social (salud y pensiones) ni para la liquidación de aportes parafiscales (ICBF, SENA, Cajas de Compensación)

2.6.5. Prima de servicios

La prima de servicios que antes operaba como distribución de utilidades que el empleador hacía a sus trabajadores, continúa con ese carácter, pero ahora como una prestación social ordenada por la ley.

2.5.5.1. Patrono obligado: toda empresa de carácter permanente.

Empresa: “toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica que correspondan a actividades similares o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio”

Empresa de carácter permanente: “la que tiene por finalidad desarrollar actividades estables o de larga duración cuanto menos por un tiempo no inferior a un año”

2.6.5.2 En que consiste: A quien labore todo el semestre o proporcionalmente por fracción, atendiendo al capital de la empresa así:

Capital menor de \$ 200,000 : Quince días de salario en el año, pagaderos una semana el último día de Junio y otra en los primeros 15 días de Diciembre

Capital igual o superior a \$200,000: Un mes de salario pagaderos una quincena el último día de Junio y otra los 20 primeros días de Diciembre.

2.6.5.3. Salario base para la liquidación

Promedio mensual de lo devengado en el respectivo semestre, o en el lapso menor según el caso.. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios

2.6.5.4. Fórmula para su liquidación

$(15 \text{ días}) \times (\text{salario día}) \times (\text{días laborados en el semestre}) / 180$

2.6.5.5. Algunos aspectos importantes sobre la prima de servicios

La prima de servicios está incluida en el factor prestacional de los salarios integrales.

La prima de servicios no es salario, ni se computará como factor de salario en ningún caso.

No tienen derecho a prima los trabajadores accidentales o transitorios, que son aquellos que realizan una labor de corta duración, no mayor de un mes, ajena a las actividades normales del patrono, ni los de servicio doméstico, ni los choferes de familia, ni los trabajadores de empresas que no tengan carácter permanente.

El tiempo de las incapacidades por enfermedad y de licencias por maternidad, no se descuentan para la liquidación de la prima de servicios, así como también el tiempo de suspensión de un contrato de trabajo.

No están obligados a pagar prima los empleadores que no son empresa.

2.6.6. Vacaciones

Las vacaciones no son salario, ni prestación social, sino un descanso remunerado al que tiene derecho un trabajador por haber laborado durante un año de servicio consecutivo.

2.6.6.1. Patrono obligado:

todo empleador

2.6.6.2. En qué consisten:

Quince (15) días hábiles consecutivos de descanso remunerado por cada año de servicios y proporcional por fracción. (Corte Constitucional Octubre 8 de 2003)

2.6.6.3. Salario base de liquidación

Salario ordinario que se devengue el día que se inicie el disfrute, este salario está formado por todo lo que recibe el trabajador como remuneración de sus servicios, excepto el valor del trabajo extra, ni el de los días de descanso obligatorio.

Cuando el salario es variable, las vacaciones deben liquidarse con el promedio de lo devengado en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se conceden.

El auxilio de transporte no se tiene en cuenta para liquidar las vacaciones.

2.6.6.4. Fórmula para su liquidación

$$\text{Vacaciones} = 15 \text{ días} \times \text{salario día} \times \text{días laborados año} / 360$$

2.6.6.5. Compensación en dinero:

Por ser un descanso que merece el trabajador, la compensación en dinero está prohibida, sin embargo dicha compensación en dinero es permitida en algunos casos con previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hasta la mitad de las vacaciones.

Si el contrato termina sin que el trabajador hubiera disfrutado de vacaciones opera la compensación proporcional por fracción. Conviene aclarar que en este caso el salario base para la liquidación de vacaciones debe incluir todos los elementos constitutivos del salario, es decir no se excluyen las horas extras, ni el trabajo en días de descanso obligatorio.

2.6.6.6. Vacaciones según el tipo de contrato

- Contratos con salario integral: las vacaciones se pagan sobre el total del salario (salario base integral + factor prestacional).
- Contratos término fijo inferiores a un año: se paga en proporción al tiempo de servicio cualquiera que este sea.

2.6.6.7. Acumulación de vacaciones

En todo caso, el trabajador gozará anualmente por lo menos de seis (6) días hábiles continuos de vacaciones, los que no son acumulables. Las partes pueden convenir en acumular los días restantes de vacaciones, hasta por dos años.

La acumulación puede ser hasta por cuatro 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 los familiares. Si el trabajador goza únicamente de seis (6) días de vacaciones en un año, se presume que acumula los días restantes de vacaciones a los posteriores.

La acumulación de vacaciones debe pactarse por escrito.

2.6.6.8. Otorgamiento y Prescripción

El derecho a vacaciones como descanso, es decir, en vigencia de la relación laboral, se hace exigible dentro del año siguiente a su causación y el término de prescripción se cuenta a partir de éste, es decir, si el trabajador no pide las vacaciones dentro del año subsiguiente a aquel en que se causaron o al término de acumulación, comienza a correr la prescripción de tres (3) años que una vez cumplida podrá ser alegada por el empleador.

2.6.6.9. Vacaciones colectivas anticipadas

Cuando se dan vacaciones antes de que haya nacido la obligación de concederlas, no puede exigirse al trabajador que complete el año de servicio que las causa, ni que reintegre el valor recibido si se retira antes; del mismo modo no puede el trabajador pretender que se le otorgue un nuevo período de descanso al cumplir el período de un año de servicio estipulado por ley, ni tampoco tendrá derecho a que se le reajuste con el último salario, el valor recibido por concepto de vacaciones que disfrutó en forma anticipada.

2.6.6.10. Consideración del día sábado no laborable

Dos criterios se han expuesto así:

El día se debe tomar como hábil para computar las vacaciones porque los días no hábiles (domingos y festivos) están taxativamente enumerados

por la ley de tal manera que los días no incluidos son hábiles, entre los que están los sábados.

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 él sólo efecto del reconocimiento de éste descanso, el empleador, voluntariamente o en forma extralegal, computa el día sábado como no hábil.

2.6.7. Aportes parafiscales

Están obligados a pagar aportes parafiscales todos los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes.

El auxilio de transporte no se tiene en cuenta para la liquidación de aportes parafiscales.

2.6.7.1. Cajas de Compensación

Subsidio Familiar: Es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo; los cuales se prestan y cancelan por medio de una Caja de Compensación Familiar

Son beneficiarios de este subsidio los trabajadores que devenguen hasta cuatro (4) veces el salario mínimo legal vigente (SMLV).

El valor del subsidio familiar es equivalente a un tanto por ciento de la nómina mensual, el cual es fijado por el gobierno y que en la actualidad equivale al 4%

2.6.7.2. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

El ICBF es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Salud que tiene como objetivo primordial el fortalecer la familia y proteger al menor de edad.

El aporte con destino al ICBF actualmente es el 3% de la nómina mensual de los salarios.

2.6.7.3. Servicio Nacional De Aprendizaje (SENA)

El SENA es un establecimiento adscrito al Ministerio de Trabajo, encargado de ejecutar las políticas gubernamentales sobre promoción y formación profesional de los recursos humanos.

El aporte con destino al SENA actualmente es el 2% de la nómina mensual de los salarios.

A continuación se elabora un cuadro con el fin de tener un mejor entendimiento de los créditos que tiene que pagar el empleador de forma directa

OBLIGACIONES A CARGO DEL EMPLEADOR					
Obligaciones Mensuales	Pensión* 16% del salario de cada trabajador del cual 12% está a cargo del empleador.	Salud 12,5% del salario de cada trabajador del cual 8,5% está a cargo del empleador.	Riesgos Profesionales Dependiendo de la clase del riesgo en el que esté clasificada la actividad económica de la empresa varía del 0,5% hasta el 8,7% del valor total de la nómina mensual.	Aportes a Cajas de Compensación Familiar 9% del valor total de la nómina mensual pagada en su integridad por el empleador.	Horas Extras** Las horas extras desarrolladas dentro de la jornada diurna, se pagan con un recargo del 25% sobre el valor ordinario de la hora. Si se desarrollan en la jornada nocturna el recargo será del 75%.
Obligaciones Semestrales	Prima de Servicios** 30 días de salario por año, pagaderos semestralmente.				
Obligaciones Anuales	Cesantías** 30 días de salario por año.	Intereses de Cesantías** 12% anual sobre cesantía, liquidados a 31 de diciembre de cada año.			Vacaciones 15 días hábiles de descanso remunerado por cada año de servicios.
Obligaciones Aplicables a Algunos Trabajadores	Dotación** Una entrega de vestido y calzado tres veces al año.	Licencia de Maternidad**** 12 semanas de descanso remuneradas a partir de la época de parto.			Licencia de Paternidad**** 8 días hábiles de descanso remunerado a partir de la época del parto.

* El monto de la cotización aumenta dependiendo del salario.

** No se aplica a trabajadores que reciban salario integral

*** Sólo aplica para trabajadores que devenguen menos de dos salarios mínimos

**** El pago lo hace la Empresa Prestadora de Salud a la cual esté afiliado el trabajador con los aportes mensuales a esta entidad.

2.7. DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS Y LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO.

En Colombia el panorama de las nuevas formas de trabajo, o trabajo atípico, viene estableciéndose como una nueva modalidad de contratación a este marco referencial no es ajeno las circunstancias de Ciudad Bolívar en la cual encontramos que varias personas están contratadas por cooperativas de trabajo asociado en la cual encontramos ante todo la contratación de la fuerza laboral juvenil a la cual se le viene contratando en supermercados como empacadores a los cuales no se les respeta el marco de derechos laborales.

Por lo anterior podemos establecer que existe aquí una forma de vínculo laboral indirecto en el cual encontramos que la persona que realiza la función no tiene un contrato con quien se beneficia del trabajo sino que existe un tercero con quine han celebrado el contrato.

2.7.1. El trabajo a través de cooperativas de trabajo asociado.

2.7.1.1. La normatividad Colombiana y las Cooperativas de Trabajo Asociado.

La historia del cooperativismo en términos normativos inicia con la implementación de la ley 79 de 1988, con la cual se motiva la economía solidaria la cual como filosofía propende por fortalecimiento de formas de organización laboral y la contribución al bienestar de sus asociados

Desde la aparición de esta ley y luego con la expedición de decreto 454 de 1990 y 454 de 1998; la ley 1233 de 2008, toda la normatividad establece la prohibición en torno a la intermediación laboral, pero en la realidad se ha dado todo lo contrario pues las mismas han servido para ocultar verdaderos contratos de trabajo.

Viene siendo tan marcado que las cooperativas de Trabajo asociado intervienen como bolsas de empleo y que su finalidad está completamente distorsionada y debido a las posibilidades que le prestan para abaratar

costos, las mismas han venido creciendo a pasos gigantescos y a pesar que muchas ni siquiera tienen registro en Cámara de Comercio o en la Super-solidaria, los actuales registros que se tienen dan cuenta de que para el año 2000 había 795 CTA, en 2003 alcanzaron a ser 1386 y en 2004 sumaron 2094, es decir, un incremento en cuatro años del 263%. Estas cifras contrastan con el resto del sector cooperativo que apenas creció en 12.6%, pasando de 5.095 establecimientos a 5.737. En cuanto al número de afiliados en las CTA se pasó de 38.041 trabajadores en el 2.000 a 259.770 en el 2.004, es decir, un incremento de esta modalidad laboral de 683%. En todo caso, para mayo de 2009, ya se contabilizaban cerca de 13.000 CTA y casi un millón de trabajadores bajo esta forma denigrante de vinculación laboral²³

2.7.1.2 La ley 1429 y las Cooperativas de trabajo asociado

La expedición de la ley 1429, aunque esta surge como motivación de generar empleo en jóvenes, y se le ha denominado ley de Primer Empleo, o de Formalización y Generación de Empleo, la misma realizó unos cambios normativos importante dentro de la legislación, y uno de sus principales objetivos fue contrarrestar los efectos de la informalidad y la subcontratación laboral que se ha disparado en los últimos años por el fomento de las cooperativas de trabajo asociado.

En su cuerpo normativo una de las disposiciones más importantes es la prohibición expresa a las empresas de utilizar las cooperativas de trabajo asociado como un mecanismo de intermediación laboral. El incumplimiento de esta prohibición por parte de las empresas podría significarles la imposición de multas hasta por 5.000 salarios mínimos mensuales vigentes, que para el año 2011 equivale a Doscientos Sesenta y siete Millones Ochocientos mil pesos (\$267.800.000), esta disposición entrará en vigencia a partir del primero de enero de 2013.

Con la finalidad que se dé cumplimiento a esta normatividad el gobierno²⁴ dispuso que en los próximos 4 años se contrataran cerca de 480 nuevos inspectores de trabajo, de los cuales 100 serán contratados para el año 2012

23 Tomado de: Revista del centro de estudios del trabajo. Deslinde. No 45. Bogotá 2009

24 En <http://renovacionsindical.blogspot.com/2011/05/plan-de-accion-de-colombia-relacionadas.html>. consultado el 30 de mayo de 2011

y 50 de ellos se dedicaran de manera exclusiva a realizar la inspección, vigilancia y control de las cooperativas, así mismo se iniciara a partir de junio de 2011 inspecciones preventivas a sectores tales como palma de aceite, azúcar, minas, petróleo y flores, y a través del Ministerio de la Protección Social un plan de divulgación a los trabajadores asociados acerca de sus derechos y los mecanismos legales que tienen para hacer efectivos los mismos.

En conclusión podemos decir que con la reciente reglamentación expedida en esta materia, se muestra un sano interés de recuperar el verdadero sentido de estas entidades asociativas y de construir un marco regulatorio que promueva su utilización de una manera clara sin transgredir los derechos constitucionales y legales de los trabajadores asociados, pero la misma sólo será efectiva si los órganos de control y vigilancia, los trabajadores y trabajadoras y terceros vinculados con su actividad ejercen un verdadero y efectivo control a través de la denuncia de los casos de utilización fraudulenta y que como resultado se imponga cuando haya lugar las sanciones administrativas y pecuniarias.

2.7.1.3. La jurisprudencia entorno a las cooperativas asociadas

Las altas cortes han determinado unos marcos de referencia en los cuales se ha establecido que la violación a la normatividad del Cooperativismo y la intermediación de las mismas crean un vínculo regido por el derecho laboral La Corte Constitucional indicó²⁵:

“... en el caso de autos la Sala observa que si bien la actora es asociada de una cooperativa de trabajo asociado (Coodesco), también lo es el hecho de que Coodesco la envió a prestar sus servicios personales en las dependencias del Citibank, lugar donde cumplía un horario y recibía una remuneración por parte de la Coodesco. Es decir, en el caso planteado, tuvo lugar una prestación personal del servicio en cabeza de la actora, una subordinación jurídica de la misma frente a Coodesco y una remuneración a cargo de ésta por los servicios personales prestados por la demandante. En otras palabras, se configuró el

25 Sentencia T-286 de 2003. M.P Jaime Araujo Rentería

contrato de trabajo en consonancia con la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal (art. 53 C.P)²⁶.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia a través de la Sentencia N° 25713 del 6 de diciembre de 2006, M.P. Gustavo José Gnecco recalcó que la contratación a través de estas entidades no puede ser utilizada de manera fraudulenta para ocultar una relación de trabajo:

“...Debe la Corte precisar que la contratación con cooperativas de trabajo asociado para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios se halla permitida y reglamentada por la ley, pues constituye una importante fuente de trabajo a través de la organización autogestionaria de personas que deciden asociarse para trabajar de manera solidaria bajo sus propias reglas. Pero es claro que la celebración de contratos con esas entidades no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica”.

Por lo anterior en los casos en los cuales se han utilizado la figura de la tercerización laboral, tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como la de la Corte Constitucional han concluido que ante la presencia de un servicio de carácter subordinado en una Cooperativa, se aplican las normas de naturaleza laboral, independientemente del vínculo cooperativo suscrito entre las partes.

2.8. DISCRIMINACIÓN LABORAL

2.8.1. La Mujer y sus derechos.

En el informe de Dejusticia de la universidad nacional y los talleres que se realizaron se pudo establecer que en ciudad Bolívar existe una viola-

26 Véase en aspecto de la solidaridad entre Cooperativas y empresa usuaria la sentencia T-467 de 2010 M. P Jorge Ivan Palacio

ción a los derechos de las mujeres por lo que se considera necesario establecer en este módulo una especial recordación de aspectos esenciales sobre los derechos de las trabajadoras: en cuanto a la discriminación por razones de género y la protección especial a la maternidad.

2.8.2. Discriminación por razones de género.

Los argumentos esgrimidos para la discriminación podrían partir desde la óptica de tipo sociológico, potenciados por una historia política reciente donde el modelo de familia tradicional (patriarcal y de inspiración católica) en el que se basó nuestra historia hispánica dejaba escaso margen para la participación de las mujeres en el mercado laboral.

En el mercado de trabajo, las mujeres siguen teniendo mayor presencia en las formas de trabajo precario y desregulado como por ejemplo: en el servicio doméstico, el trabajo a domicilio y el trabajo subcontratado.

Debido a la persistencia de la división tradicional del trabajo basada en los sexos, la segregación laboral sigue constituyendo el factor más importante que determina la desigualdad entre los niveles de remuneración de hombres y mujeres. En las mujeres predominan sus labores en ocupaciones del sector terciario de la economía, tales como el trabajo de oficina, las ventas, los servicios sociales, comunales y personales (que incluyen educación, salud, servicios sociales, servicio doméstico), mientras que los hombres trabajan más en la industria, la construcción, transporte y minas. Las mujeres se ocupan de la enseñanza, de los servicios y de la agricultura, mientras los hombres ocupan puestos de gestión, administración y adopción de decisiones.

Según CEPAL, las mujeres en América Latina ganan entre un 44% y un 77% de lo que ganan los hombres y se establece además que las profesiones en las que predominan las mujeres son en general las menos valoradas socialmente, tendiendo a concentrarse en los trabajos temporales, a jornada parcial, peor remunerados y precarios. En cambio, es más probable que los hombres tengan acceso a los puestos de trabajo de jornada completa, mejor pagados y con posibilidades de desarrollo de una carrera profesional. Mirando diferentes datos sobre remuneraciones e ingresos, no se

puede sino concluir que la protección normativa de la no discriminación es insuficiente en materia salarial ya que: las mujeres ganan menos que los hombres, incluso dentro de las mismas categorías ocupacionales.

Lo que da como resultado que a pesar de la normatividad y la protección a la mujer las mismas se encuentran ubicadas mayoritariamente en los tramos salariales más bajos y las diferencias de ingresos entre hombres y mujeres se han ido haciendo más amplias.²⁷

Es claro que la OIT desde 1951 ya señaló el aspecto en el Convenio 100 relativo al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, sin embargo todavía existe la clara diferencia por sexos en la participación, tipo de contrato, ocupación, tasas de desempleo y sobre todo en niveles salariales que no pueden ser explicadas por variables relacionadas con la productividad del trabajador.

Desde un punto de vista legal, en las Constituciones de todos los países y también de Colombia se proclama el principio de igualdad, ya sea de manera genérica o aludiendo directamente a la no discriminación por razones de sexo, pero las realidades que se encuentran en nuestro contexto y en la localidad de ciudad bolívar, muestra como las mujeres se encuentran vulneradas en muchos aspectos y en especial existe una vulneración en su remuneración salarial y prestacional, ya que en su gran mayoría las mismas se dedican al trabajo domestico, trabajo en el cual ven vulnerado, su retribución y no se les reconoce las prestaciones sociales.

2.8.3. Protección a la Maternidad despido.

En la legislación Colombiana y en especial los Tratados Internacionales han dejado en claro que la mujer embarazada o en período de lactancia tiene derecho a gozar de una especial protección de su trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia. Igualmente, la sala Plena de esta Corporación, en sentencia C-470 de 1997, señaló que el despido en los períodos legalmente ampa-

27 *Notas para una agenda sindical de la mujer trabajadora, Espinoza Malva, Oficina Internacional del Trabajo. 2003. Santiago de Chile*

rados dentro de la maternidad y de la lactancia, sin que medie autorización previa del Ministerio de la Protección Social, será considerado nulo.

Pero la Corte Constitucional viene trasformando de tal forma la protección especial que en los últimos precedentes ha generado una gran controversia, al dejar estipulado:

“No es necesario que la mujer gestante demuestre y ni siquiera comunique su estado de embarazo al empleador con anterioridad al preaviso de la terminación del contrato o del despido, toda vez que para materializar la protección especial otorgada a las mujeres embarazadas, es importante garantizarles que la terminación de su vínculo laboral se produzca por una justa causa, evento en el cual el empleador debe observar las ritualidades legales previstas como probar la existencia de la causal y solicitar la autorización de la autoridad de trabajo competente, y no por un acto discriminatorio en razón a su particular estado, lo cual quebrantaría el derecho a la igualdad y afectaría el pleno goce de la maternidad. En consecuencia, se exonera a la mujer embarazada de esta carga probatoria limitante en muchas ocasiones de la efectiva realización de sus derechos “²⁸

Por lo anterior y en caso de despido sin que medie dicha autorización, el empleador no solo debe pagar la correspondiente indemnización, sino que además el despido es ineficaz²⁹.

28 Sentencia T-069 de 2010. MP Humberto Sierra Porto.

29 En este mismo sentido ver Sentencias T- T-095 de 2008; M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-1069 de 2008 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra; T- 6749 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Exponer las principales prestaciones legales del contrato de trabajo en Colombia

Preparar casos en los cuales se deba establecer las condiciones de subordinación laboral. Realice la exposición de motivos que soporte la situación

¿Cuáles son las condiciones de los elementos esenciales de la relación de trabajo?

Ae

AUTOEVALUACIÓN

CASO 1: “La señora YOLANDA NIÑO, quien es madre cabeza de familia, labora desde el 1 de enero del año 1995, en una empresa de confesiones mediante contrato a termino indefinido, la empresa desde el año 2004, se encuentra en liquidación, desde el mes de mayo del año 2010, no les cancelan salarios, ni se consigan cesantías, ni se les pagan intereses a las cesantías, ni primas ni vacaciones, ni auxilio de transporte, se encuentran en mora en los aportes a la Seguridad Social”

Realice un análisis del caso y las posibilidades jurídicas frente a la legislación laboral

¿Cuáles son las responsabilidades que tiene una empresa en liquidación frente a sus trabajadores?

Caso 2: “El señor Ediogenes Martinez tiene un tumor óseo el cual le inmovilizó totalmente su mano derecha , la enfermedad es de origen común, el 22 de septiembre del 2010, se le notifico una pérdida de capacidad laboral del 58%, y como fecha de estructuración se estableció el día 2 de septiembre del año 2008, el fondo de pensiones le niega

la pensión de invalidez argumentando que para la fecha de la estructuración no contaba con la fidelidad al sistema, pero si con las 50 en los tres años anteriores.

El es una persona que no tiene recursos económicos y su esposa no labora, tiene 3 hijos todos menores de edad, ha adquirido e varias deudas debidos a que fue retirado de la empresa el día 2 de febrero del año 2010, para la terminación la empresa argumento que él llevaba más de 180 días de incapacidad”.

Con base en lo anterior resuelva lo siguiente:

- Procede en el caso anterior la inaplicación del artículo 1 de la ley 860
- Procede en el anterior caso una acción de tutela

Unidad 3

SOBRE LOS DERECHOS A LA SEGURIDAD SOCIAL PENSIÓN Y SALUD.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar la naturaleza y el de la estabilidad laboral reforzada.
- Analizar los alcances de la reforma de la ley 1438 en lo pertinente al sistema de salud.
- Establecer los diferentes argumentos en la aplicación de la figura de la proporcionalidad confrontada con el principio de progresividad de derechos.

INTRODUCCIÓN A LA UNIDAD 3

En la presente unidad se establece de manera general los cambios que se han presentado en seguridad social, es claro que en la unidad uno se proyectó el contexto constitucional de estas normatividad y el desarrollo que han tenido las mismas, por lo que en la presente unidad se partirá de un desarrollo desde la normatividad Internacional estableciendo entre otros aspectos cual ha sido el concepto de la Seguridad social y los instrumentos internacionales que la han establecido como un derecho social aplicable a las legislaciones de los Estados.

Y finalmente se hará una descripción de los aspectos más relevantes de la normatividad Colombiana.

3.1. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y EL CONCEPTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Se establece entonces que el concepto de la OIT, en documento publicado en 1991 denominado “Administración de la seguridad social” en el cual definió la Seguridad Social como: “La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.”

Es de vital importancia este concepto para situar dentro del contexto internacional la seguridad social como un derecho que emana de la situación de un conglomerado, para el cual se deben asegurar unos derechos mínimos dentro de un contexto social.

3.1.1. La seguridad social como derecho fundamental

Para situar la seguridad social como un derecho fundamental se hace necesario recordar que para el período de posguerra, el desarrollo de la seguridad social estuvo relacionado estrechamente con el interés por la justicia social, la cohesión social y los derechos humanos. La Declaración Universal de los derechos humanos, en cuenta pregona que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener (...) la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” (Artículo 22).

La OIT en el convenio No 102 aprobado en 1952, instituyó unas normas mínimas de seguridad social convenidas a escala mundial. Otros convenios internacionales y regionales han aplicado o, en algunos casos, han reforzado las normas mínimas establecidas por la OIT, confirmando así la seguridad social como un derecho y una condición para la justicia social.

A estas normas mínimas se han sumado otros instrumentos especializados de carácter internacional que fijan normas de seguridad social como medio para facilitar el progreso económico y social, en tanto que la seguridad social está reconocida como un derecho humano, por lo anterior se justifica que los países en un entorno globalizante y de un nuevo paradigma económico y social se adapten mediante posibilidades de acuerdos bilaterales creando instrumentos que den cobertura a las emigraciones de nacionales a otros países, es así como la misma OIT en la declaración aprobada en el año 2008 sobre de “ la justicia social para una globalización equitativa” reitera la extensión de las medidas de seguridad social como condición indispensable para promover y lograr la justicia social.

3.1.2. La Importancia de las Normas Internacionales de Trabajo. NIT

Las normas internacionales del trabajo han tenido una importante relevancia en el establecimiento de las bases para el progreso de las socie-

dades modernas. Las normas concernientes a la seguridad social forman parte del cuerpo normativo general y como tal su conocimiento y eventual adopción pueden mejorar no sólo la situación de los derechos sociales sino también las condiciones de competitividad de un país en la economía global.

El desarrollo de las NIT ha estado estrechamente ligado a la evolución de las instituciones sociolaborales en los países. Un recorrido de dichas normas en el campo de la seguridad social permite entender los procesos de cambios de la protección social.

3.1.3. Instrumentos internacionales que consagran el derecho la Seguridad Social.

La materialización de sistemas de pensiones equitativos, sólo es posible si se recupera la lógica de derechos para la seguridad social.

Los convenios internacionales de derechos humanos constituyen un referente normativo y ético que debe guiar las legislaciones y políticas nacionales, así como una plataforma a la que se puede recurrir para restablecer la lógica de derechos en la seguridad social lo anterior bajo el precepto que.

*“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos de forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”*³⁰

30 Declaración y Programa de Acción de Viena (parte I, párr. 5), aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 25 de junio de 1993 [A/CONF.157/24 (Part I), cap. III].

Como complemento de lo anterior a continuación se realiza un derrotero normativo que consagra los instrumentos internacionales que consagran los derechos a la seguridad social:

3.1.4. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

La declaración universal de derechos humanos consagra este derecho en el artículo 22 al determinar que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

3.1.5. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954).

De otro lado la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, el artículo 24 también expone un referente normativo en este aspecto al considerar que :

1. Los Estados Contratantes concederán a los apátridas que residan legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a los nacionales en lo concerniente a las materias siguientes: b) Seguros sociales (disposiciones legales respecto a accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, invalidez, ancianidad, fallecimiento, desempleo, responsabilidades familiares y cualquier otra contingencia que, conforme a las leyes o a los reglamentos nacionales esté prevista en un plan de seguro social , con sujeción a las limitaciones siguientes:

- a) Posibilidad de disposiciones adecuadas para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en vía de adquisición
- b) Posibilidad de que las leyes o reglamentos nacionales del país de residencia prescriban disposiciones especiales concernientes a los beneficios o parte de ellos pagaderos totalmente con fondos públicos, o subsidios pagados a personas que no reúnan las condiciones de aportación prescritas para la concesión de una pensión normal.

3.1.6. Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966)

Este Pacto como ya se ha explicado ha tenido un fuerte referente en la jurisprudencia Colombiana y el mismo ha sido acogido por la Corte Constitucional en varios de sus fallos ya que el mismo establece el reconocimiento a todas las personas a la seguridad social y además se encuentra ratificado por Colombia desde el año 1968.

3.1.7. Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social Proclamada por la Asamblea General en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969.

En la anterior declaración se estableció en el artículo 11 que los Estados debían proveer sistemas amplios de seguridad social así como los servicios de asistencia social y seguros que beneficien a personas que por razones de su enfermedad, invalidez o vejez no pueden ganarse la vida, teniendo en cuenta que se les debe brindar una garantías mínimas de condiciones de vida tanto a ellos como a sus familias.

3.1.8. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

Este es otro de los instrumentos más utilizados en los precedentes jurisprudenciales, el cual fue base para la inaplicación del artículo 1 de la ley 860 y la posterior declaratoria de inexequibilidad, este pacto propone que los Estados de manera progresiva deben adoptar providencias en las cuales se de plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformados por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados

En Colombia se realizó su ratificación mediante la ley 16 de 1972.

3.1.9. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador 17 de noviembre de 1988 San Salvador.

Como el anterior este es otro instrumento de suma importancia en la legislación interna ya que en el artículo 9 establece que:

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

El protocolo de San salvador fue ratificado por Colombia mediante la ley 319 de 1996, y se realizó su promulgación mediante el Decreto 429 de 2001, esta ratificación fue revisada por la Corte Constitucional y se declaro exequible en Sentencia C-251 del 28 de mayo de 1997.

3.2. EL RÉGIMEN DE PENSIONES ESTABLECIDO EN COLOMBIA.

3.2.1. Los principios que rigen el sistema

Además de lo estipulado en los apartes anteriores los cuales han tenido influencia en la normatividad nacional, se puede decir que el sistema de pensiones en Colombia fue pensado con el objeto de brindar soporte y amparo a la población de todo el país de las contingencias que se pueden presentar con motivo de la vejez, la muerte, o la invalidez, mediante el

reconocimiento de pensiones, esta cimentado en la base de la solidaridad, de los jóvenes hacia los viejos y de los afiliados sanos con los enfermos.

3.2.2. Estructura del sistema

Está conformado por dos subsistemas creados por la ley 100 de 1993, en la cual se permitió a la empresas privadas conformar Fondos de pensiones privados para que administraran pensiones, a este régimen se le denomina Régimen de Ahorro Individual con solidaridad conocido como R.A.I.S. y se conservo el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuya administración a cargo del Estado.

Una de las más marcadas diferencias entre uno y otro es que el RAIS pertenece a un sistema de capitalización, mientras que el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se basa en un sistema de reparto.

Los sistemas coexisten pero son excluyentes entre sí por lo que la persona que se afilia debe elegir entre uno u otro régimen.

3.2.3. Régimen de prima media con prestación definida

3.2.3.1. Requisitos para obtener la pensión: se establece en la ley que para poder acceder al beneficio de una pensión se deben cumplir con 2 requisitos que son el de edad, y un número de semanas mínimas cotizadas:

A continuación se hace referencia a las edades y tiempos mínimos de cotización, pero se aclara que los mínimos se establecen con base en la ley 100 y la ley 797 de 2003, sin tener en cuenta el régimen de transición, el cual fue establecido en la ley 100 como una garantía para un grupo determinado de personas que cumplieran ya fuera 15 años de servicio o cotizaciones, sin importar el género y otro grupo determinado por el género estableciendo que eran beneficiarios de este régimen las mujeres que a la entrada en vigencia de la ley tuviesen 35 años y los hombres 40 años de edad.

Edad: las edades están establecidas de manera general retomadas por la ley 100 fueron de 55 años para mujeres y 60 para hombres, según la ley 797 y el acto legislativo 001 de 2005 a partir de 2014 la edad mínima aumentara a 57 años para mujeres y 62 para hombres.

Semanas: Se establece en la ley 100 un tiempo de cotización mínima de 1000 semanas, con la reforma de la ley 797 de 2003 se incrementaron las mismas de la siguiente manera: partir de 2005 se incremento el número de semanas en 50 y a partir de 2006 en 25 cada año hasta las 1300 para el año 2015.

En cuanto al cálculo de la pensión: En el caso colombiano el monto de la pensión depende mucho de la cantidad de semanas cotizadas y los ingresos base de cotización, y el ingreso base de liquidación:

La normatividad establece que las cotizaciones al sistema de pensiones son obligatorias en tanto el cotizante lo sea como tal, y será en proporción al salario devengado que en ningún caso podrá ser menor al salario mínimo, ni superior a 25 salarios mínimos, el monto de la cotización fue aumentado con la leyes 100 y 797 y actualmente es del 16.% del ingreso; sufragado en un 75% por parte del empleador y el 25% restante por parte del empleado, y no en partes iguales como en el sistema alemán.

Para realizar el cálculo del Ingreso Base de Liquidación, este se establece de acuerdo al promedio de los salarios que el empleado cotizo durante los últimos 10 años, todos ellos actualizados por el IPC.

Dependiendo de la cantidad de densidad de las semanas cotizadas dependerá el monto de la mesada pensional, la ley estableció una basa en la cual como máximo se podía obtener el 85 y la ley 797 sólo hasta el 80%:

Por lo que el monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde: r =porcentaje del ingreso de liquidación. s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así mismo se hizo una modificación y se estipuló que a partir del año 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Para la invalidez, se establece una pérdida del 50% o más de la capacidad laboral, dictaminada por las juntas medicas, y se reconoce entre un 45% y un 75% del IBL dependiendo del porcentaje de invalidez, la de sobrevivientes se reconoce por el 100% de la pensión en caso de pensionado, si es el afiliado quien fallece, también oscila entre el 45% y el 75% del IBL también dependiendo del número de semanas, en el sistema colombiano, si no se cumplen los requisitos dependiendo el tipo de pensión, el afiliado, o el beneficiario tiene derecho a una indemnización sustitutiva.

3.2.4. Régimen de ahorro individual con solidaridad.

3.2.4.1. Requisitos para obtenerla:

En esta modalidad al ser un sistema de capitalización, sólo se requiere tener el capital suficiente que permita obtener un determinado pago mensual que se basa en tener un capital acumulado, que le permita obtener una en su cuenta de ahorro individual una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la ley reajustado anualmente según la variación porcentual del IPC.

La fórmula para el cálculo de la pensión, depende mucho del capital acumulado más los rendimientos, y del modelo de pensión que se escoja, pero se mantiene el ingreso base de cotización y los mínimos legales, no obstante, el cotizante en este subsistema tiene la posibilidad de hacer aportes voluntarios.

Modalidades de pensión: existen tres a saber, pero dependiendo el tipo así también influirá en el monto del ingreso

Renta vitalicia inmediata: El afiliado contrata con una aseguradora el pago de una mesada, hasta su muerte y si hay beneficiarios, después de esta.

Retiro Programado: Es el pago de una mensualidad calculada anualmente con cargo a la cuenta individual, cuando se acaba el capital, el afiliado queda desprotegido.

Retiro programado con renta vitalicia diferida: Se hace una estimación del tiempo probable de vida que le reste al pensionado, durante este tiempo la pensión corre a cargo de la administradora, y después de este a cargo de la aseguradora.

3.3. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

La situación del acceso a la salud en ciudad Bolívar esta categorizado como una de las principales problemáticas de la comunidad, lo anterior ya que existe un número muy alto de personas en situación de desplazamiento lo anterior lo corrobora el informe de la universidad javeriana en el cual se establece que existen aproximadamente 6.448 familias en situación de desplazamiento (es decir, el 26,2 % del total de la población desplazada del país), que habitan en la Localidad 19 de Ciudad Bolívar huyendo del conflicto armado y de las diversas formas de violencia política y social del territorio nacional.

Según el informe de la Universidad Nacional:

“Ciudad Bolívar cuenta con 16 Instituciones Prestadoras de Servicios de salud (IPS) públicas, adscritas a la Secretaria de Salud, de las cuales 9 son Unidades Primarias de Atención en Salud (UPAS), 2 son Unidades Básicas de Atención en Salud UBAS), 3 son Centros de Atención Médica Inmediata (CAMIS), de un hospital de Primer Nivel de Atención y un hospital de Segundo Nivel de Atención: los hospitales de Meissen y Vista Hermosa. Además, en esta localidad se localizan 90 IPS privadas.

El 73,6% de la población de Ciudad Bolívar está afiliada al sistema de salud, y es la decimotercera localidad en cobertura de seguridad social

en salud en Bogotá. La mayoría de la población afiliada pertenece al régimen contributivo (59%); mientras que 180.492 personas (41%) están en el régimen subsidiado. La localidad, además de contar con bajos niveles de aseguramiento, presenta una reducida oferta hospitalaria”

Si bien es cierto los anteriores datos estadísticos muestran la situación de salud en la población de ciudad Bolívar no es menos cierto que en lo que tiene que ver con el conocimiento de derechos en lo que respecta a la salud no encontramos con que en la comunidad existe un gran desconocimiento de los mismos y de las formas de acceder a ellos.

Por lo anterior en este aparte se señalan tanto los derechos en salud como sus beneficiarios y las formas de acceso al sistema de salud, ya se a través del régimen contributivo y subsidiado.

3.3.1. El Sistema de Salud en Colombia

La Constitución Nacional estableció en su artículo 49 el reconocimiento de la Salud como servicio público a cargo del Estado, al igual que como un derecho al ser parte de la seguridad social, estableciéndose a su vez como un derecho autónomo en instrumentos internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, como el Pacto Internacional de Derecho Económicos y Sociales, así como la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y el Ciudadano complementada por el Pacto de San Salvador, lo que conlleva a amplios debates sobre la naturaleza del mismo, si es considerado como un derecho fundamental de protección inmediata, o puede ser considerado como fundamental por conexidad cuando se halle comprometido un derecho fundamental como la vida o la dignidad humana o simplemente debe ser tenido en cuenta como un derecho de desarrollo progresivo.

La Ley 100 de 1993 en desarrollo de la Carta política estableció en Colombia el Sistema de Seguridad Social en Salud, bajo los parámetros de universalidad, protección integral, calidad, entre otros, resaltando el de la equidad –entendida como la nivelación gradual de los servicios de salud ofrecidos a la población independientemente de su capacidad de pago-, bajo los cuales se aseguraría de manera obligatoria a todas las personas la promoción, protección y recuperación de la salud, de acuerdo a lo plasmado en el Plan Obligatorio de Salud, el

cual es un catálogo de coberturas que ofrece el sistema a sus afiliados, teniendo 2 modalidades, la primera la Contributiva o POS, fijada bajo un esquema de aseguramiento bismarkiano, y la segunda modalidad, Subsidiada conocida como POSS, la cual tiene un modelo de financiamiento mixto, recibe algunos aportes de los afiliados al régimen contributivo, así como algo de subsidios, además de estas modalidades aparece un tercer grupo poblacional que es la población vinculada, aquella que no se encuentra afiliada a ninguno de los dos grupos anteriores –contributivo o subsidiado- los cuales reciben algunas prestaciones asistenciales bajo la modalidad de asistencia social.

El sistema de salud se encuentra conformado por un grupo de entidades articuladas que permiten la operatividad del sistema, la dirección se encuentra a cargo del Estado a través del Ministerio de la Protección Social, la Comisión Nacional de Regulación de Salud, el consejo Nacional de seguridad Social en Salud, y el Fondo de Solidaridad y Garantías (último como un fondo donde se manejan la mayoría de los recursos del sistema), además de entidades administradoras y prestadoras, en donde encontramos a las Entidades Promotoras de Salud –afiliadoras- y las Instituciones Prestadoras del Servicio o IPS, las cuales deben asegurar la prestación del servicio de salud como mínimo bajo los parámetros contenidos en los POS, servicios para los cuales una persona debe cumplir con unos requisitos básicos mínimos, como son el de la afiliación, el del pago de cuotas moderadoras o copagos cuando se exija, así como el pago de las cotizaciones en tiempo cuando se trata del régimen contributivo.

3.3.2. El régimen contributivo

El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador.

3.3.2.1. Afiliados:

Al régimen contributivo se deben afiliar en calidad de cotizante, de acuerdo con las normas vigentes, los nacionales o extranjeros, residentes

en Colombia, vinculados mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas, incluidas aquellas personas que presten sus servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país; los servidores públicos; los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos, así como los trabajadores independientes, los rentistas, los propietarios de las empresas y en general todas las personas naturales residentes en el país con capacidad de pago.

La afiliación otorga automáticamente el derecho a los cotizantes a incluir al núcleo familiar básico que está compuesto por el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado, no pensionados, que dependan económicamente de éste.

El servicio se presta a través de las Entidades Promotoras de Salud, EPS:

Las Entidades Promotoras de Salud, EPS, son las entidades encargadas de realizar el aseguramiento de la población afiliada al régimen contributivo.

En este sentido, la EPS deben realizar la afiliación de los cotizantes y sus grupos familiares, asumiendo el deber de administrar su riesgo en salud y de prestar los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud –POS- directamente (a través de sus IPS) o indirectamente (mediante contratación con terceros).

Las personas afiliadas al régimen contributivo tienen derecho a recibir un conjunto de prestaciones en salud definidas de manera explícita en el Plan Obligatorio de Salud POS.

Sus contenidos son definidos por la Comisión de Regulación en Salud (CRES) y el POS comprende acciones de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de

la enfermedad, en los diferentes niveles de complejidad así como el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica.

3.3.2.2. Cobertura económica

Adicionalmente los afiliados cotizantes tienen derecho a recibir prestaciones económicas en caso de incapacidad por enfermedad general y licencia de maternidad y/o paternidad.

Incapacidad por enfermedad general. Cuando la incapacidad es superior a tres días la EPS reconoce al afiliado cotizante una prestación económica que es equivalente a una porción del ingreso mensual del trabajador 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.

El pago de los tres primeros días de incapacidad, son asumidos por el empleador.

3.3.2.3. Licencia de maternidad

Se otorga a toda trabajadora cotizante en estado de embarazo y consiste en un descanso remunerado en la época del parto de 12 semanas. Se reconoce en este periodo una prestación equivalente al 100% del ingreso de la trabajadora por dicho tiempo. El Sistema de Seguridad Social lo asume siempre y cuando la mujer haya cotizado de manera ininterrumpida durante todo el periodo de gestación.

Cuando ha existido mora, la EPS efectuará el reconocimiento de la prestación económica de acuerdo con las normas vigentes, siempre y cuando se haya cumplido durante el periodo de la gestación con el pago de la totalidad de las cotizaciones adeudadas, con los respectivos intereses de mora. Si se trata de cotizante que tiene la calidad de trabajadora independiente se reconocerá la licencia de maternidad, siempre y cuando la mora sea de máximo un periodo de cotización y haya pagado la cotización en mora con los respectivos intereses, antes de su reconocimiento.

La licencia de maternidad para las mujeres cotizantes independientes con ingreso igual o inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, se liquidará por la EPS proporcionalmente a los días cotizados que correspondan al período real de gestación de cada trabajadora cotizante, teniendo en cuenta que el máximo a reconocer es de 84 días. Cuando los días cotizados sean inferiores a los días del período real de gestación, el número de días a reconocer será el porcentaje que resulta de dividir el número de días cotizados sobre el número de días reales de gestación. En el evento en que el período real de gestión sea inferior a 270 días y siempre y cuando este período corresponda con los días cotizados, la EPS reconocerá el máximo de licencia, o en forma proporcional cuando el tiempo de cotización sea menor al tiempo de gestación; con excepción de los partos no viables que se sujetarán en el reconocimiento de la licencia, a lo definido en las normas vigentes sobre la materia.

Licencia de maternidad y la acción de tutela.

Si viene es cierto existen unos requisitos legales para que una mujer pueda acceder a la licencia de maternidad no es menos cierto que la jurisprudencia constitucional ha dado una protección especial en este aspecto y ha determinado que la mujer tiene derecho al pago de la misma cuando se presenta mora por parte del empleador, ya que no es ella la que debe sufrir los desmanes del empleador y de la EPS, en especial ya que esta última tiene mecanismos para realizar el cobro de dichos aportes de una manera expedita.

Por lo anterior en varias sentencias la Corte a ordenado el pago de las mismas e inclusive lo ha determinado aún cuando la mujer no alcanzo a aportar todo el periodo de la gestación.

La Corte ha establecido que la tutela busca garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando éstos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por particulares en los casos que la ley establece, por lo que como el mecanismo de tutela prevé un procedimiento preferente y sumario, destinado a brindar protección inmediata y si bien es cierto que la trabajadora podría acudir a la jurisdicción ordinaria, no es menos cierto que en

sendos fallos la Corte Constitucional ha dado protección a este derecho ya que ha considerado que cuando se niega el reconocimiento del pago de esta prestación, se presume que hay una vulneración del derecho fundamental al mínimo vital de la madre y su hijo recién nacido³¹.

Por cuanto el alto tribunal considera que la madre y el hijo son sujetos de especial protección constitucional que, por lo mismo, requieren atención de parte del Estado para salvaguardar su mínimo vital y sus condiciones de vida dignas, y los medios debido a la falta de agilidad en la resolución de los proceso no son los idóneos para garantizar el cumplimiento efectivo de sus derechos³².

Así mismo la Corte en sus últimos fallos sobre este tema ha indicado que existen dos eventos en los cuales se presume la vulneración del mínimo vital, los cuales son: (1) cuando la madre devengue el salario mínimo legal y (2) cuando éste sea su única fuente de ingresos. En tales supuestos le corresponde a la E.P.S. demostrar que con el no reconocimiento del pago de la licencia no se está afectando las condiciones de subsistencia de la madre y su hijo recién nacido³³

Ahora en cuanto al tiempo de cotización interrumpida durante todo el periodo de gestación, la Corte ha señalado que este requisito no puede ser aplicado de manera absoluta desconociendo el caso particular de cada solicitante.

Por lo que ha dicho que, “así, cuando el juez constitucional constate que, si bien no se cumple completamente el requisito, la mujer ha cotizado razonablemente al sistema, de acuerdo a sus condiciones, y existe una vulneración del mínimo vital, debe proceder a proteger los derechos fundamentales de la mujer y del recién nacido interpretando la regulación de una manera conforme a la Constitución.”³⁴

31 Corte Constitucional, Sentencia T-475 del dieciséis (16) de julio de 2009, MP. Jorge Iván Palacio Palacio

32 Ibidem

33 Ibidem

34 Corte Constitucional, Sentencia T-1223 del cinco (5) de diciembre de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Bajo la consideración anterior, la Corte, atendiendo a la racionalización de los recursos del Sistema, ha aplicado el reconocimiento del pago completo o proporcional de la licencia de maternidad, el cual, depende del número de semanas que haya cotizado la madre solicitante.

Al respecto la sentencia T-1223 de 2008³⁵, sentó las siguientes reglas:

“Cuando la mujer que solicita el pago de la licencia de maternidad tiene un Ingreso Base de Cotización inferior a un salario mínimo y ha cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud un periodo inferior a la duración de su gestación. En este caso, la compensación opera de la siguiente manera:

Si ha dejado de cotizar hasta diez semanas, procederá el pago completo de la licencia.

Si ha dejado de cotizar once o más semanas, procederá el pago proporcional de la licencia conforme al número de semanas cotizadas en relación con la duración del periodo de gestación.”

En todo caso, para la Corte no es aceptable el argumento de no haber cotizado ininterrumpidamente durante el periodo de gestación, para que las E.P.S. nieguen el reconocimiento del pago de la licencia de maternidad.

Por lo que en cada caso el juez debe hacer un análisis del caso particular y si se observa la vulneración al mínimo vital se debe atender a su protección inmediata.

3.3.2.4. Licencia de paternidad

Hoy y con las diferentes declaratorias de inexequibilidad de algunos artículos de la ley 755, se puede afirmar que el padre del nacido vivo tiene derecho a 8 días hábiles de licencia remunerada de paternidad, lo anterior ya que la corte declaro inexequible en Sentencia C-174-09 de 18 de marzo

35 MP. Manuel José Cepeda Espinosa

de 2009³⁶, el aparte normativo que reglaba que debían estar cotizando los 2 para poder recibir este beneficio.

Por lo que ya sólo es necesario que el padre reúna los requisitos.

Para hacer uso de esta licencia se debe acreditar la condición de padre³⁷ La licencia remunerada de paternidad aplica para los hijos del cónyuge o compañera permanente sin que sea relevante el tiempo de convivencia, solo se debe acreditar la calidad de padre acreditado con el registro civil de nacimiento así mismo y según la sentencia de la Corte Constitucional C-663 de 2009³⁸, la EPS sólo puede exigir 36 semanas de cotización en el entendido que sólo será exigible el número de semanas que dure el periodo de gestación.

3.3.2.5. Cotizaciones

El régimen contributivo se financia de manera exclusiva con las cotizaciones que pagan los empleadores y trabajadores y las personas con capacidad de pago.

Los trabajadores y personas con capacidad de pago que se afilien al régimen contributivo deberán cotizar el 12,5% sobre sus ingresos, los cuales no podrán ser inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. Cuando se trata de trabajadores dependientes, la cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. La base mínima de cotización es igual a 1 salario mensual legal vigente y el tope máximo es de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Existe un aporte de solidaridad que equivale al uno punto cinco (1,5) de la cotización el cual se traslada a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado, el cual se toma de la cotización del 12,5%.

El aporte de los pensionados es del 12% de la respectiva mesada pensional.

36 M.P Dr. Jorge Iván Palacio

37 Corte constitucional Sentencia C-273-03 de 1 de abril de 2003, M. P Dr. Clara Inés Vargas Hernández.

38 M.P Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

3.3.2.6. De los copagos y cuotas moderadoras

Los afiliados cotizantes y los beneficiarios deberán pagar en algunos casos, cuotas moderadoras, las cuales han sido diseñadas para racionalizar el acceso a los servicios de salud.

Los afiliados beneficiarios deberán pagar para acceder a algunos servicios de salud un copago, que tiene como propósito ayudar a cofinanciar el valor del servicio.

El monto de los copagos y cuotas moderadoras que deben pagar los afiliados, se encuentran definidos de la siguiente manera:

VALOR DE LAS CUOTAS MODERADORAS			
Niveles	Ingreso Base de Cotización	Porcentaje	Valor Cuota Año 2010
Nivel I	Menos de 2 SMMLV*	11,7% sobre un SMDLV**	\$ 2.100
Nivel II	Entre 2 y 5 SMMLV	46,1% sobre un SMDLV	\$8.300
Nivel III	Más de 5 SMMLV	121,5% sobre un SMDLV	\$ 21.700

*SMMLV Salario mínimo legal vigente. Para el año 2011 es \$535600

** SMDLV Salario mínimo diario legal vigente.

VALOR DE LOS COPAGOS POR EVENTO				
Niveles	Ingreso Base de Cotización	Porcentaje	Sin Exceder	Máximo Pago Año 2011
Nivel I	Menor a 2 SMMLV*	11,5% de las tarifas pactadas entre EPS e IPS	28,7% del SMMLV	\$153.717

Nivel II	Entre 2 y 5 SMMLV	17,3% de las tarifas pactadas entre EPS e IPS	115% del SMMLV	\$615.940
Nivel III	Mayor de 5 SMMLV	23% de las tarifas pactadas entre EPS e IPS	230% del SMMLV	\$1.231.830

*SMMLV: Salario mínimo mensual legal vigente.

Ejemplo: Si usted gana en el 2011 un salario mínimo mensual (\$536.500), se ubica en el nivel I (menos de 2 SMMLV), por lo que el valor máximo a pagar por cada uno de los beneficiarios durante este año por concepto de copago en un mismo evento, es del 28,7%, es decir \$153.717 pesos.

3.3.3. Régimen subsidiado

El régimen subsidiado consiste en la posibilidad que las personas que no tienen capacidad pago, puedan afiliarse al sistema general de seguridad social en salud.

3.3.3.1. Afiliados

Se pueden afiliar todas las personas que no tienen una relación laboral o capacidad de pago para pertenecer al régimen contributivo y que han sido identificadas mediante la aplicación de una encuesta como potenciales beneficiarios de subsidios sociales (SISBEN). En la actualidad se encuentran como prioritarios los niveles 1 y 2 de SISBEN.

La afiliación otorga automáticamente el derecho a los cotizantes a incluir al núcleo familiar básico que está compuesto por el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que hagan parte del núcleo fami-

liar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.

El servicio se presta a través de las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado EPSS, las cuales son las encargadas de realizar el aseguramiento de la población que se afilie al régimen subsidiado.

por lo anterior las EPSS deben encargarse de la afiliación de los cotizantes y sus grupos familiares, asumiendo el deber de administrar su riesgo en salud y de prestar los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado –POSS- directamente (a través de sus IPS) o indirectamente (mediante contratación con terceros).

3.3.3.2. Cobertura en salud

Los beneficiarios del régimen subsidiado tienen derecho a recibir un conjunto de prestaciones en salud definidas de manera explícita en POSS.

Cuando el afiliado requiere servicios de salud no cubiertos en el POSS, debe acudir al ente territorial para que se garantice su atención a través de la red pública.

3.3.4 Los Copagos y cuotas de recuperación

Los afiliados deberán pagar en algunos casos copagos y cuota de recuperación, los cuales han sido diseñados para racionalizar el acceso a los servicios de salud y para cofinanciar el valor del servicio demandado.

3.3.4.1 De los Copagos

Los afiliados al Régimen Subsidiado clasificados en el nivel 1 del Sisbén están exentos de copagos³⁹.

39 Ley 1122 artículo 14 literal g

Para el nivel 2 del Sisbén, el copago máximo es del 10% del valor de la cuenta, sin que el cobro por un mismo evento exceda de la mitad de un salario mínimo legal mensual vigente; es decir, para el año 2011, lo máximo que debe pagar es \$267.800.

3.3.4.2 De las cuotas de recuperación

Las cuotas de recuperación se aplican a:

- Población no asegurada –vinculados– que acudan a servicios de salud en los hospitales públicos o privados con quien tengan contrato;
- Afiliados al Régimen Subsidiado que reciban atenciones por servicios que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.
- Afiliados al Régimen contributivo que reciban atenciones por servicios que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

El valor de las cuotas de recuperación se pagan según la clasificación por listado censal y según los niveles fijados por el Sisbén, teniendo en cuenta el valor de las tarifas pactadas por el ente territorial competente con las IPS.

La población identificada en el nivel 1 del Sisbén o incluidas en los listados censales paga un 5% del valor de los servicios, sin exceder el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, por la atención de un mismo evento, entendida como el manejo de una patología específica del paciente en el mismo año calendario⁴⁰.

En el nivel 2 del Sisbén se pagara un 10% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Y para la población identificada en el nivel 3 de Sisbén pagan hasta un máximo del 30% del valor de los servicios, sin exceder el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, por la atención de un mismo evento.

40 Acuerdo 260 de 2004.

Para una mejor ilustración téngase en cuenta la siguiente tabla

VALOR DE LA CUOTA DE RECUPERACIÓN POR CADA SERVICIO			
Niveles	Porcentaje por cada servicio	Máximo a pagar	Valores año 2010
Nivel 1	5%	1 SMMLV*	\$535.600
Nivel 2	10%	2 SMMLV	\$1.071.200
Nivel 3	MÁXIMO 30%	3 SMMLV	\$1.606.800

*SMMLV: Salario mínimo mensual legal vigente.

Ejemplo: Si a usted le realizan un procedimiento cuyo valor total es de \$100.000 y se encuentra en el nivel 2 del Sisbén, solo deberá pagar \$10.000, pero, si durante un año calendario le realizan varios procedimientos que superan el \$1.030.000, usted no está obligado a pagar el excedente.

3.4. DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE VINCULADOS⁴¹:

Se determina que el régimen especial de vinculado e aplica a personas pobres y vulnerables que, por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado, tienen derecho a los servicios de atención en salud que presten las IPS públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

Entre ellos se encuentran

- Personas identificadas en el nivel 1, 2 y 3 del Sisbén no afiliados al régimen subsidiado.

41 Ley 100 artículo 157

- Población no identificada por Sisbén, a la que se le aplica el “instrumento de identificación provisional para la atención como participante vinculado”, en cada una de las instituciones de la red pública.
- Población especial: indígenas, indigentes, menores en abandono, núcleo familiar de la madre comunitaria, población desmovilizada, reinser-tada o reincorporada, población inimputable y población encubierta.
- Afiliados al régimen subsidiado, para la prestación de servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, eventos NO POSS
- Personas afiliadas al régimen contributivo que no tienen capacidad de pago y acudan a instituciones públicas o privadas que tienen contratos con el Estado para la atención de procedimientos, activi-dades, tratamientos y medicamentos no POS. La atención que se les presta a dichas personas es en su calidad de vinculados.

Los pagos que debe realizar la población no vinculada son las cuotas de recuperación y su valor depende de su condición:

Sisbén	Cuota de Recuperación	Límites de las Cuotas
0 (población especial)	0%	Se atiende el 100%
Nivel 1	5%	Hasta 1 SMMLV por un mismo evento
Nivel 2	10%	Hasta 2 SMMLV por un mismo evento
Nivel 3	30%	Hasta 3 SMMLV por un mismo evento
Instrumento provisional Presisben	30%	Hasta 3 SMMLV por un mismo evento

3.5 APUNTES SOBRE DE LA LEY 1438 DE 2011

Antes de entrar a observar algunos de los aspectos que considero relevantes de la nueva ley quisiera ser reiterativa en señalando que la Constitución de 1991 y los avances del desarrollo de la jurisprudencia han dado una relevancia a un derecho social fundamental como es el de la salud.

Fue así como el derechos Constitucional ha determinado que como consecuencia lógica de un Estado Social de Derecho se debe dar una protección irrestricta al derecho a la salud, que normativamente esta desarrollado en la ley 100 de 1993, la ley 1122 de 2007, sentencia T-760 de 2008, y la ley 1438 de 2011, sobre la cual haré algunos comentarios.

Por lo anterior se partirá entonces y sin vacilación determinando que el derecho a la salud es sin duda un derecho fundamental, tal como quedo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008⁴² y por consiguiente debe protegerse, ya que él en convergen derechos fundamentales tales como; la protección a la vida, a la integridad personal y a la dignidad humana, y como se estableció en la Unidad I los mimos se encuentra elevados a una categoría especial, y han sido determinado como sujetos de especial protección, a aquellos individuos a los cuales se les quebranta sus derechos.

Como ya lo se ha señalado en otros apartes la salud no es solo la ausencia de afectaciones o enfermedades, sino que es un estado de bienestar, físico, mental y Social. Definido de esta forma por la Organización mundial de la salud.

Tal como lo hemos sostenido y se determino por la ley 100 de 1993 el Sistema de Salud, es un sistema dual, compuesto por dos regímenes el contributivo y subsidiado, que se diferencian en la capacidad de pago del afiliado, dándole derecho a lo que conocemos o conocíamos como plan obligatorio de salud), POS, mediante el cual se accede a unos beneficios del sistema.

En la ley 1438 una de las principales avances se establece en la figura de la portabilidad establecida en el artículo 22, la cual instituye que las EPS deben garantizar los servicios en todo el territorio nacional, sin que tenga

42 M.P. Manuel Cepeda

importancia en qué lugar del país nos encontramos lo cual hace que las EPS realicen de manera obligatoria convenios con la finalidad que los usurarios del servicio lo puedan tener en cualquier lugar, este era una de las situaciones más sentidas de la población, ya que si no consultaba en la ciudad en la cual residía se le negaba la atención excepto que fuera una urgencia.

Otra medida que beneficia a los usuarios pero que podría ser regresiva en cuanto a la racionalización del sistema es la estipulada en el artículo 55, en el cual se establece que ya no se cancelan multas por inasistencia a citas.

Y como otro de los avances puede decirse que en el artículo 32 en el cual se determina la forma en la cual debe ser atendida una persona que no esté afiliada al sistema.

Ahora existen algunas críticas a la ley, por ejemplo la ley establece la sostenibilidad del sistema, la cual se infiere de los principios establecidos en la ley en los artículos 3.7 y 3.13 y en donde prima la atención por la EPS, más que el concepto del médico tratante, y el procedimiento exclusivo dentro de las EPS, entonces al parecer queda invalidado que los prestadores del servicio de salud, tales como los médicos independientes, su presencia sea abolida dentro del sistema de seguridad social.

Pero uno de los interrogantes que deben aclararse es si se va haber una verdadera asistencia en salud ya que pregonan la ley que las decisiones que se adopten en salud deben consultar criterios de sostenibilidad y estabilidad fiscal, y parece que el resultado de este postulado podrá ser la limitación al acceso a la salud.

Y frente a esta posibilidad no será que de paso se cercena el mecanismo constitucional de la tutela, porque recordemos que en pensiones una de las bases teórico jurídicas que ha establecido la Corte para negar derechos pensionales tiene que ver con esta figura.

Ahora haciendo una mirada rápida podemos observar que como lo manifestamos con la reforma de la ley 1429 de 2010, se estimula a los empleadores con beneficios a los empleadores por contratar a trabajadores menores de 28 años y mayores de 40 años, ya que los aportes que realicen

dichas empresas se podrán descontar tributariamente, beneficio para la promoción de la ley de primer empleo y la generación de empleo para mujeres mayores de 40 años, pero la reforma de la salud en su artículo 51 obliga a las personas naturales, tales como contratistas, y inclusive trabajadores independientes, empresas unipersonales y SAS, ha realizar retención en la fuente del aporte a la salud, esto significa que además de pagar el ciento por ciento de la cotización, que actualmente está en el 12.5 %, deberá agregar la suma correspondiente por reterfuente, aumentando con ello el valor a pagar de forma mensual, y la falta de pago hará que sean evasores de impuestos, delito severamente castigado, todo, para buscar que no haya evasión por parte de los contratistas.

Y además la reforma establece la posibilidad de extender esta norma a los demás a portes del sistema de seguridad social.

En lo que tiene que ver con la “permanencia en el régimen subsidiado” es difuso de asimilar ya que en la ley 1122 de 2007, cuando una persona se al régimen subsidiado y sí entraba al sector productivo mediante un contrato de trabajo se le suspendía el subsidiado e ingresaba al contributivo, pagando los partes y recibía los beneficios de este régimen.

Pero obsérvese que en el artículo 46 de la ley 1429 de 2010, dice “Los beneficios derivados de los programas que utilicen como criterio de identificación y focalización el Sisbén no podrán suspenderse dentro del año siguiente al que el beneficiario haya sido vinculado por un contrato de trabajo vigente. No obstante el cupo del beneficiario del Régimen Subsidiado en Salud se mantendrá hasta por los dos (2) años siguientes a la vinculación laboral”.

Y la norma era comprensible debido a al fenómeno de la multifiliación, pero la ley 1438 en el artículo 35 determinó que los trabajadores, aquellos laboralmente activos podrán permanecer en el régimen subsidiado, siempre y cuando el empleador pague los aportes a la EPS destinando los mismos al fosyga.

Para concluir creo que la nueva reforma si bien es cierto tiene varias bondades, la misma también al parecer genera contradicciones en situaciones que ya estaban calaras y determinadas en la legislación.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

- Con base en una noticia de coyuntura analizar las ventajas y desventajas del sistema de seguridad social en Colombia
- Presentar un cuadro analítico con las ventajas y desventajas del sistema de régimen pensional en Colombia

Ae

AUTOEVALUACIÓN

Caso 1: “Hernán Tapias sufrió un accidente de trabajo, en el año 2007 el cual fue reportado a la ARP, del mismo se derivaron varias incapacidades, se calificó con una pérdida de capacidad laboral del 25%, y se pagó la indemnización, pero en el año 2009 nuevamente consulto debido a que al parecer tenía secuelas del accidente, por lo anterior el médico tratante ha generado incapacidades desde el 16 de junio de 2009 hasta la fecha, en principio sus EPS le pagó incapacidades, pero luego de 60 días le manifestaron que la lesión era de origen profesional y debía asumir las incapacidades la ARP, pero la ARP dice que como ellos pagaron la indemnización por pérdida de capacidad laboral, ya no tiene cubrimiento. El aún este en tratamiento médico, el único sustento que tiene es su trabajo, pero la empresa le dice que ellos lo tiene afiliado y que no están obligados a responderle por las incapacidades”. Con base en lo expuesto resuelva:

- ¿Cuál es la entidad responsable del pago de las incapacidades?
- ¿Cuáles serían los derechos en los cuales usted basaría una acción de tutela?

Caso 2: “El señor ALFONSO LEIVA ZAMBRANO (q.e.p.d), conyugue la señora JUDITH ZORAIDA BLANCO DE LEIVA, murió el día 13 de octubre del año 1996, ella en

su calidad de conyugue supérstite y representante para esa época de su hijo ALFONSO LEYVA BLANCO, quien nació dentro del matrimonio el 30 de marzo de 1983, se presentó a reclamar la pensión de sobreviviente el día 11 de noviembre del año 2004.

A la fecha de la muerte el señor Alfonso Leiva Zambrano (Q.E.P.D), tenía más de 900 semanas de cotización las cuales habían sido cotizadas antes del 1 de abril de 1994. El seguro social niega la pensión basado en el hecho que no tenía 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la muerte, así mismo niega la indemnización sustitutiva ya que estaría prescrita según el artículo 50 del decreto 758 de 1990". Considerando lo anterior resuelva:

- Puede recurrirse a la aplicación de lo preceptuado en el acuerdo 049 y el decreto 758 de 1990 para este caso con la finalidad de obtener una pensión de sobreviviente. Argumente su respuesta
- Es cierto que la señora no tendría derecho al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente? Exponga sus argumentos al respecto

CASO INTEGRADO INTEGRADOR PARA LOS MÓDULOS DE CIUDAD BOLÍVAR

María Rodríguez trabaja en la empresa de acrílicos azules como auxiliar de servicios generales, para lo cual sirve los tintos en ese lugar y hace labores de mensajería por un salario de \$400.000 mensuales. Ella no firmó contrato, por lo que no le pagan las prestaciones sociales ni la afiliaron a la seguridad social en pensiones y salud. En vista de que se encuentra en muy difícil situación económica, todos los días pasa por la caja de la empresa y toma “prestado” sin que nadie se dé cuenta \$5.000 para los gastos diarios.

Un día, hubo cambio de jefe, quien desde el momento en que llegó le quitó las tareas propias de la mensajería y se las cambió por el aseo del lugar, pues consideró que una mujer no ofrece mayor seguridad al llevar papeles muy importantes y transportar dinero para el pago de los recibos en los bancos. Por el contrario, las tareas propias de la limpieza son desempeñadas perfectamente por las mujeres. El nuevo jefe consideró que por la facilidad con el que se cumplen las tareas asignadas a María, debe reducirse el salario a \$300.000 mensuales.

Al llegar a su casa muy triste por lo sucedido y con menor salario al que venía recibiendo, el esposo de María le pegó y le quitó los niños por no entregar la totalidad del salario y esconder una parte del mismo.

Golpeada y adolorida, María fue a la caja de la empresa y ahora tomó \$200.000, los que pretendía entregar a su esposo para que le permita ver a los niños. Sin embargo, un compañero de trabajo vio lo sucedido y lo informó a las autoridades.

El caso de María integra todos los módulos que se trabajarán en el proyecto de desconcentración de los servicios

de justicia en la localidad de Ciudad Bolívar y permite analizar, en forma sencilla, los múltiples escenarios en los que la justicia ofrece una respuesta eficaz para defender los derechos y exigir los deberes de los colombianos.

Guía de preguntas de acuerdo con el módulo:

- ¿Qué modalidad de contrato tiene María?
- ¿Cuáles derechos resultan vulnerados a María laboralmente?
- ¿Cuales derechos se le han violado a María en cuanto a la seguridad social?
- ¿Es Justo el salario que se le pagaba a María?
- ¿Qué puede hacer María resolver este conflicto?
- ¿Ha sido María discriminada por el hecho de ser Mujer?
Si no por que
- ¿Reconoce en el caso citado alguna situación de discriminación? ¿Sí, no, por qué?
- ¿Qué formas de violencia considera se han ejercido en este caso en contra de María?

B

BIBLIOGRAFIA SELECCIONADA

AHUMADA FARRIETA, Juan. El verdadero significado de la flexibilización del mercado laboral. En: revista Deslinde (CEDETRABAJO). Número 32. Bogotá, nov. – dic. 2002

ARBOLEDA, Valencia José Enrique “Intermediación del empleo y agencias del trabajo temporal” en ACTUALIDAD LABORAL, Número 81, Mayo-Junio de 1997. Editorial Legis. Bogotá 1997

BLANCO RIVERA, Oscar Andrés, “Criterios para evitar abusos de la tercerización”, en Revista DERECHO SOCIAL, número 59, Noviembre de 2005. Colegio de Abogados del Trabajo.

BLANCO, Rivera Oscar Andrés “El Contrato individual de trabajo” en EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL – REALIDAD Y PROYECCIONES, Colegio de Abogados del Trabajo. Editorial Legis. Bogotá 1998. Primera Edición.

CARDONA, Marleny. Los Jóvenes en el Mundo del Trabajo: Un Análisis de la Estructura Laboral en Medellín y Manizales 2001-2003. Ponencia presentada en el IX Congreso Nacional de Sociología. Bogotá, 2006

CILLERO, Miguel. “Interés Superior del Niño en la Convención sobre Derechos del Niño”. En: Infancia, Ley y Democracia. 1998.

Comité Interinstitucional para la Erradicación del Trabajo Infantil. De Sol a Sol. Plan Nacional de Acción para la Erradicación del Trabajo Infantil y la Protección de los Jóvenes Trabajadores 2000-2002. Bogotá, Febrero del 2000

DE LA GARZA T, Enrique. La construcción socioeconómica del mercado de trabajo y la reestructuración productiva en México. Centro de Biblioteca virtual CLACSO. (2001).

DE LA GARZA, Enrique “Del Concepto ampliado de Trabajo al de Sujeto Laboral Ampliado” en Teorías Sociales y Estudios del Trabajo. Barcelona: Anthropos.2006

DE LA GARZA, Enrique. (2006a) “¿Hacia donde va la Teoría Social?” en Tratado Latinoamericano de Sociología. Barcelona: Anthropos.

FARNÉ, Stefano (2001) “La Calidad del Empleo en Colombia” Cuadernos de Trabajo, No. 3: Bogotá: Universidad Externado de Colombia

GONZALEZ CHARRY, Guillermo, “Derecho Laboral Colombiano. Relaciones Individuales”, X Décima Edición. Legis Editores. Bogotá, 2004.

HERRERA VERGARA, José Roberto, “Rediseño de la Subordinación Laboral para el nuevo tiempo”, en Revista DERECHO SOCIAL, número 59, Noviembre de 2005. Colegio de Abogados del Trabajo.

IRANZO, Consuelo Y RICHTER, Jacqueline La subcontratación laboral. Bomba de tiempo en contra de la paz social. Caracas: Centro de Estudios del Desarrollo (Cendes) – Universidad Central de Venezuela. 2005

PASCO, Cosmópolis Mario “Evolución y tendencias de la constitucionalización de los derechos laborales en América Latina” en EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS DE LAS RELACIONES LABORALES EN COLOMBIA Colegio de Abogados del Trabajo. Bogotá 2006. Primera Edición.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Curso de Derecho Laboral, T.II", Vol I Montevideo.1978. RODRÍGUEZ ORTEGA, Julio Armando, "El Salario". Editorial Leyer. Bogotá, 2002.

ROJAS, Javier, Informe Especial "El salario integral: avance o retroceso", en Revista ACTUALIDAD LABORAL, número 118, julio-agosto de 2003, páginas 4-9. Editorial Legis. Bogotá 2003

ROJAS, Javier, Informe Especial "Cooperativas de Trabajo Asociado: En busca del rumbo perdido", en Revista ACTUALIDAD LABORAL, número 125, septiembre-octubre de 2005, páginas 4-9. Editorial Legis. Bogotá 2004

ROJAS CHAVES, Armando Mario, "Aspectos Legales y Jurisprudenciales sobre la Intermediación laboral", en Revista ACTUALIDAD LABORAL, número 125, septiembre-octubre de 2005, páginas 10-15. Editorial Legis. Bogotá 2004.

ROMERO MONTES, Javier. "Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano, Libro homenaje a Américo Plá Rodríguez."

UGARTE CATALDO, José Luis. "El nuevo derecho del trabajo". Editorial universitaria. Santiago de Chile.

Junio de 2011

