



SELLO EDITORIAL
CORUNIAMERICANA

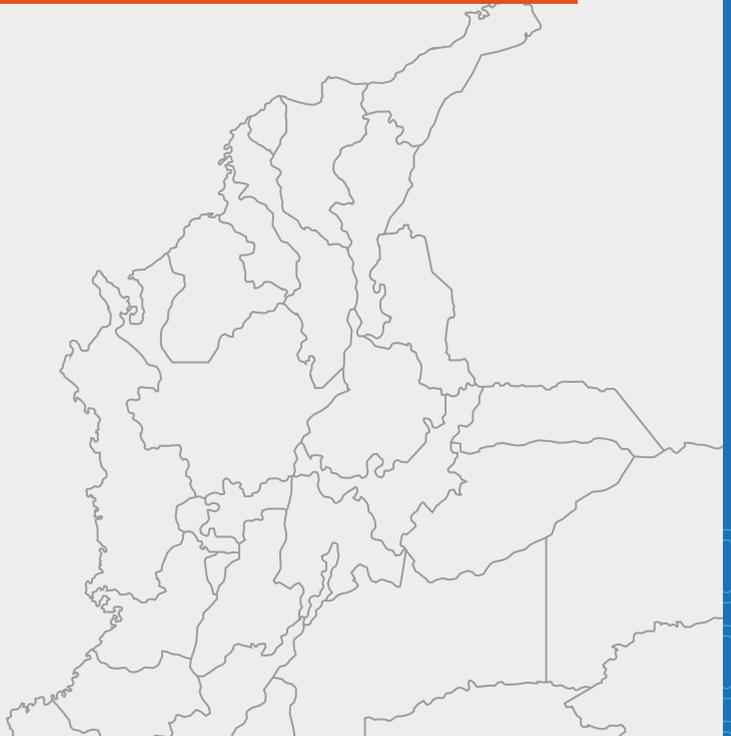
DERECHO LABORAL **COLOMBIANO**

ALGUNOS ASPECTOS TUITIVOS DEL DERECHO LABORAL

APUNTES Y REFLEXIONES CONTEMPORÁNEAS PARA UNA PEDAGOGÍA PROSPECTIVA DEL DERECHO

COMPILADOR:

LUIS FERNANDO
AHUMADA MEDINA



DERECHO LABORAL COLOMBIANO
ALGUNOS ASPECTOS TUITIVOS DEL DERECHO LABORAL
APUNTES Y REFLEXIONES CONTEMPORÁNEAS PARA UNA
PEDAGOGÍA PROSPECTIVA DEL DERECHO

Compilador:

Luis Fernando Ahumada Medina

Autores:

Luis Fernando Ahumada Medina

Alcira Isabel Muñoz Osorio

Jairo Alberto García Oñoro

Catalina Morales Duque

Francisco Bustamante

Libro resultado de investigación, realizado a partir del trabajo colaborativo entre grupos de investigación y el desarrollo de propuestas que contribuyen al fortalecimiento de los indicadores de generación de nuevo conocimiento en el área del Derecho.

Derecho laboral colombiano : algunos aspectos tuitivos del derecho laboral, apuntes y reflexiones contemporáneas para una pedagogía prospectiva del derecho / Luis Fernando Ahumada Medina ... [y otros cuatro] ; compilador Luis Fernando Ahumada Medina --
Barranquilla: Corporación Universitaria Americana, 2021.

153 p. ; 17*21 cm.

ISBN: 978-958-5512-72-6

1. Derecho laboral colombiano -- Protección. 2. Derecho laboral colombiano -- Reflexiones. 3. Asociación sindical -- defensas laborales. 4. Salario mínimo -- Garantías. -- Corporación Universitaria Americana. I. Ahumada, Luis Fernando. II. Muñoz Osorio, Alcira. III. García Oñoro, Jairo. IV. Morales Duque, Catalina. V. Bustamante Montero, Francisco. Comp. I. Luis Fernando Ahumada Medina.

344.01861 D431 2021 cd 21 ed.

Corporación Universitaria Americana-Sistema de Bibliotecas

Corporación Universitaria Americana©

Sello Editorial Coruniamericana©

ISBN: 978-958-5512-72-6

DERECHO LABORAL COLOMBIANO: ALGUNOS ASPECTOS TUITIVOS DEL DERECHO LABORAL APUNTES Y REFLEXIONES CONTEMPORÁNEAS PARA UNA PEDAGOGÍA PROSPECTIVA DEL DERECHO

Compilador:

©Luis Fernando Ahumada Medina

Autores:

© Luis Fernando Ahumada Medina, © Alcira Isabel Muñoz Osorio, © Jairo Alberto García Oñoro,

© Catalina Morales Duque, © Francisco Bustamante

Presidente

JAIME ENRIQUE MUÑOZ

Rectora Nacional

ALBA LUCÍA CORREDOR GÓMEZ

Vicerrector Académico Nacional

MARIBEL YOLANDA MOLINA CORREA

Vicerrector de Investigación Nacional

ASTELIO DE JESÚS SILVERA SARMIENTO

Director Sello Editorial

JUAN CARLOS ROBLEDO FERNÁNDEZ

Sello Editorial Coruniamericana

selloeditorialcoruniamericana@coruniamericana.edu.co

Diagramación y portada: Kelly J. Isaacs González

1a edición: 2019-12-12

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma o por medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, u otro, sin previa autorización por escrito del Sello Editorial Coruniamericana y de los autores. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Corporación Universitaria Americana y da cumplimiento al Depósito Legal según lo establecido en la Ley 44 de 1993, los decretos 460 del 16 de marzo de 1995, el 2150 de 1995, el 358 de 2000 y la Ley 1379 de 2010.

- 5** Prólogo
- 8** Introducción
- 10** LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y SALARIO MÍNIMO VITAL Y MÓVIL
Luis Fernando Ahumada Medina, Alcira Isabel Muñoz Osorio & Jairo Alberto García Oñoro
- 53** EL CONTRATO DE TRABAJO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO
Catalina Morales Duque
- 112** SALARIO Y OTRAS FORMAS DE REMUNERACIÓN
Alcira Isabel Muñoz Osorio
- 132** DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO EN VIRTUD DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL Y SU EFECTO EN LA ESTABILIDAD LABORAL
Luis Fernando Ahumada Medina & Francisco Bustamante Montero

La Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Corporación Universitaria Americana presenta una colección de textos pedagógicos que buscan fortalecer los procesos de formación de los estudiantes de derecho, a través de una reflexión sobre los principales temas de cada una de las áreas del derecho, con una mirada prospectiva desde lo pedagógico.

Los ejes estratégicos sobre los que descansa la acción de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, responden a una lectura integral, interdisciplinaria y actual del derecho y de sus retos y necesidades. Desde el eje **estratégico de derechos humanos**, se busca poner al derecho en función de un garante del reconocimiento, exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos. El derecho, en su más amplia denominación, se concreta en la garantía de los derechos humanos. Esto a su vez, fortalece la democracia y consolida la acción del individuo, en el contexto de vivir en sociedad.

Este eje estratégico implica que, el proceso pedagógico del derecho se dirija a la promoción, al ejercicio y a la acción en perspectiva de derechos humanos, esto es, que la dimensión de cada derecho se concrete en acciones que superan la mirada tradicional de las áreas del derecho o de las divisiones entre derecho procesal y derecho sustantivo, o el derecho público y el derecho privado.

La forma en que se materializa este eje estratégico es la de analizar el contenido y alcance de cada derecho, para entender cómo se hará exigible desde las políticas públicas o la acción del gobierno, o en caso de que se vulneren, cómo será su respectiva judicialización. Esta lectura enriquece los derechos humanos y fortalece el rol del ciudadano, en la medida en que recupera la dimensión del ejercicio de los derechos humanos, como titular de los mismos. Un valor agregado de esta mirada es la focalización hacia las acciones afirmativas para la protección de los sujetos de especial atención constitucional, como los niños y niñas, los jóvenes, las mujeres, la comunidad LGBTI, las personas en condición de discapacidad, las comunidades étnicas, las personas mayores, entre otros.

Un segundo eje estratégico es la paz y a la convivencia ciudadana. Esta dimensión se fundamenta en la acción, en la concreción y en el sentido del derecho en la práctica. Los abogados egresados de la Corporación Universitaria Americana son agentes de paz y de convivencia ciudadana, saben resolver los conflictos y hacen uso del derecho para promover la convivencia pacífica. Un ciudadano con formación jurídica es el aliado para establecer en el entorno la dimensión ética, cívica, justa y solidaria que se requiere para que la convivencia sea pacífica. El conflicto no desaparece, precisamente porque está asociado a la condición humana

que interactúa. Pero lejos de desconocerlo, los abogados americanistas, están en capacidad de identificarlos y, de esta forma, pueden promover la alternativa más pacífica para su solución.

El derecho debe ofrecer esa dimensión de acción que se concrete en la vida cotidiana y que el medio litigioso sea una alternativa, no la única. Por eso, la necesidad de promover la competencia de identificar los problemas, los actores que entran en ese proceso de solución y, así, la mejor forma de resolverlo, entendido por mejor, la forma más pacífica que materialice la acción ciudadana de los involucrados, es decir, la ejecución de actos realizados por actores relevantes que conocen sus derechos, sus obligaciones y plantean escenarios en los que se puedan beneficiar todas las partes involucradas.

El tercer eje **estratégico es la transformación social**. El entorno de nuestra comunidad educativa, representada en mayor medida por sus estudiantes y luego, egresados, debe transformarse, a medida que los estudiantes avanzan en su proceso de formación y aprendizaje del derecho. El derecho, como ciencia social aplicada, debe modificar el entorno. Su transformación no es aspiracional, desde las diferentes funciones sustantivas de la educación superior, esto es, la docencia, la investigación y la proyección social, se materializan acciones transformadoras.

El ejercicio del derecho, desde su proceso pedagógico, transforma los entornos. Esa apuesta estratégica se fortalece con las discusiones que se hacen desde las aulas, los proyectos de investigación que se realizan y, sobre todo, de las acciones resultantes de la proyección social, como son, la gestión del Consultorio Jurídico y el Voluntariado Social, en el que participa la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, en conjunto con la dirección de Proyección Social.

Estas apuestas estratégicas se aterrizan en la planeación de la formación superior, en cada uno de sus funciones. Desde la docencia se actualizan de forma permanente los syllabus para incorporar nuevos debates, actualizaciones o posiciones jurídicas de los altos tribunales o del derecho internacional o comparado que lo retroalimentan. De la investigación, los grupos de investigación están dirigidos a hacer investigación aplicada que permita una lectura real de las problemáticas, de cara a resolver de forma puntual, así como generalizada, para el tipo de muestra o universo que se aborde, respectivamente. Y desde la proyección social se conocen esas nuevas problemáticas, esos nuevos roles del ciudadano y del sujeto de derechos, para ser abordado desde diferentes ópticas del derecho.

Los abogados de la segunda década del Siglo 21, son o serán diferentes a los

abogados de la tercera década del mismo siglo. El derecho evoluciona, las categorías para interpretarlo también, por lo que esta serie busca traer los debates más álgidos e importantes para fortalecer el proceso pedagógico de cada una de las asignaturas que hacen parte del plan de estudios del pregrado en Derecho, de forma prospectiva.

Esta serie busca fortalecer el contenido agrupado por debates relacionados con un área disciplinar, con una visión holística, ciudadana, pragmática y prospectiva que permitirá cualificar el proceso pedagógico de los abogados de la Corporación Universitaria Americana.

La serie estará conformada por seis textos: derecho privado, derecho penal, derecho procesal, derecho público y derecho laboral. Se complementará con algunas reflexiones sobre cada uno de los ejes estratégicos mencionados, y el enfoque desde las humanidades. Esperamos que esta colección sea útil para todos nuestros estudiantes y docentes, y en general, para toda la comunidad que busca graduarse como abogado.

Mireya Camacho Celis

Decana Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales
Corporación Universitaria Americana.

Esta obra refleja un serio estudio de cada uno de los temas tratados, brindando al lector a través de un lenguaje claro y coherente la oportunidad de mirar el derecho del trabajo desde un punto de vista axiológico; toda vez que parte del desarrollo de principios como la igualdad, y la garantía de salario mínimo vital y móvil, sin obviar la categoría de derechos humanos que estos ostentan, y los fundamentos constitucionales, jurisprudenciales, así como los instrumentos internacionales que los reconocen y garantizan.

Con particular importancia y profundidad se aborda el tema del empleo en Colombia, reconociendo que la garantía del mismo en condiciones dignas y justas es factor determinante para generar satisfacción y bienestar general; pero las diferentes coyunturas como el narcotráfico, las políticas neoliberales de flexibilidad laboral, los escandalosos niveles de desigualdad social, el conflicto armado y sus efectos en la población civil, sin lugar a dudas obstaculizan proscriben o desmejoran las condiciones mínimas de oportunidades laborales; lo que impone la necesidad de implementar políticas destinadas a conjurar tal problemática, por lo que el empleo en el posconflicto adquiere un papel preponderante.

Se reconoce en la obra la importancia del contrato de trabajo como el vínculo inescindible del derecho laboral, haciendo una explicación muy pedagógica de cada uno de los aspectos que lo enmarcan, tales como clases y formas, causales de terminación, entre otros, así mismo se trata mediante una forma sistémica el tema del salario y los elementos que lo componen y los que no hacen parte del mismo, reflejo de una recta interpretación normativa y los acertados aportes de los autores.

Este texto de derecho laboral titulado **ALGUNOS ASPECTOS TUITIVO DEL DERECHO DEL TRABAJO**, fue elaborado con fines académicos, el cual es resultado del conocimiento, experiencia profesional, pedagógica, académica e investigación que realizaron los autores acerca de estos temas del derecho del trabajo.

Con el objetivo de brindar una herramienta de consulta y estudio tanto a discentes como a profesionales del derecho, acerca de algunos temas específicos del derecho laboral individual colectivo, se abordaron estos tópicos bajo una interpretación holística e integradora del derecho positivo, con la constitución nacional, la jurisprudencia vinculante, los convenios de la OIT, y demás instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

A su vez; esta obra tiene un enfoque humanístico y social puesto que los temas desarrollados se explican desde una perspectiva axiológica del trabajo

como un derecho humano, así entonces parte del desarrollo de dos principios fundamentales del derecho laboral, siempre respetando el valor tuitivo del mismo y el reconocimiento internacional de las garantías mínimas que le son propias, al tiempo que se dispuso un título especialmente a explicar el papel del empleo en el crecimiento económico; las vicisitudes del trabajo humano durante el conflicto armado y su necesario protagonismo en el posconflicto.

Se elabora una importante explicación del principio de libertad sindical desde un enfoque como derecho humano y las garantías que ello conlleva, en especial la de no discriminación en materia de derecho de asociación sindical, por cuanto ello es de vital importancia para la reivindicación de otros derechos no menos importantes, y en suma mejorar las condiciones de trabajo orientadas a que estas sean realmente decentes y humanas.

Finalmente, y con el objeto de valorar que efectivamente se cumpla con el fin propuesto con este texto académico, se plantean premisas orientadas a que el lector infiera el razonamiento o conclusión más acertada, frente a un silogismo integrado por conceptos, posturas y líneas interpretativas.

Luis Fernando Ahumada Medina

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y SALARIO MÍNIMO VITAL Y MÓVIL

Luis Fernando Ahumada Medina*

Alcira Isabel Muñoz Osorio**

Jairo Alberto García Oñoro***

* Abogado, Universidad Libre de Barranquilla. Magister en Derecho Laboral y Seguridad Social, Universidad Libre de Barranquilla. Asesor jurídico empresarial. Docente Tiempo Completo Corporación Universitaria Americana. Email: lahumada@coruniamericana.edu.co.

** Abogada, universidad Simón Bolívar. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Libre. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social, Universidad Libre. Magister en Derecho Administrativo, Universidad Simón Bolívar. Abogada Litigante en el área de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Conciliadora, Docente universitaria, Auxiliar de la Justicia inscrita como Perito y Curadora Ad litem. Correo Institucional: amunoz@coruniamericana.edu.co.

*** Político Universidad de Los Andes. Master en Ciencias Humanas y Sociales, Universidad París del Este. Magister en Desarrollo Social, Universidad del Norte. PhD (c) Política y Gobierno, Universidad Católica de Córdoba, Argentina. Email: jgarciao@coruniamericana.edu.co

RESUMEN

La igualdad de oportunidades como principio del derecho del trabajo consagrado en el artículo 53 de la C.N., es una clase derivada del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la norma superior, pero a su vez es desarrollo del Convenio 111 de la OIT sobre discriminación en materia de empleo y ocupación. Esta norma de valor axiológico conlleva a una prohibición general de no discriminación en el empleo, por razones de sexo, género, raza, nacionalidad, edad, condición económica, física, psíquica, sensorial entre otras circunstancias, de tal suerte que como norma mínima laboral propende precisamente por lograr un trabajo realmente humano, justo y decente. La garantía de salario mínimo, vital y móvil, aplicada e interpretada con una concepción holística y bajo el criterio de derecho humano pro homine, se torna en uno de los medios con eficacia para contra restar la pobreza extrema, la desigualdad, la desnutrición infantil, el analfabetismo y en general los diferentes problemas que aquejan a la población más vulnerable de la sociedad, por lo que es preciso no solo entender su alcance sino los medios jurídicos idóneos para su protección y garantía.

Palabras clave: Principios constitucionales del derecho del trabajo, garantía, piso mínimo, igualdad, conflicto armado, desempleo, informalidad.

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

El trabajo, concebido como un derecho humano abarca una serie de indemnidades que le son propias, pero al ser este un factor determinante en la economía de mercado y desarrollo de un país, se expone a diferentes intereses que menoscaban la dignidad humana y conlleva al deterioro de la calidad de vida del hombre y la mujer trabajadora. Tal coyuntura ha sido foco de desigualdades sociales, lo que ha generado la imperiosa necesidad de garantizar un piso mínimo de protección, puesto que en términos de la constitución de la OIT: “la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social” (1919).

Es por ello que resulta de una importancia mayúscula el estudio de aquellos principios de valor jurídico que otorgan una acertada interpretación de las leyes del trabajo y, que garantizan ese piso mínimo de derechos a los trabajadores, partiendo de los principios constitucionales, los cuales se fundamentan y son desarrollo de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad y facilitan una interpretación sistemática, armónica y garantista, en pro precisamente de la tan anhelada justicia social.

Se erige el principio constitucional de igualdad de oportunidades, en un derecho fundamental con el que se busca la no discriminación en el ámbito laboral, lo cual se concreta estableciendo un piso mínimo de protección y garantía bajo las mismas condiciones para todos los trabajadores; estableciendo diferencias solo de manera objetiva y bajo criterios razonables, sin que se limite este principio a quienes se encuentren vinculados mediante un contrato de trabajo, para lo cual deberá entenderse que se extiende a los trabajadores del sector público, a los extranjeros que laboren en Colombia o ejecute un contrato laboral celebrado en el territorio nacional e incluso bajo determinadas circunstancias, al que pertenece al “mundo del trabajo” en sentido genérico.

Esta norma orientadora consagrada en el artículo 53 de la Constitución Nacional, es reflejo de la obligación internacional establecida en el artículo 9 de la Constitución Política, en virtud del principio “pacta sunt servanda”, adquirida por el estado al ratificar el Convenio 111 de la OIT, aprobado por la ley 22 de 1967 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, el cual hace parte de la legislación interna amén del inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución Política. A su vez, integra la norma constitucional, puesto que los convenios que reconocen y desarrollan derechos humanos en el ámbito laboral, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y prevalecen en el orden interno con fundamento en el artículo 93 de la CP. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C - 191 de 1998).

Por si fuera poco, el Convenio 111 de la OIT es una norma internacional con categoría especial, ya que hace parte de uno de los 8 convenios de la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1.998, los cuales son de obligatoria observancia para todos los Estados miembros de la OIT, aún sin haberlos ratificado, con un atributo especial según Vega Ruiz y Daniel Martínez (2002) quienes señalaron: “Los derechos que éstos reconocen se conciben como prioritarios a los demás ya que proporcionan los instrumentos necesarios para luchar libremente por la mejora de las condiciones de trabajo individuales y colectivas” (p.16).

En consecuencia, se constituye esta indemnidad de “igualdad de oportunidades” no solo en un principio de categoría constitucional en virtud del bloque de constitucionalidad, sino de naturaleza esencial universal puesto que el convenio 111 de la OIT ha sido declarado como fundamental por la Conferencia Internacional del Trabajo, el cual según señaló el organismo internacional impone a los estados miembros unas obligaciones:

Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (art 2).

En cuanto a la aplicación de este principio, la Corte Constitucional mediante sentencia C-221 de 1992, reiteró que el Convenio 111 de la OIT “Sobre la discriminación (empleo y ocupación)” (1.958), “permite establecer distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para el empleo; el cual es según la Corte, fuente de derecho de aplicación directa en virtud del Art. 53 de la Constitución política”.

No obstante, la aplicación de tratos diferenciales en materia de empleo y ocupación se rige por una subregla establecida en la citada sentencia, como señaló Ahumada (2018):

A su vez se establece una subregla en cuanto a la aplicación del principio de igualdad, aclarando que no es dado aplicar una normatividad diferente a supuestos iguales; y en consecuencia se precisa una regulación diferente a supuestos distintos y, solo el trato es disímil si está razonablemente justificado (p. 55).

La igualdad de oportunidades en el ámbito del trabajo es el justo desarrollo

de la igualdad como valor fundante de nuestro ordenamiento jurídico en sentido genérico, contenido desde el preámbulo de nuestra carta magna y como uno de los principios y fines democráticos del estado social de derecho, determinados como tal en los artículos 1º y 2º de la C.N., siendo este el fundamento axiológico-jurídico de su reconocimiento como un derecho fundamental establecido en el artículo 13 de la C.N. y como un principio de orden legal del derecho del trabajo en el artículo 10 del Código Sustantivo del Trabajo:

Igualdad de los trabajadores y las trabajadoras. Todos los trabajadores y trabajadoras son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, en consecuencia, queda abolido cualquier tipo de distinción por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, el género o sexo salvo las excepciones establecidas por la ley (CST, art, 10).

La igualdad salarial como valor orientador de las relaciones laborales, parte como apéndice del principio de igualdad de oportunidades y, del concepto genérico del derecho fundamental a la igualdad. Figueroa (1999) señaló al respecto:

...Por su parte, el principio de igualdad en el campo salarial, conocido como “A trabajo igual salario igual”, parte del supuesto de que la discriminación salarial atenta contra la igualdad como derecho fundamental inherente a la relación laboral. Lo cual implica, en otras palabras, que habría discriminación cuando ante situaciones iguales se da un trato jurídico (salarial) diferente... (p.75).

En tal virtud, la premisa “a trabajo igual salario igual” no solo es un imperativo de orden legal desarrollado en el artículo 143 del CST., sino que como valor jurídico laboral debe entenderse como apéndice del derecho a la igualdad de oportunidades y del derecho fundamental a la igualdad reconocido en el artículo 13 superior y obviamente como desarrollo de Convenio 111 de la OIT, el cual deberá aplicarse conforme el criterio de la jurisprudencia constitucional determinado en la sentencia C-091 de 1993. La Corte señaló:

...En principio habrá discriminación cuando ante situaciones iguales se da un trato jurídico diferente”, y en consecuencia puede haber salarios distintos, siempre que la distinción sea razonable, en términos de cantidad y calidad de trabajo; y sea objetiva y rigurosamente probada por el empleador... (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-071 de 1993).

La igualdad de oportunidades en materia laboral, adquiere mayor relevancia tratándose de aquellos sectores de la sociedad que históricamente han sido relegados

por razones de sexo, nacionalidad, origen étnico, estrato socioeconómico religión, limitación física, psíquica o sensorial, entre otros aspectos; toda vez que frente a tratos discriminatorios de cualquier índole, urge la necesidad de garantizar un mínimo de valores en el ámbito del mundo del trabajo en aras de reducir las desigualdades sociales, económicas, el margen de pobreza, para asegurar una vida digna a todas las personas, así como lograr una sociedad más justa y pacífica. Es por ello que ha sido una preocupación constante del sistema internacional de derechos humanos y del trabajo, reconocer la discriminación histórica que ha sufrido la mujer, así como los malos tratos de que han sido objeto los menores de edad en materia laboral y tomar medidas para conjurar tales circunstancias.

En el caso de la discriminación en materia laboral hacia la mujer y la garantía de igualdad de oportunidades como medio para conjurarla, la Corte Constitucional a través de la sentencia C-586 de 2016 reconoció la fuerza vinculante de los diferentes tratados y convenios internacionales que imponen la prohibición de tratos discriminatorios hacia la mujer y obligan a los estados a ajustar la legislación interna en ese sentido:

...la Corte, diferenció entre los niveles y los sistemas de protección de los derechos humanos, abordando desde allí las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que prevén la regla de prohibición de trato discriminado a las mujeres, enumerando las convenciones y documentos vinculantes para Colombia. La Sala recordó que se trata de derecho vigente, que es exigible judicialmente y adicionalmente identificó dos grupos de normas: los artículos específicos que contienen la regla de prohibición de trato discriminado a las mujeres, y las reglas que establecen las obligaciones de respeto y garantía que tienen los Estados partes, especialmente aquellas que obligan ajustar su legislación interna, a los mandatos y prohibiciones contenidos en las convenciones internacionales, referenciando la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem do Pará; y el Convenio 111 de la OIT.

Esta obligación internacional para Colombia al haber ratificado dichos tratados, se formaliza en la cláusula general de no discriminación establecida en el artículo 13 superior y en el artículo 43 de la carta suprema al establecer específicamente:

La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio

alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (Const., 1991, art. 43).

En el escenario estrictamente laboral, la materialización del principio igualdad de oportunidades y consecuentemente la no discriminación hacia la mujer, pese a ser un imperativo internacionalmente adquirido hace varios años, solo hasta el año 2011 se legisló en la materia en el ámbito laboral a través de la ley 1496 del 29 de diciembre de 2011: “Por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones”, la cual modificó el artículo 10 del CST, al establecer el principio de igualdad entre trabajadores y trabajadoras, garantiza la misma protección y garantías a ambos sexos; y a su vez prohíbe “cualquier tipo de distinción por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma a retribución, el género a sexo salvo las excepciones establecidas por la ley (ley 1496, 2011, art. 2).

Otra de las problemáticas que no ha sido ajena al ordenamiento jurídico internacional como el interno en materia de igualdad de oportunidades en el ámbito laboral, es la relacionada con la no discriminación en el empleo por limitaciones físicas o psíquicas. Así, el convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, en su artículo 2 establece: “todo miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad”. A su vez la ley 361 de 1997 en su artículo 26 modificado por el artículo 137 del Decreto 19 de 2012, señala:

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 del Ministerio del Trabajo (Ley 361, 1997, art. 26; Decreto 19, 2012, art. 137).

De la garantía de igualdad de oportunidades aplicada a los trabajadores que padecen limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales se deriva el principio de estabilidad laboral reforzada de persona en estado de debilidad manifiesta por razones de salud. Al respecto lo explicó la Corte Constitucional en sentencia T-041 de 2019:

DESPIDO DE TRABAJADORES DISCAPACITADOS SIN AUTORIZACIÓN

DE LA OFICINA DEL TRABAJO-Carga de la prueba corresponde al empleador/ DESPIDO DE TRABAJADORES DISCAPACITADOS SIN AUTORIZACIÓN DE LA OFICINA DEL TRABAJO-Presunción de desvinculación discriminatoria

Cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado “la presunción de desvinculación laboral discriminatoria”, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T - 041 de 2019).

Es evidente que la igualdad de oportunidades como valor inspirador de instrumentos internacionales como la constitución de la OIT y el convenio 111 que conlleva a la consecución de un trabajo realmente humano y decente, se constituye también en uno de los pilares en los que se soporta nuestro ordenamiento jurídico y como un principio superior orientador y de aplicación obligatoria para una correcta interpretación de las leyes frente a posibles casos de discriminación en materia laboral.

2. EL PRINCIPIO DEL SALARIO MÍNIMO VITAL Y MÓVIL

Para comprender este principio constitucional resulta de trascendencia reconocer y diferenciar el concepto de salario mínimo y salario mínimo vital, partiendo de su reconocimiento legal, jurisprudencial y constitucional, lo que implica el estudio de la normatividad internacional que lo desarrolla la cual hace parte del bloque de constitucionalidad, e identificar las normas destinadas a su garantía y protección.

Dicho lo anterior, vale la pena señalar la descripción legal del salario mínimo del artículo 145 del C.S.T.: “Salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural”, es una modalidad de salario que según lo estableció la Corte Constitucional a través de sentencia SU 995 de 1999: se trata “...una retribución mínima del trabajo, pues esta es la contraprestación menor aceptable para la jornada legalmente establecida, de las labores que no requieren calificación alguna”... (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia SU 995 de 1999).

Se identifica pues el concepto de salario mínimo con el rubro que percibe un trabajador no calificado por la prestación de su servicio y con el cual austeramente puede suplir sus necesidades más esenciales y la de su familia. Sin embargo, debe distinguirse el salario mínimo contractual, convencional o arbitral del salario mínimo

legal; por cuanto el contractual obedecerá al valor que se determine en el contrato individual de trabajo, el convencional o arbitral se establecerá en virtud de un conflicto colectivo del trabajo, mientras que el salario mínimo legal es fijado anualmente de manera concertada por la comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales, o en su defecto por decreto presidencial, como lo dispone el artículo 56 de la C.N. y el artículo 8 de la ley 278 de 1996.

Aclarado lo anterior, la garantía de salario mínimo vital se debe observar desde dos perspectivas. La primera como el derecho fundamental que tiene todo trabajador no calificado que labore la jornada máxima legal a que se le cancele un sueldo por lo menos igual al salario mínimo legal y en consecuencia cualquier retribución que esté por debajo, se considera como una violación a las garantías fundamentales de los trabajadores, en especial al derecho fundamental al mínimo vital y en suma, al derecho al trabajo en condiciones dignas, entendido este además como un derecho humano.

La segunda mirada del principio del salario mínimo vital, debe dirigirse ya no a identificar el concepto de salario mínimo desde la perspectiva legal y objetiva, sino desde el ámbito personal, psicológico y social, por cuanto busca asegurar ya no la contraprestación económica mínima legal de los trabajadores no calificados, bajo parámetros estrictamente objetivos como lo es la fijación anual que del mismo hace la comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales, o en su defecto por decreto presidencial, sino la garantía del salario mínimo vital como aquel valor con el que ecuanímente y bajo criterios razonables el trabajador puede llevar un vida digna, de acuerdo a las circunstancias particulares, valor que no se limita al valor del salario mínimo legal.

El hecho de que el concepto de mínimo vital no se circunscribe ni limita al de “salario mínimo” del CST, se fundamenta en los principios democráticos que inspiraron nuestra carta magna, puesto que de acuerdo a tales axiomas es este un derecho fundamental y por supuesto un derecho humano, así lo explicó la Corte Constitucional mediante sentencia SU 995 de 1999:

Si bien ciertos criterios económicos permiten fijar un salario mínimo, como base ineludible para la negociación colectiva o individual del salario entre las partes de una relación laboral, ésta es una medición que no agota el aludido concepto de mínimo vital protegida por la Constitución, ni puede identificarse con él sin dar al traste con la cláusula del Estado Social de Derecho y desnaturalizar el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 Superior. En efecto, cada individuo que ingresa al mercado laboral -independientemente del estrato que ocupe-, recibe una retribución económica que, en principio, constituye la base de los gastos de manutención que

plausiblemente espera cubrir y de las carencias que aspira superar. De ahí, que la idea de un mínimo de condiciones decorosas de vida (v.gr. vestido, alimentación, educación, salud, recreación), no va ligada sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU 995 de 1999).

Bajo estos parámetros, el principio de salario mínimo vital es un derecho de primer orden que guarda relación con el derecho a la igualdad, al trabajo y a la vida digna, que como piso mínimo de garantías propende por el reconocimiento económico de por lo menos el salario mínimo legal a los trabajadores no calificados y a los trabajadores que por su cualificación, experiencia y calificación profesional devenguen salarios superiores al mínimo legal, se les ha de garantizar al menos un sueldo que corresponda a tales aspectos. De lo contrario estaríamos frente a la violación de un derecho fundamental susceptible de ser protegido mediante acción de tutela: así lo manifestó la Corte Constitucional: mediante sentencia SU 995 de 1999:

...No corresponde a una efectiva protección de los derechos a la igualdad y al trabajo, la idea de limitar la protección judicial del derecho al salario por vía de tutela, a la cuantía que corresponde a la definición hecha por el legislador de una retribución mínima del trabajo, pues ésta es, por definición legal, la contraprestación menor aceptable para la jornada legalmente establecida, de las labores que no requieren calificación alguna; es a partir de esa base que estructura el ordenamiento vigente la escala de remuneración para los servidores públicos, y es a partir de ella que se deben negociar o concertar los salarios en el sector privado. Si el juez de amparo ignora esa realidad, y escoge el criterio cuantitativo más deficiente para limitar a él la procedencia de la tutela, no sólo desconoce las necesidades de un vasto sector de la población para el que el salario, si bien superior al mínimo, también es la única fuente para satisfacer las necesidades personales y familiares, sino que utiliza su criterio subjetivo para introducir un tratamiento discriminatorio, precisamente en el procedimiento judicial consagrado por el Constituyente para hacer efectivo el derecho a la igualdad, y los demás que son fundamentales. Además, resulta claro que para los trabajadores, los ingresos que reciben por concepto de salario son el resultado justo de la ejecución de una relación contractual, en la que ellos han cumplido las obligaciones y deberes que les corresponden, de modo que resulta lógico, proporcionado y éticamente plausible, exigir también del empleador, la realización completa de sus compromisos a través de la cancelación cumplida de lo que en derecho y justicia les debe (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU - 995 de 1999).

Este principio no se agota en la garantía de que cada trabajador sea retribuido por el servicio prestado mediante el pago de un salario mínimo vital, en atención al valor de su trabajo, sino que se extiende a que el pago sea oportuno, que no sea objeto de descuentos no autorizados por el trabajador o prohibidos por la ley laboral (CST, 2019, art. 149 y 150), el régimen de inembargabilidad del salario mínimo y las 4/5 partes que superen el mínimo (CST, 2019, art. 154 y 155), prohibición de trueque (CST, 2019, art. 136), irrenunciabilidad y prohibición de cederlo (CST, 2019, art. 142), a trabajo igual salario igual (CST, 2019, art. 143), que su valor abarque todos los factores salariales que lo integran, entre otras garantías.

Frente al salario mínimo vital, resulta importante señalar que el concepto de salario y los elementos que lo integran, desde una perspectiva axiológica jurídica no ha de limitarse descripción legal, toda vez que como garantía fundamental e incluso como derecho humano deberá interpretarse bajo una concepción más flexible y holística, toda vez de su eficaz aplicación, se deriva la satisfacción de otros derechos no menos importantes, como la vida digna, la salud, el libre desarrollo de la personalidad, la seguridad social, la manutención, la familia, entre otros.

En ese sentido, lo ha interpretado la Corte Constitucional mediante sentencia T 260 de 1994, en la cual no solo se reconoce la vigencia del convenio 095 de la OIT “sobre protección al salario” sino que garantiza la misma protección a las prestaciones sociales Al respecto Ahumada (2018) comentó:

...para la Corte la protección constitucional a las prestaciones debe ser la misma que se le da al salario, su efectividad se fundamenta no solo en los artículos 1o, 2o, 25, 53, 58 de la Constitución Política, sino que estos se interpretan y complementan con el Convenio No. 95 de la OIT, (Const., 1991, arts. 53 y 93), para el caso de la protección al salario y lo debido al finalizar la relación laboral (p. 46).

A su vez en esta sentencia no solo se extiende la protección del salario a las pensiones, en aras de garantizar el pago oportuno y reajuste periódico de las mismas, sino que incluso estas son incluidas en el concepto de salario, determinando el reconocimiento de la indexación por vía de tutela, por el retardo irrazonable en el pago de la prestación por parte de la Administración, ello sustentado en el artículo 53 de la C.N. : “El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”, entendido el término “pensión”, no en un concepto restringido, sino que se entiende como “valor-trabajo”, o sea, a todas las remuneraciones debidas al terminar la relación laboral; ello en consonancia con el artículo 12 del Convenio No. 95 de la OIT.

Por su parte en la citada sentencia de la Corte Constitucional SU 995 de 1999, se explicó que la garantía del pago cumplido del salario, deberá identificarse no con la definición restringida del mismo a nivel legal, sino con la expresión extensiva de este reconocida en los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en especial convenio 95 de la OIT “Sobre protección al salario”:

...para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que, por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado. Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho.

Otro derecho inherente al principio del mínimo vital es la movilidad salarial, que se justifica en la equidad y la justicia social, puesto que es más que lógico que frente a factores económicos como el índice de inflación y el costo de vida, que afectan directamente el poder adquisitivo y la devaluación de la moneda, tanto los salarios como las pensiones se actualicen de tal forma que los efectos deficitarios de la moneda afecten mínimamente el poder adquisitivo de los trabajadores.

La necesidad de mantener movilidad salarial, tiene relación directa con el derecho a la vida digna, por cuanto ello es la mínima garantía para que los trabajadores satisfagan otros derechos fundamentales, así lo señaló Guerrero (1999):

Por lo que el salario vital mínimo debe variar de acuerdo con las modificaciones del costo de vida” El salario móvil, en otros términos, tiene por finalidad mantener el poder adquisitivo de los salarios, que permitan satisfacer el consumo de las cosas necesarias y el goce de los bienes indispensables para una vida dignamente aceptable (p 76 - 77).

En Colombia este principio de movilidad salarial está garantizado sólo a los trabajadores que devenguen el salario mínimo legal, conforme el inciso 2º del parágrafo

del artículo 8 de la ley 279 de 1996 y a los servidores públicos, según lo establece el inciso final del artículo 4º de la ley 4ª de 1992, sin atención al salario que estos devenguen, es decir, el incremento es obligatorio indistintamente de que ganen el salario mínimo y más del mismo. Pero para los trabajadores del sector privado y según criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al no estar reconocido el derecho a la movilidad salarial en una norma interna, no están obligados los empleadores a realizar el incremento anual y no le es dado a los Jueces de la República reconocer el incremento por vía judicial, lo que constituye una evidente violación al derecho al trabajo en condiciones dignas, igualdad de oportunidades, entre otros principios del derecho del trabajo.

En relación a ello, la Sala de Casación laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 56518 del 9 de abril de 2019 con ponencia de la magistrada Cecilia Margarita Durán expresó:

Reajuste salarial: ha sostenido esta Corporación, que ante la inexistencia de norma alguna que así lo disponga, el reajuste anual de salarios no es procedente cuando el monto devengado supera el salario mínimo mensual legal vigente. (CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36894). Por esa razón, en la liquidación a efectuarse en este caso, en los años 2001 y 2002, dado que para esos periodos su salario era superior al mínimo legal y, para los demás, sería el último, luego no opera reajuste alguno por este concepto (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 56518 de 2019).

Por su parte la misma corporación afirmó la imposibilidad de reconocer el incremento salarial a los trabajadores del sector privado cuyo salario sea superior al mínimo, porque según la Corte Suprema, desborda las facultades de los jueces de la República:

Empero, lo que no es dable a un juez del trabajo ni a ningún otro, es ordenar un incremento salarial que no tiene ningún respaldo en el ordenamiento jurídico vigente, porque la función de los jueces no es legislar, y es distinta también a la de los arbitradores, por eso es contrario a sus atribuciones hacer la ley, ya que su deber, al menos en el derecho positivo colombiano, es aplicarla por cuanto los funcionarios judiciales, en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la Ley, como lo pregona paladinamente el texto 230 de la Carta Política, y lo refuerza aún más al agregar que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 46855 de febrero 2011 reiterada en sentencia 58043 de e 2017).

Contraria a esta postura y dando una interpretación armónica con los principios constitucionales del trabajo, derivados además de las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional reconoció el derecho a la movilidad salarial para aquellos trabajadores del sector privado que devenguen un salario superior al mínimo legal. Así lo determinó la alta corporación en sentencia T-276 de 1997:

En lo que hace a la remuneración y a su periódico reajuste, se trata de dos elementos que conforman, desde el punto de vista constitucional, derechos inalienables de todo trabajador, que correlativamente implican obligaciones ineludibles de los empleadores. Estos no asumen una conducta legítima dentro de la relación laboral cuando pretenden escamotear tales derechos mediante procedimientos destinados a crear situaciones aparentemente ajustadas a la ley, pero en realidad violatorias de ella.... (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-276 de 1997).

Esta tesis de la Corte Constitucional, integradora de los principios universales del derecho del trabajo, desvirtúa el argumento segmentado de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, al negar está la posibilidad del incremento por no estar autorizada en ninguna ley, no obstante a la luz de la jurisprudencia constitucional, la actualización anual de los salarios de los trabajadores del sector privado que devenguen un sueldo superior al mínimo, no se constituye en un incremento propiamente dicho; sino en un derecho a que sus ingresos mantengan el poder adquisitivo, de lo contrario se estaría presentando un enriquecimiento sin justa causa a favor del empleador; así lo recordó la Corte Constitucional en sentencia T-061 de 2018.

3. INDEXACIÓN DE OBLIGACIONES LABORALES

El artículo 53 de la Constitución Política establece como un principio laboral el de la remuneración mínima vital y móvil. Esta disposición implica que la remuneración a la que tiene derecho el trabajador debe garantizar, en condiciones dignas y justas, su existencia material y la de su familia. Además, dicha remuneración debe ser móvil, de modo que siempre guarde equivalencia con el precio del trabajo y mantenga su poder adquisitivo. La Corte Constitucional se ha referido a la movilidad del salario no sólo en casos particulares, sino también en asuntos de política macroeconómica, como lo son las leyes anuales de presupuesto. En sentencia C-1433 de 2000, al estudiarse la constitucionalidad de la ley de presupuesto del año 2000, la Corte señaló sobre la equivalencia que debe existir entre la remuneración y su poder adquisitivo:

“Esta equivalencia debe ser real y permanente, y conseguirla supone necesariamente mantener actualizado el valor del salario, ajustándolo periódicamente

en consonancia con el comportamiento de la inflación, con el fin de contrarrestar la pérdida de su poder adquisitivo, y asegurar que aquél en términos reales conserve su valor.

Estima la Corte que el ajuste del salario, desde la perspectiva señalada, no corresponde propiamente a su incremento, pues, para que exista un incremento en la remuneración, verdadero y efectivo, se requiere que ésta se revise y modifique, aumentándola, luego del ajuste por inflación, teniendo en cuenta los factores reales de carácter socioeconómico que inciden en su determinación y, especialmente, la necesidad de asegurar el mínimo vital y la equivalencia con lo que corresponde al valor del trabajo”.

Posteriormente, en sentencia en sentencia C-1064 de 2001, mediante la cual se estudió la constitucionalidad de la ley de presupuesto del año 2001, la Corte reiteró el reconocimiento del derecho constitucional a mantener el poder adquisitivo del salario, y aunque no estableció un medio único o una fórmula específica para que efectivamente se lograra conservar su poder adquisitivo, concluyó que “la política pública salarial está llamada a propender el mantenimiento del poder adquisitivo de los salarios de los trabajadores y empleados del sector público central”.

Por lo tanto, ha señalado la jurisprudencia constitucional que es deber de los empleadores incrementar anualmente los salarios de sus trabajadores, por lo que el incumplimiento de dicha obligación generaría un enriquecimiento injusto del empleador en detrimento del derecho del empleado a recibir lo justo. Al respecto explicó la Corte Constitucional:

“en una economía inflacionaria, la progresiva pérdida del poder adquisitivo de la moneda causa necesariamente la disminución real en los ingresos de los trabajadores en la medida en que, año por año, permanezcan in modificados sus salarios. Cada período que transcurre sin aumento implica una disminución real de la remuneración y, por tanto, un enriquecimiento sin causa de parte del patrono, quien recibe a cambio la misma cantidad y calidad de trabajo, pagando cada vez menos”

“La posición del empresario en este sentido no puede ser aceptada por la Corte, frente a los derechos constitucionales alegados, por cuanto si bien es cierto en el nivel mínimo se cumple la obligación legal incrementando el salario en la proporción anual plasmada en el respectivo decreto, ello no quiere decir que las demás escalas salariales puedan permanecer indefinidamente congeladas, según la voluntad del patrono, ya que la remuneración de los trabajadores debe ser móvil, es decir, está llamada a evolucionar proporcionalmente, de acuerdo con el aumento en el costo de la vida”.

“En otros términos, ningún patrono público ni privado tiene autorización constitucional para establecer que sólo hará incrementos salariales en el nivel mínimo y que dejará de hacerlos indefinidamente en los distintos períodos anuales cuando se trata de trabajadores que devengan más del salario mínimo”.

“En realidad, en una economía inflacionaria, la progresiva pérdida del poder adquisitivo de la moneda causa necesariamente la disminución real en los ingresos de los trabajadores en la medida en que, año por año, permanezcan in modificados sus salarios. Cada período que transcurre sin aumento implica una disminución real de la remuneración y, por tanto, un enriquecimiento sin causa de parte del patrono, quien recibe a cambio la misma cantidad y calidad de trabajo, pagando cada vez menos”. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-061 de 2018).

En resumen, según criterio de la Corte Constitucional, el derecho a la movilidad salarial inherente al principio de salario mínimo vital y móvil, debe respetarse a todos los trabajadores, incluso a los del sector privado cuyo salario sea superior al mínimo legal, en tal sentido es imperativo que todos los empleadores realicen la actualización de los salarios anualmente, en atención al costo de vida, la pérdida del poder adquisitivo y el índice de inflación, sin que sea de recibo justificar la congelación de los salarios con el argumento de que no hay norma que los obligue a tal circunstancia, cuando bajo el amparo de los principios universales y constitucionales del trabajo, así como los principios básicos que rigen la ciencia económica, no se trata de un incremento, sino de la actualización con el valor deficitario de la moneda. De lo contrario, cada año que transcurra sin que le sea actualizado el salario a un trabajador en relación con la pérdida del poder adquisitivo, este ganaría menos y el empleador pagaría menos por el mismo trabajo, lo que resulta todas luces injusto.

4. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

A través de la historia las personas han sido sometidas a tratos desiguales lo que ha originado grandes luchas. Antes del siglo XVIII, las estructuras político-sociales e incluso las normas apuntaban a una marcada desigualdad entre las personas. La lucha por la igualdad se inicia en este siglo con la revolución independentista norteamericana de 1776 y la francesa de 1789.

El texto de la Red Promotores de Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo “El Derecho a la Igualdad” hace referencia a los antecedentes históricos de este derecho:

“Ya en plena modernidad las revoluciones francesa y norteamericana dan

como resultado la promulgación de la declaración de derechos que establecen la igualdad formal: el principio según el cual la ley debe considerar a todas las personas como iguales en derechos y deberes. Además, el poder del Estado se divide en ramas, las cuales tienen el deber de garantizar dicha igualdad. La declaración norteamericana de independencia de 1776 y francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 consagran la igualdad ante la ley como el supuesto básico para el reconocimiento de ciertos derechos irrenunciables de la persona: el derecho a la vida, la libertad y la felicidad. Ser ciudadano –no ciudadana- es lo que asegura el disfrute de los derechos básicos. A partir de estas revoluciones, la ciudadanía no solo cobija a quienes poseen títulos de nobleza, sino que involucra también a la burguesía”. (Defensoría del Pueblo pág. 18).

A partir de la revolución norteamericana y francesa, empieza la batalla por la igualdad formal, se comienzan a dar tratamientos igualitarios en cuanto a derechos y deberes de las personas y es al estado a quien se le compromete a velar por que se dé la igualdad entre iguales. Entre los años 1786 y 1789 a los burgueses se les otorga el derecho a la ciudadanía, del cual sólo disfrutaban los nobles.

Sin embargo, con la revolución burguesa no se logra la desaparición total de la discriminación, por ejemplo, en el caso de las mujeres y los no propietarios, que quedaron fuera de protección, no se les garantizó la igualdad formal.

Los primeros resultados de las luchas por la igualdad se observan a la mitad del siglo XIX, particularmente, con la abolición de la esclavitud en Estados Unidos en 1863. Después de la segunda guerra mundial se puede decir que hubo cambios en torno a la igualdad para grupos vulnerables, con la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.

4.1. Igualdad formal o igualdad ante la ley

“esta noción es el primer logro obtenido por las revoluciones burguesas y, con posterioridad, por la revolución de la independencia de la Nueva Granada, respecto de la monarquía española. Es importante recordar el influjo que tuvo en dicha revolución la traducción de la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, realizada por Nariño, se trata de un avance con relación al Estado despótico anterior a la modernidad, en tanto la sumisión ciudadana a la voluntad arbitraria del monarca o déspota de turno, fue reemplazada por la sumisión a la voluntad soberana de la ley”. (Defensoría del Pueblo pág., 23).

La promulgación de los derechos del hombre y del ciudadano traducida por

Antonio Nariño es un referente histórico contra las desigualdades e injusticias que se dieron en la Francia de ese entonces. Fue en 1773 que se da la publicación de estos y posteriormente, en 1789, se da su promulgación. Vale la pena mencionar este hecho histórico como avance de los logros obtenidos.

Debe mencionarse también, que el derecho a la igualdad es inherente al ser humano, internacionalmente, este derecho, se encuentra reconocido en instrumentos tales como:

- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).
- Convención Americana sobre Derechos de personas con discapacidad.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

No obstante, si bien es cierto que existe la igualdad como derecho, no es menos cierto que constitucionalmente también existe el principio de enfoque diferencial:

“Es la visión de los derechos de las personas con características particulares por su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad física o mental, que lleva a tener en cuenta sus expectativas, sus creencias, sus capacidades, sus prácticas cotidianas y sus formas de comprender el mundo y relacionarse, a la hora de requerir atención frente a sus necesidades. El enfoque también es importante porque permite el reconocimiento de las vulnerabilidades, riesgos e inequidades que afrontan estas personas o grupos. Por este motivo, para ser aplicado, se deben valorar las diferentes formas de relacionarse, ver, sentir y vivir en este país” (<https://www.icbf.gov.co/>).

“El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad” (El enfoque diferencial y étnico. Ministerio del Interior ISBN: 978-958-8909-38-7 pág. 14).

El enfoque diferencial se reconoce mediante las acciones de tutela, cuando sean vulnerado los derechos fundamentales de las personas con condiciones especiales y que, por lo tanto, son sujetos de especial protección por parte de las autoridades del país.

4.2. Principio de igualdad en la constitución argentina.

La Constitución Argentina establece el derecho a la igualdad en los siguientes artículos:

Artículo 14o.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Este artículo consagra de manera genérica derechos y prerrogativas para todos los habitantes de la República Argentina, con lo que queda establecido de manera implícita el derecho a la igualdad, referente a la libertad de trabajar, de desempeñarse en cualquier actividad lícita, presentar peticiones ante las autoridades competentes, de profesar libremente el culto que cada quien elija, etc.

“Artículo 14o. bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

Este artículo se extiende en el establecimiento del derecho a la igualdad. En concreto, a las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores. Determina

el carácter obligatorio e irrenunciable de la seguridad social. Vale resaltar que este aspecto se encuentra consagrado en la Carta Política colombiana como un derecho irrenunciable, garantizado a todos los habitantes del territorio nacional, en el Artículo 48 de la misma. De igual forma, el 14 bis, consagra las prestaciones sociales a las cuales tienen derecho todos los trabajadores, la jornada limitada y el descanso obligatorio. En contraste, estos últimos derechos y prestaciones mencionados, en Colombia están establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo y no en la constitución. Por el contrario, en lo referente al salario mínimo vital móvil y al derecho a “igual remuneración por igual tarea” que en Colombia es un principio constitucional consagrado en artículo 53 de la Carta Política. Debe resaltarse que, mientras en el 53 de la Constitución colombiana se establece la estabilidad en el empleo de manera genérica, en el 14 bis de la Constitución Argentina, sólo se da la protección para el empleado público. En este último, se garantiza la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.; en tanto que, en Colombia, esto, está consagrado en el Artículo 39 de la C. P.

El Art. 16., el cual establece lo siguiente:

“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales antes la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

Este artículo determina, de manera genérica, la igualdad para todos los habitantes de la República Argentina. En el mismo sentido, el artículo 13 de la C.P. colombiana consagra este derecho fundamental.

4.3. Corte Constitucional colombiana frente al derecho de igualdad

En Colombia han sido numerosos los Fallos que se han proferido por parte de las altas cortes, en cuanto a la protección del principio de igualdad en el empleo, por ser considerado un derecho fundamental contenido en la carta política y en los instrumentos internacionales.

Se hace referencia al artículo publicado en la revista Fórum, titulado “El derecho fundamental a la igualdad laboral”, de autoría del doctor Eduardo Fernández Alonso. Quien hace un análisis partiendo del Artículo 13 de la Constitución Nacional y hace significativos aportes frente al principio de igualdad. Indica lo siguiente:

“En Colombia, la primera formulación de lo “razonable”, para determinar los alcances del concepto de igualdad, la realizó la Corte Constitucional en 1992,

luego desarrolló esta construcción jurisprudencial con las sentencias C-530/93, T-230/94, y C-022 de 1996, pero su implementación ha sido discutible. 4. Sentencias como la C 863/08, C 040/02, C 095/03, C 900/03, C 103/05 y C 1005/05. Revista Departamento de Ciencias Política Facultad de Ciencias Humanas y Económicas Eduardo Fernández Alonso N.O 4, MEDELLÍN, COLOMBIA, JULIO-DICIEMBRE DE 2013, PP. 37-58 4” (Eduardo Fernández Alonso, pág., 39).

Fue después de la constitución de 1991 cuando en Colombia se comenzó a tratar el tema de igualdad, dándose las primeras manifestaciones, al respecto, por parte de la Corte Constitucional, en 1992. Desde ese momento, se comienza con la construcción jurisprudencial en aras de proteger los derechos de las personas que han sido objeto de vulneraciones relativas a este.

Son destacables las Sentencias T 230 de 1994, sentencia hito, base para la protección de este derecho; la T 102 de 1995, referente al aumento salarial de los trabajadores pertenecientes a una organización sindical; la C-250/12, concerniente a la obligatoriedad de trato y en caso diferente, este, debe ser sustentado y justificado; la T 137/00, relativa al pago del auxilio de cesantías para trabajadores accidentales ocasionales o transitorios; la C-339/96 sobre la prueba del trato desigual por parte del empleador, la C-038/04 y la C 825/0623 atinentes a la seguridad social de los trabajadores ocasionales.

Conviene mencionar que, en Colombia, en materia de discriminación, la sentencia inicial se dio en 1995, referente a un caso presentado a 17 sindicalizados que estaban cobijados por la Ley 50 del 90, en cuanto a las cesantías. Ellos alegaron que desde 1991 no recibían aumento salarial y que, al compararse con los demás trabajadores que no pertenecían a la organización sindical, estos, habían tenido un aumento del 28%. En este caso, se probó la discriminación a estos 17 trabajadores, se aceptó la tutela como mecanismo transitorio y se:

“ordena que la empresa “Sucesores de José de Jesús Restrepo y Cía. S.A, en el término de ocho (8) días, reajuste a partir de febrero de 1992, el salario de: Alfonso Ruíz, Adán Moreno Romero, José Arcadio González, José Benjamín Murcia, Isidro Prieto, Luis Emilio Morales Dimaté en un equivalente a la variación porcentual del índice de precios al consumidor para el año inmediatamente anterior a aquél en que se vaya a efectuar el reajuste, mientras se mantenga la relación laboral y hasta tanto quede en firme la sentencia que dictará el Juzgado 16 Laboral de Santafé de Bogotá, dentro del juicio ordinario a que se ha hecho referencia en la parte motiva de este fallo”. (Sentencia T 102 de 1995).

4.4. Sentencias relativas a la discriminación en el trabajo en la República Argentina.

Caso: “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”:

Síntesis de los hechos. Seis trabajadores inician acción en contra de Cencosud S.A., la cual es propietaria de locales comerciales que se denominan como fantasía “Easy”, estos trabajadores sostienen que han prestado sus servicios bajo la pseudo categoría de asesores. Aseguran que el sindicato de empleados de comercio les había negado la afiliación, lo que los llevó a crear, con otros trabajadores, el sindicato de Empleados Jerárquicos de comercio, el cual contó con su respectiva afiliación, el día 30 de marzo de 2006. De esta forma pasaron a integrar la comisión directiva de la institución; le solicitaron a la demandada el pago de las diferencias salariales, lo cual trajo como consecuencia que los directivos obtuvieran una lista de los integrantes de la comisión. Luego de esto, se produjo el despido sin justa causa. Por esto, los afectados al considerar que se trató de un acto atentatorio contra su derecho y actividad sindical, solicitaron reinstalación a sus cargos y un pago económico como reparación.

En primera instancia les fue fallado favorablemente, les concedieron sus pretensiones y La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en mayoría de sus miembros confirmaron este fallo de primera instancia. Este reconocimiento tuvo en cuenta el Art. 1º de la ley 23.592 de Argentina. Posteriormente, se presentó el recurso extraordinario de la vencida. El cual se niega y da lugar a la queja.

Al estudiar el caso se toma en cuenta el Art. 16 de la Constitución Nacional de Argentina que trata lo referente al principio de igualdad y prohibición de toda discriminación; este principio ha sido reafirmado y profundizado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los instrumentos de este que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional. El tribunal decidió teniendo en cuenta la ley 23.592 y Afirmó:

“Que dicha norma prescribe la posibilidad de declarar la ineficacia del acto reprochable, lo cual estaría equiparado al acto jurídico de objeto prohibido (art. 953 del Código Civil) o, incluso, a la figura del abuso del derecho (art. 1071 del Código Civil), de modo que la rescisión decidida por la empleadora no tendría eficacia en razón de su finalidad discriminatoria”

Teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos por las partes involucradas en el conflicto ALVAREZ MAXIMILIANO y OTROS C/CENCOSUD S.A. S.C., el

alto tribunal confirman la decisión de instancia anterior que concedió el amparo y declaró la nulidad del despido de los actores tomando como fundamentos jurídicos la ley 23.592, se ordenó de forma inmediata a los accionantes la reincorporación a sus respectivos puestos de trabajo.

Quedando demostrado, una vez más, que en la República de Argentina se les da importancia y prevalencia a los principios constitucionales y en este caso al principio de igualdad, siempre y cuando los hechos resulten probados por parte de los involucrados en el conflicto.

Caso relevante es el Caso “Pellejero, María Mabel s/ amparo s/”

En este caso de connotación para el Estado Argentino tanto el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, como la Corte Suprema protegieron el derecho fundamental de la peticionaria, basándose tanto en la constitución nacional, como en la norma antidiscriminatoria y los señalamientos que hace Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyo texto es el siguiente.

“Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales, Con dicho propósito, deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental; 2°).” el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional; 3°) ‘ .. el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; 4°) ... el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independiente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*; 5°) ... el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de un carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares”.

Este tribunal acatando las normas tanto internas como internacionales, ha garantizado los derechos de la peticionaria, recordando que el estado tiene la obligación de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el pleno cumplimiento de las normas constitucionales, legales e internacionales. Máxime, cuando el derecho

vulnerado, en el caso referenciado, goza de especial protección internacionalmente y es de obligatorio cumplimiento para los Estados miembros, independientemente de si han adoptado el convenio o no. El principio de igualdad y no discriminación surte efectos erga omnes.

La Corte Americana de Derechos Humanos, en su artículo 1', dispone:

" ... Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos e garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

Estos actos discriminatorios guardan relación con situaciones de carácter religiosos, raciales, orientación sexual, preferencias políticas, estrato social entre otros, los actos discriminatorios a ruego del peticionario y debidamente probados como se ha visto en las sentencias estudiadas quedan sin efecto ya que lo que señala la ley es la protección a igualdad y un no a los tratos o conductas discriminatorias.

El pronunciamiento de la suprema corte en este caso fue el siguiente:

"El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, por mayoría, confirmó la decisión de la anterior instancia (cfse. fs. 367/378) que, al hacer lugar a la acción de amparo, resolvió la nulidad del despido de la peticionaria dispuesto por el Banco Hipotecario SA -por entender probado que fue víctima de discriminación en su carácter de cónyuge del secretario de la Seccional Viedma de la Asociación Bancaria- y ordenó su inmediata reincorporación al cargo".

4.5. Normas internacionales relativas a la discriminación y al derecho a la igualdad en el empleo

"Los primeros instrumentos internacionales vinculantes que fueron adoptados con el objetivo específico de promover la igualdad y eliminar la discriminación fueron el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), y su Recomendación núm. 90. Estos instrumentos se limitaban a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres respecto a la remuneración. Al adoptarse estos instrumentos se reconoció que no se podía conseguir la igualdad de remuneración sin la eliminación de la discriminación en todas las áreas del empleo y que otras causas de discriminación también tenían que ser objeto de prohibición. De esta forma, a estos instrumentos siguió poco después, en 1958, la adopción por la Conferencia Internacional del

Trabajo del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), y la Recomendación núm. 111, que tratan de todas las formas de discriminación en el empleo y la ocupación. Estos instrumentos amparan a todos los trabajadores y prohíben la discriminación de siete tipos (raza, color, sexo, religión, ascendencia nacional, opinión política u origen social”). (Edita y distribuye: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Publicaciones Agustín de Bethencourt, II. 28003 Madrid pág. 78 – 2003)”.

Tanto en Colombia, como en Argentina, se han adoptado dos convenios de la Organización Internacional del Trabajo en los que se ha tocado el aspecto relativo a la igualdad y a la no discriminación. Estos convenios son el número 100 de 1951 y el 111 de 1958, el primero alusivo a la igualdad de remuneración en todas las áreas del empleo y el segundo alusivo a la discriminación en el empleo y la ocupación.

4.5.1. Discriminación.

El convenio número. 111 define la discriminación como “cualquier distinción, exclusión o preferencia (basada en determinados criterios) que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. En la definición relacionada se diferencian tres elementos:

“Un elemento de hecho (la existencia de una distinción, exclusión o preferencia originada de un acto o en una omisión) que constituye la diferencia de trato; un motivo determinante de la diferencia de trato, y el resultado objetivo de tal diferencia de trato (o sea la anulación o alteración de la igualdad de oportunidad”) (Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. 1996).

4.5.2. Discriminación según la Real Academia de la Lengua.

Proviene del lat. *discriminativo*, -ōnis. Acción y efecto de discriminar.

Discriminar: dar un trato diferente a personas que merecerían recibir el mismo trato que otras de su género y que supone beneficiar a unos y perjudicar a otros sin más motivos que la diferencia de raza, sexo, ideas políticas, religión, etc.

4.5.3. Discriminación en el empleo y la ocupación: Convenio núm. 111 y Recomendación núm. 111

- Convenio 111

Según el convenio 111 de 1958. “Ninguna disposición del Convenio o de la

Recomendación limita su campo de aplicación personal o profesional. La eliminación de las discriminaciones en materia de empleo se aplica por lo tanto a todos los trabajadores, tanto nacionales como no nacionales. Se aplica a los trabajadores del sector público y del sector privado”. (Igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación. OIT Pág., 83. 2003).

- Recomendación núm. 111

En numerosos Estados dotados de una legislación apropiada en materia de promoción de la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y de eliminación de la discriminación, la Comisión de Expertos ha constatado que la aplicación práctica de la legislación y de la política nacionales se encuentra todavía con numerosas dificultades. En los Estados en los que la Constitución u otras disposiciones legislativas prohíben explícitamente la discriminación, especialmente la basada en el sexo, la práctica necesita medidas concretas y positivas sin las cuales la consecución de la igualdad resulta imposible. Los factores culturales y económicos están asimismo a la base de prácticas todavía muy habituales de discriminación en materia de acceso al empleo basándose en la raza o a la religión, perpetradas en Estados en donde se establecen reglamentaciones estrictas en esta materia, unidas a sanciones penales. (112 Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo).

- Convenio 100

Igualdad de remuneración. El principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres es objeto del Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), que complementado por la Recomendación núm. 90 presupone un contexto general libre de desigualdades. La relación entre los principios establecidos en el Convenio núm. 100 y los establecidos en el Convenio núm. 111 es primordial a este respecto. El Convenio núm. 111 extiende este principio a otros aspectos en los que se prohíbe la discriminación. Negociaciones. (Igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación PAG. 89, 2003).

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

Este convenio fundamental define la discriminación como «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». En el convenio también se prevé la posibilidad de ampliar la lista de motivos prohibidos previa consulta con los representantes de las organizaciones de trabajadores y empleadores y organismos

pertinentes. En los últimos años, las legislaciones nacionales han incluido una amplia gama de motivos prohibidos adicionales de discriminación, entre ellos, el estado serológico real o supuesto respecto del VIH, la edad, la discapacidad, la nacionalidad, la orientación sexual y la identidad de género. En el convenio se contempla la discriminación en relación con el acceso a la educación y la formación profesional, el acceso al empleo y a determinadas ocupaciones, así como las condiciones de empleo. En él también se dispone que los Estados que lo hayan ratificado formulen y lleven a cabo una política nacional que promueva, mediante métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación al respecto. Tales políticas y las medidas adoptadas en consecuencia deben ser continuamente evaluadas y revisadas con el fin de garantizar que sigan siendo adecuadas y efectivas en un contexto en cambio constante.

4.6. Bloque de constitucionalidad en Colombia y el rango constitucional del principio: igualdad de oportunidades para los trabajadores y a trabajo igual salario igual.

Según el texto NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO del doctor HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ., El Bloque de Constitucionalidad y el Bloque de Legalidad en Materia laboral entendidos como del bloque de legalidad y la evolución hacia el Bloque de constitucionalidad, pues sin duda este mecanismo es el instrumento dinamizador del derecho internacional en Colombia. (pag.71).

La sentencia C-221 de 1992, en la cual se hizo la revisión del decreto 119 de 1991, estableció que el convenio 111 de 1958, referente a la no discriminación en el empleo y la ocupación, hace parte de los convenios que integran el bloque de constitucionalidad. Por lo tanto, en Colombia los convenios internacionales, de este bloque, hacen parte de la legislación interna y son considerados fuente del derecho laboral colombiano. Este convenio en Colombia es de aplicación inmediata, en cuanto se encuentra establecido en la Constitución Nacional que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Además, la igualdad en el empleo y la ocupación, como un principio, también está consagrado en el referido artículo. En este, se establece que el congreso debe expedir el estatuto del trabajo y que tendrá que contener unos principios mínimos, en los que la igualdad de oportunidades para los trabajadores, es el primero que se encuentra en dicho artículo.

La sentencia C-221 de 1992 también utiliza lo establecido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales en lo referente a la igualdad en el empleo y la ocupación, en los artículos 6 y 7 del documento:

Artículo 6: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.

Artículo 7: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
 - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
 - ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad”.

Se observa que los dos instrumentos internacionales: el convenio y el pacto coinciden en que se debe procurar por la igualdad de oportunidades respecto al empleo y ocupación y esto se constituye en un no categórico a la discriminación en este campo.

La Organización Internacional del Trabajo, en el convenio 100 hace referencia a la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, que en su artículo primero literal b expresa: *igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.*

El principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres concuerda con el principio de remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y

calidad de trabajo, establecido también en la Constitución del 91 como principio.

El convenio 111 es un convenio antidiscriminación y así debe ser reconocido y aceptado por los estados miembros de la OIT, desde 1995 ya la corte constitucional había hecho uso de este en la sentencia de revisión T. 102 de 1995.

En distintas sentencias la Corte Constitucional colombiana ha hecho énfasis en la igualdad salarial. Con relación a los tratos discriminatorios, ha expresado:

“Las personas nacen iguales ante la ley y no puede haber discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; esta enumeración hecha por el artículo 13 C.P., no es taxativa y, tratándose de aspectos relativos al trabajo, el artículo 53 ibídem reitera que debe haber “igualdad de oportunidades para los trabajadores”. La Corte en sentencia C-071/93 dijo que este principio aplicable al trabajo “es una especie del principio genérico de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución”.

Desde el mismo momento del nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), se estableció “el salario igual por un trabajo de igual valor” y el convenio 111 trata la igualdad de oportunidades en el empleo y la ocupación. Así mismo en la sentencia C-71/92 señaló:

“El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: “los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental.

No descartó la Corte que podían darse diferencias salariales, pero solo en aquellos aspectos relativos a la cantidad y calidad del trabajo, quedando claro que la discriminación y favorecimiento a ciertos trabajadores está prohibido.

Cabe resaltar que la igualdad de oportunidades en el empleo es un derecho constitucional que se encuentra establecido en la carta política del 91 específicamente en los artículos 1º, 13, 25 y 53 de la C.P. en el artículo primero se consagra que:

“Colombia es un estado social de derecho, con el respeto de la dignidad humana,

en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en prevalencia del interés general”.

El artículo 13 expresa el derecho a la igualdad de manera genérica, señalando que las personas gozan de los mismos derechos y libertades y no serán sometido a ningún tipo de discriminación, incluso el estado es garante que se respeten las libertades individuales y deberá crear las condiciones y medidas a fin de proteger a los sectores vulnerables.

De igual manera en la sentencia C 401 de 2005, se determina que los convenios internacionales están en un orden importante y se equiparan a la Constitución Nacional cuando tratan derechos fundamentales y mal podrían ser considerados normas de carácter supletorio, estos integran el bloque de constitucionalidad, por tal motivo tienen prevalencia sobre el ordenamiento jurídico interno.

5. ECONOMÍA Y TRABAJO EN COLOMBIA, CONFLICTO ARMADO Y EL ROL DEL DERECHO LABORAL EN EL POSCONFLICTO

Al referirnos al trabajo como un derecho humano y reconocer que la eficaz aplicación de los principios que lo garantizan en condiciones dignas es uno de los medios más idóneos para lograr una justicia social, no debemos obviar que en el contexto colombiano hay diferentes factores que afectan el disfrute de este derecho bajo un piso mínimo de indemnidades, marcado por altos niveles de violencia sistemática, alimentados por una histórica desigualdad social, que contrasta con una alarmante corrupción como uno de los medios de hacer riqueza por unos pocos a costa de la miseria de muchos, lo que crea la fórmula perfecta para la informalidad laboral, explotación, vinculación de los jóvenes desempleados a las diferentes estructuras ilegales, la prostitución, explotación infantil entre muchas otras circunstancias. Por ello a continuación se expondrá con mayor profundidad el tema de la incidencia del conflicto armado y otras categorías de violencia en la práctica del trabajo humano en Colombia, así como la participación del derecho del trabajo en el posconflicto.

Al estudiar las causas del conflicto armado en Colombia han surgido diversas interpretaciones. Una de las más referenciadas, tanto desde sectores que la acogen como desde aquellos que la descartan, es la de la existencia de una violencia estructural que se configura a través de la desigualdad y la injusticia persistentes y que permea todas las dimensiones de los sistemas sociales, económicos y políticos (Galtung, 2003). En esa violencia estructural se hace mención de condiciones que se han venido gestando a lo largo del paso del tiempo y del devenir histórico de la nación y que son claramente rastreables y medibles a través de indicadores como las cifras

pobreza, desempleo, informalidad, exclusión social, ingresos, necesidades básicas insatisfechas, entre otros.

Ya Ballentine y Nitzchke (2003), entre otros autores, al estudiar los conflictos armados en continentes diferentes como África, Asia y América Latina, mencionaban en sus hallazgos el hecho de que claramente existen unos detonantes de conflictos, ligados al resentimiento que cultiva la desigualdad sostenida en los individuos.

En otro trabajo de Ballentine, esta vez con Sherman (2003), los autores desarrollan otra arista del problema, haciendo referencia a que además de los factores mencionados antes que pueden ser detonantes de conflictos, existen otros que pueden ser perpetuadores del mismo y entre los que se mencionan principalmente la codicia y la ambición por el acceso a recursos económicos.

En una sociedad como la colombiana, en la que el narcotráfico ha creado un nuevo imaginario colectivo de poder, acceso y riqueza instantánea al que muchos aspiran, no se puede descartar la presencia de estas variables. Gurr (1970), incluso propone el concepto de “privación relativa” como uno de los factores determinantes en cuanto a la génesis y perpetuación de conflictos armados. La misma se define como la diferencia entre lo que los individuos piensan que merecen y lo que finalmente logran en términos económicos.

Contextos de desempleo, escasez de recursos económicos y miseria en zonas urbanas o rurales en las que al mismo tiempo se vive en permanente contraste con el aparente “éxito” ostentado por algunos individuos o grupos, producto de actividades ilícitas, amplifica esa percepción de privación relativa. Y como consecuencia, en sociedades donde prevalecen la pobreza, el desempleo, la falta de oportunidades, la desigualdad y el aparente éxito de aquellos que se vinculan con grupos armados, es más fácil “reclutar fuerzas armadas irregulares a bajos costos” (Yaffe, 2011, p.193). En el mismo sentido lo afirma Estrada (2010):

Los reclutamientos de jóvenes y adolescentes, realizados preferentemente en zonas deprimidas de Bogotá, Medellín, Cali, Bucaramanga o Barranquilla, muestran que lo fundamental no es el convencimiento doctrinario. Para algunos el salvamento emergente de su desempleo y pobreza, para los principales la incorporación de mano de obra con bajos riesgos (p.178).

Los factores anteriores, sumados a que Colombia es desde hace muchos años el segundo país de América Latina (superado solo por Brasil) con mayor número de niños, población joven que ni trabaja ni estudia (Observatorio laboral de la Universidad

del Rosario, 2018), muestra una notable dificultad para desarrollar proyectos de vida exitosos basados en la creatividad, el emprendimiento y el empleo formal.

Ante este panorama, una de las alternativas que surge para tratar de generar ingresos personales y familiares que permitan cubrir algunos gastos de supervivencia, es el de la informalidad. El problema con la informalidad (además del ya conocido drama del desamparo y exclusión del sistema de seguridad social) es que tal y como lo afirman Schneider y Enste (2003), las economías con un sector informal muy voluminoso son más propicias a la aparición y establecimiento con notoria estabilidad, de actividades ilegales, economías grises, contrabando, mercados negros, lavado de activos, evasión y elusión de impuestos.

Estas actividades y la informalidad en general, traen a su vez como consecuencia una menor recaudación por parte del Estado, que como en un círculo vicioso, tiene entonces menos recursos para invertir en programas sociales de inclusión social, laboral y educativa, repitiendo nuevamente la espiral destructiva.

Un aspecto a tener en cuenta en la discusión es el de las diferencias regionales. Si el tema se estudia por departamentos, se encuentra que la mayor parte de la violencia del conflicto armado (contabilizando un número de eventos que involucran a grupos armados organizados superior a 60 por año) se ha concentrado históricamente en los llamados departamentos periféricos, que son aquellos ubicados en las zonas nororiental: Norte de Santander, Arauca y Cesar. Y en la zona suroccidental del territorio nacional: Cauca, Nariño, Putumayo y Caquetá (Ríos, 2016).

Estos departamentos al ser comparados con la media nacional y otros departamentos, presentan cifras históricas de atraso en términos de ingreso de sus habitantes, oferta de empleo formal, desarrollo humano, entre otros. En términos generales, muestran un serio rezago en los indicadores de necesidades básicas insatisfechas.

En promedio, el desempleo está 1,5% por encima de la media en estas regiones del país. De la misma manera, el promedio del índice de desarrollo humano en estos departamentos (0.774) se ubica por debajo de las cifras de los demás (0.825), mientras que el número de sus habitantes con necesidades básicas insatisfechas supera en un 11% el promedio nacional (ver Tabla 1). Según Ramírez (2014), estas falencias son visibles también en otros ámbitos relacionados con la competitividad, como el poco nivel de desarrollo de su infraestructura, la poca formación de su talento humano y la escasa productividad industrial.

Tabla 1.
Relación entre departamentos violentos y principales indicadores socioeconómicos

Indicadores	Grupo I Departamentos periféricos	Grupo II Resto de Departamentos	Media nacional
Acciones Armadas	91.50	13.84	28.97
Pib per cápita por unidad de gasto	312.810 pesos	448.392 pesos	425.795 pesos
Incidencia de la pobreza	46.95	36.63%	38.40%
Incidencia de la pobreza extrema	18%	11.82%	12.50%
Tasa desempleo	10.87%	9.49%	9.72%
Índice Desarrollo Humano	0.774	0.825	0.814
Necesidades Básicas Insatisfechas	58.31%	47.64%	53.51%

Fuente: *Tabla elaborada por Ríos (2016) con datos del DANE y el DPS*

En cuanto a las razones que den cuenta del panorama presentado anteriormente, se han propuesto explicaciones multicausales que se remontan incluso a los orígenes mismos del Estado-nación. Acaparamiento de tierras nunca resuelto con una verdadera reforma agraria; relaciones cuasi-feudales entre campesinos y gamonales, quienes a su vez han ejercido el poder de manera hegemónica no solo en lo económico, sino en lo político; abandono y tal vez incluso desidia hacia regiones periféricas por parte de un Estado fuertemente centralista.

Las explicaciones estructurales son diversas. Y en los últimos años, la aparición de un nuevo elemento conocido como la globalización de la economía a partir de un modelo neoliberal. Si bien las condiciones estructurales siempre han existido, según Mantilla (2012), estos nuevos procesos económicos y sociales parecen haber agravado las condiciones de desempleo y empobrecimiento del campo colombiano y de los sectores populares urbanos. Afirma la autora:

Los procesos de apertura propiciaron un contexto en el cual las condiciones de pobreza y desempleo en los territorios rurales pudieron constituirse en motivaciones suficientes para que la mano de obra campesina flotante optara por integrarse a las filas de combatientes de los actores armados o por ser parte de los sistemas productivos de carácter ilegal (p.50).

Sumado lo anterior a que el modelo productivo nacional se ha orientado desde

los 90s a la economía extractiva minera, que no se caracteriza por utilizar una muy extensa mano de obra, se puede entonces plantear una hipótesis para explicar la persistencia del conflicto en Colombia. La misma indicaría que el desempleo, tanto rural como urbano y por consecuencia la exclusión de los beneficios del crecimiento económico que han experimentado algunos sectores económicos privilegiados por las nuevas corrientes, son en nuestro país caldo de cultivo para que los pobladores del campo y de los sectores urbanos más pobres, opten por alternativas por fuera de los límites laborales legales.

Ya Reyes (2000) había argumentado desde principios del siglo 21, que:

La expansión de cultivos de coca y amapola coincidió con un largo periodo de abandono de las economías campesinas y de la quiebra de muchos productores por la apertura de las importaciones subsidiadas del resto del mundo, sumada a la revaluación de la moneda y a la crisis de precios del café, desde comienzos de los noventa (p. 216).

La quiebra del campo colombiano en los 90s a partir de los procesos de apertura económica, llevó a muchos campesinos e incluso a anteriores miembros de élites económicas regionales, a dedicarse a actividades ilícitas, congraciarse, o abiertamente hacerse parte de grupos armados ilegales desde alguno de sus dos extremos ideológicos y jerárquicos (guerrilla o paramilitares y como tropa o comandantes). Un ejemplo de esto es lo narra el Centro Nacional de Memoria Histórica (2016) en el Cesar, en donde se ha rastreado el enrolamiento de grandes agricultores y campesinos a la vez, con grupos armados a partir de la desaparición del negocio del cultivo de algodón.

En las ciudades el panorama no fue muy diferente. La desindustrialización generada por la apertura neoliberal, que puso a competir al producto nacional con importados subsidiados en sus países de origen, o en donde la mano de obra presenta características casi de esclavitud moderna, agravó el desempleo y pauperizó a muchos sectores de la clase media. En ese contexto, las condiciones del conflicto se han seguido reproduciendo.

Por las razones anteriores cobra mucha relevancia la advertencia que han venido haciendo diversos analistas acerca de los posibles efectos del proceso de paz llevado a cabo con las, hasta ese momento denominadas Farc.

Villa, Restrepo y Moscoso (2014) llaman la atención acerca de dos posibles escenarios para los próximos años. En uno, el país experimentaría lo que se conoce como el dividendo de la paz. En ese escenario, la economía crece a niveles superiores a

los conocidos anteriormente debido a que la inversión extranjera (y nacional) empieza a llegar de manera más decidida, esa confianza inversionista se afianza, las regiones anteriormente separadas del resto del país por la presencia de actores del conflicto se integran a la economía nacional y se convierten en nuevos centros de desarrollo y producción agrícola industrializada, los campesinos luego de la restitución de tierras también producen más y pueden comercializar sus productos una vez cumplido lo pactado por el gobierno nacional en cuanto a la creación de infraestructura en esas regiones. Todo lo anterior, más otro número de efectos positivos generados por las nuevas dinámicas de desarrollo, llevan al gobierno nacional y a los locales, a recaudar más y por ende invertir en programas de inclusión y mejoramiento de la calidad de vida. De esta manera se reducen las necesidades básicas insatisfechas en los departamentos periféricos y se mejora en los indicadores de desarrollo humano.

El otro escenario es menos halagador y se le ha denominado la paradoja de la paz. Esta advierte que, si la economía nacional no es capaz de absorber o generar alternativas legales y rentables de empleo o emprendimiento para la nueva mano de obra activa de los desmovilizados y sus dependientes económicos, se podrían configurar escenarios de aumento en las actividades ilícitas y delincuenciales en el país.

Afirman Villa, et al. (2014):

Si la ventaja comparativa de los excombatientes en el manejo de las armas de fuego les permite entrar al sector delincencial con mayor facilidad, esto significa que, aunque el costo en términos del PIB asociado con el conflicto armado se reduzca al principio por el proceso de paz, el costo asociado con el crimen organizado podría verse aumentado con el tiempo, lo que podría conllevar que se aumenten las cifras de secuestros y otros indicadores de la actividad criminal (p.206).

Ante la realidad descrita anteriormente, el Derecho Laboral adquiere suprema relevancia. Uno de los principales desafíos por delante es el de aprender como colectivo humano a afrontar y resolver las diferencias. El reto principal será que aprendamos como sociedad a tramitar, resolver y transformar los conflictos de otras maneras y con otras herramientas más allá de la violencia.

Las relaciones laborales, por su misma naturaleza, tienden al conflicto o por lo menos a la tensión. La asimetría de poder es la dinámica natural entre patrones o empleadores y empleados o trabajadores. Y precisamente, las reivindicaciones laborales que se empezaron a alcanzar por los trabajadores organizados desde mediados del siglo 19, solo son posibles en sistemas democráticos con un Estado de derecho que funcione y esté en capacidad de servir de árbitro imparcial entre las

partes para evitar situaciones subóptimas, como la explotación de una parte o la falta de productividad adrede de la otra.

Históricamente el derecho a organizarse, crear sindicatos y transitar hacia mejores condiciones laborales no ha sido un camino pacífico en nuestro país. Las reivindicaciones de mejores condiciones, más dignas para los trabajadores, especialmente los de menores niveles socioeconómicos, han encontrado muchas veces en la historia nacional oposición que, incluso apoyada por la institucionalidad, ha preferido imponer los caminos del encarcelamiento o el asesinato, al de la negociación. La matanza de las bananeras, la lucha de María Cano, o los asesinatos de tantos sindicalistas a lo largo de las décadas, son ejemplos que muestran la difícil ruta que se ha tenido que transitar hacia la materialización de derechos laborales más amplios, incluyentes y efectivos.

Esa materialización de derechos parece aún distante, a pesar de su necesidad para alcanzar la paz. Según Sanín (2015), solo el 0.4% de las empresas en Colombia cuentan con procesos establecidos de negociación colectiva, lo que deja a los trabajadores del 99.6% de las empresas desprotegidos en cuanto a formas institucionalizadas de tramitar los conflictos laborales.

De la misma manera, cifras de informalidad laboral cercanas al 60% en promedio a nivel nacional, muestran un panorama de exclusión del trabajo decente y más bien dominado por la precariedad, la incertidumbre y la desigualdad. En conclusión, esas son las dos asignaturas pendientes de la justicia laboral y que deberán ser su principal aporte a la consolidación de la paz: Crear las condiciones para la materialización de los derechos de los trabajadores formales y extender de manera importante las condiciones de formalización y legalidad de aquellos que no lo han podido ser hasta el momento.

6. PREGUNTA SABER PRO

Lea detenidamente el texto que se le pone de presente y marque con una equis la opción que responde de manera precisa y contextualizada con lo que se está preguntando:

La Corte Constitucional en relación con determinados exámenes médicos de ingreso exigidos por el empleador a los aspirantes al empleo, señaló en sentencia Sentencia T-1219/05:

10. Acerca de la obligación de entregar información al empleador sobre las

condiciones físicas en las que se encuentra el aspirante o el trabajador, la Corte ha analizado diferentes casos.

II. Para el caso de los enfermos de VIH, el legislador ha consagrado expresamente la prohibición de exigir pruebas tendientes a determinar dicha afección para acceder o permanecer en una actividad laboral y, ha establecido que los trabajadores no están obligados a informar a sus empleadores su condición de afectados por el virus de VIH. En caso de que el empleado decida comunicar su afección al empleador, éste “(...) deberá brindar las oportunidades y garantías laborales de acuerdo a su capacidad para reubicarles en caso de ser necesario, conservando su condición laboral”.

En desarrollo de tales normas, la Corte ha considerado que el trabajador, tanto al inicio de la relación laboral como en el transcurso de la misma, no está obligado a expresar o divulgar el referido hecho, pues de lo contrario se corre el riesgo de someter a este grupo de personas a una sistemática discriminación y a un aislamiento social permanente. Al respecto ha señalado

El hecho de que para el caso del enfermo de VIH se cuente con normas expresas para evitar la discriminación laboral mediante la no obligación de entregar información acerca de su afección, no significa que otras personas en especial condición de debilidad manifiesta, no deban ser igualmente protegidas contra similar tipo de ilegítima actuación. Así, por ejemplo, esta corporación también ha condenado la práctica de ciertas empresas de exigir pruebas de embarazo como condición para el ingreso o la estabilidad en el empleo, por considerar tal actuación violatoria de los derechos a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y al trabajo. Al respecto ha señalado lo siguiente:

“(...) toda mujer tiene derecho a la maternidad y es libre de definir, en los términos del artículo 42 de la Carta Política, junto con su pareja, el número de hijos y el momento en el cual quedará en estado de gravidez, independientemente de si se encuentra o no vinculada laboralmente.

“Ninguno de los dos derechos enunciados puede ser sacrificado, por la voluntad unilateral del patrono, en términos tales que se vea la mujer expuesta a una forzada escogencia entre sus oportunidades de trabajo y su natural expectativa respecto de la maternidad.

“En ese orden de ideas, todo acto del patrono orientado a “sancionar” o a impedir el embarazo de la empleada, o a investigar si él existe para que de allí dependa el acceso,

la permanencia, o la promoción de la mujer en el trabajo, se revela como ilegítimo e inconstitucional y, en los términos dichos, puede ser objeto de acción de tutela.

“Así, la exigencia de “pruebas de embarazo” por parte de una empresa, con el propósito de condicionar el ingreso o la estabilidad de la trabajadora en la nómina de la misma, es una conducta reprochable que implica vulneración del derecho a la intimidad de la empleada y de su familia y que lesiona también el libre desarrollo de su personalidad, afectando por contera el derecho al trabajo”.

En efecto, el empleador sólo podrá ordenar la práctica de la prueba de embarazo, “(...) cuando se trate de empleos o (Sic) ocupaciones en los que existan riesgos reales o potenciales que puedan incidir negativamente en el normal desarrollo del embarazo, con el fin único y exclusivo de evitar que la trabajadora se exponga a factores que puedan causarle daño a ella o al feto” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-1219 de 2005).

Conforme lo anterior; el hecho de que el empleador exija determinados exámenes médicos de ingreso a los aspirantes al empleo, sin que en el caso del embarazo se trate de empleos u ocupaciones en los que existan riesgos reales o potenciales que puedan incidir negativamente en el normal desarrollo del embarazo, con el fin único y exclusivo de evitar que la trabajadora se exponga a factores que puedan causarle daño a ella o al feto, podemos afirmar que tal exigencia se constituye en una violación al principio de igualdad de oportunidades toda vez que:

- Se viola el derecho a la intimidad al forzar al aspirante a divulgar información personal y sensible.
- Se vulnera el derecho al trabajo en condiciones dignas toda vez que no se garantiza un piso mínimo de protección.
- Se limita el acceso al empleo en igualdad de condiciones a las personas en estado de debilidad manifiesta, sometiéndolas a un trato discriminatorio.
- Se vulnera el derecho a la igualdad y a la dignidad humana puesto que se le hacen exigencias al aspirante al empleo relacionadas con información sensible.

La respuesta correcta es la c) : “Se limita el acceso al empleo en igualdad de condiciones a las personas en estado de debilidad manifiesta, sometiéndolas a un trato discriminatorio”, por cuanto lo que se está preguntando es por la justificación

del por qué la exigencia del empleador se configura en una violación al principio de igualdad de oportunidades; si bien es cierto que se pudiera estar violando el derecho a la intimidad, al trabajo en condiciones dignas, a la igualdad y la dignidad humana, no se debe perder de vista que la pregunta va orientada de manera específica a establecer los criterios con los que se busca argumentar la transgresión del principio de igualdad de oportunidades y este lo que busca es garantizar la no discriminación en el ámbito laboral y de manera específica para el caso que nos ocupa, su transgresión se materializa precisamente en la limitación que puede representar el acceso al empleo para las personas que por su condición física o psíquica se encuentren en estado de debilidad manifiesta, lo que se configura evidentemente en una discriminación en el ámbito laboral.

Referencias

- Ahumada, L. F. (2018). Desarrollo jurisprudencial de la constitucionalización de los convenios de la OIT en el ordenamiento jurídico colombiano. (Tesis de Maestría). Barranquilla, Colombia: Universidad Libre.
- Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (9 de junio de 1994, en Belem do Para, Brasil).
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (18 de diciembre de 1979). Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.
- Ballentine, K. & Nitzschke, H. (2003). *Beyond Greed and Grievance: Policy Lessons from Studies in the Political Economy of Armed Conflict*. New York, Estados Unidos: International Peace Academy Press.
- Ballentine, K. & Sherman, J. (2003). *The Political Economy of Armed Conflict: Beyond Greed and Grievance*. Londres, U.K.: Lynne Rienner Publishers, Inc.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2016). *La maldita tierra Guerrilla, paramilitares, mineras y conflicto armado en el departamento de Cesar*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.
- Congreso de la República. (22 de diciembre de 1969) Por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado por la Cuadragésima Segunda Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, 1958). (Ley 22 de 1969). DO: 32964
- Congreso de la República. (18 de mayo de 1992). Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política. (Ley 4ª de 1992) DO. 40.451.
- Congreso de la República. (30 de abril de 1996). Código sustantivo del trabajo, con sus modificaciones, ordenada por el artículo 46 del Decreto Ley 3743 de 1950,

la cual fue publicada en el Diario Oficial No 27.622, del 7 de junio de 1951, compilando los Decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951.

Congreso de la República. (30 de abril de 1996). Comisión Permanente de Concercación de Políticas Salariales y Laborales creada por el artículo 56 de la Constitución Política. (ley 278 de 1996) DO: 42.783.

Congreso de la República. (11 de febrero de 1997). Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas <en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones. (Ley 361 de 1997) DO: 42.978

Congreso de la República. (29 de diciembre de 2011) Por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones. (Ley 1496 de 2011) DO: 48.297

Constitución Política de Colombia (1991).

Figuroa Guerrero, G. (1999). Principios Fundamentales del Derecho del Trabajo. Bogotá, Colombia: Leyer.

Organización Internacional del Trabajo. (OIT). (1998). Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo

Organización Internacional del Trabajo. (OIT) (1958) Convenio No. 111 Sobre discriminación en materia de empleo y ocupación.

Organización Internacional del Trabajo. (OIT). (1959). Convenio 095 sobre protección al salario.

Organización Internacional del Trabajo. (OIT). (1983). Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas

Organización de los Estados Americanos. (1969) Convención americana sobre Derechos Humanos.

Corte Constitucional. Sala Plena (29 de mayo 1992). Sentencia C-221 de 1992 MP. Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional. Sala Plena (26 de febrero de 1993). Sentencia C-091 de 1993. MP Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de mayo de 1998). Sentencia C-191 de 1998. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Constitucional, Sala Plena (9 de diciembre de 1999). Sentencia SU 995 de 1.999. MP. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sala Plena (10 de octubre de 2001) Sentencia C-1064 de 2001. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño
- Corte Constitucional. Sala Plena (26 de octubre de 2016) Sentencia C-586 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional. Sala Plena (4 de febrero de 2019). Sentencia T-041 de 2019. MP. José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte suprema de justicia. (9 de abril de 2019) sentencia 56518 de 2019. MP. Cecilia Margarita Durán.
- Corte Suprema de Justicia. (1º de febrero de 2011) Sentencia 46855. MP Gustavo José Gnecco Mendoza
- Corte Suprema de Justicia. (18 de octubre de 2017) Sentencia 58043. MP Luis Gabriel Miranda.
- Estrada, F. (2010). Evolución Estratégica del Conflicto Armado en Colombia. *Análisis Político*, 67, 156-181.
- Galtung, J. (2003). *Violencia cultural*. Bilbao, España: Gernika-Lumo.
- Gurr, T. (1970). *Why Men Rebel*. Princeton, Estados Unidos: Princeton University Press.
- Mantilla, S. (2012). Economía y conflicto armado en Colombia: los efectos de la globalización en la transformación de la guerra. *Revista de estudios Latinoamericanos*, 55, 35-73.
- Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario. (2018). *Perfil actual de la informalidad laboral en Colombia: estructura y retos*. Recuperado de: <https://>

www.urosario.edu.co/Periodico-NovaEtVetera/Documentos/Reporte-LaboUR-Informalidad-Mayo-2018-PERFIL-ACTUA.pdf

- Presidencia de Colombia. (10 de enero de 2012). Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. (Decreto 019 de 2012) DO: 48.308.
- Ramírez, J. (2014). Escalafón de la competitividad de los departamentos de Colombia, 2012-2013. *Estudios y Perspectivas*, 27, 1-50.
- Reyes, A. (2000). La cuestión agraria en la guerra y la paz. En Camacho, A. & Leal, F. (Comps.). *Armar la paz es desarmar la guerra*. Bogotá, Colombia: Presidencia de la República.
- Ríos, J. (2016). La periferialización del conflicto armado colombiano (2002-2014). *Revista de estudios sobre espacio y poder*, 7(2), 251-275.
- Sanín, L. (octubre de 2015). Garantías a los derechos laborales como instrumento de paz. En Dueñas, C. (Presidencia), *Conversatorio acerca del Trabajo y la seguridad social como instrumentos de paz*. Conversatorio llevado a cabo en Bogotá, Colombia.
- Schneider, F. & Enste, H. (2003). *The Shadow Economy: An International Survey*. Cambridge, Estados Unidos: Cambridge University Press.
- Vega Ruiz y Daniel Martínez (2002). Los principios y derechos fundamentales en el trabajo Ginebra,Suiza: OIT.
- Villa, E., Restrepo, J. & Moscoso, M. (2014). Crecimiento económico, conflicto armado y crimen organizado, evidencia para Colombia. En Arias, M. (Comp.). *Costos económicos y sociales del conflicto en Colombia: ¿cómo construir un pos-conflicto sostenible?* Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes.
- Yaffe, L. (2011). Conflicto armado en Colombia: análisis de las causas económicas, sociales e institucionales de la oposición violenta. *Revista de Ciencias Sociales*, 8, 187-208.

EL CONTRATO DE TRABAJO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Catalina Morales Duque*

*“Porque el respeto y las normas sólo adquieren
vigencia allí donde el amor, el entusiasmo, la
entrega total a la gran misión, ya no pueden
aspirar a determinar las relaciones humanas”
(Zuleta, 2005, p.4)*

* Abogada, Magíster en Derecho con énfasis en el área de Derecho de Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Pontificia Bolivariana, Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales, Especialista en Responsabilidad Civil y del Estado. Docente y Coordinadora de Autoevaluación del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana, sede Barranquilla. Correo electrónico: catalinamorales.abogada@gmail.com.

RESUMEN

El artículo 53 de la Carta Política de 1991 fue el punto de partida para que a nivel local las normas laborales se conectaran con la constitución, entendiendo que el derecho del trabajo al encontrarse directamente relacionado con la dignidad humana merece una especial protección por parte del Estado y la tal virtud la normativa preexistente e incluso posterior ha sido armonizada a través de la jurisprudencia. El presente capítulo tiene como objetivo analizar el contrato de trabajo desde el ordenamiento jurídico colombiano y en tal virtud, establecer los elementos que lo caracterizan y lo diferencian frente otras formas de trabajo, de manera que se expliquen aquellos matices que develan una auténtica relación laboral, tal es el caso de: la prestación personal del servicio, del salario y la subordinación, donde éste último punto entraña una marcada sensibilidad hora de descubrir auténticas relaciones de trabajo.

Por otra parte, se explicará la existencia de diferentes modalidades de contratos de trabajo, cada uno con las particularidades que su propósito demanda y, naturalmente, con sus propios requisitos de existencia y validez, reconociendo en su ejecución, suspensión y terminación la necesaria prelación del principio de estabilidad en el empleo y la protección de la dignidad de los trabajadores, consagrándose, por ejemplo, la ineficacia de las disposiciones contractuales que lesionen los derechos mínimos e irrenunciables.

Palabras clave: *Relación de trabajo, Contrato de trabajo, presunción, suspensión de contrato, terminación de contrato.*

1. ASPECTOS GENERALES RELACIÓN DE TRABAJO Y CONTRATO DE TRABAJO

1.1. Concepto de Relación de Trabajo

La teoría de la relación de trabajo surge en Alemania durante la primera mitad del siglo XX a partir de la necesidad emergente de proteger a todos aquellos individuos que prestaran un servicio, de los riesgos que se derivaran de sus actividades profesionales, con independencia de si habían suscrito o no un contrato (Jaramillo, 2010, p. 61). En el panorama del derecho laboral actual es clara la diferencia que existe entre relación de trabajo y contrato de trabajo, su distinción se introduce en el escenario latinoamericano por el profesor y pensador mexicano Mario de la Cueva quien, inspirado en la teoría alemana de la relación de trabajo, consideró que los efectos de la relación laboral no se producen por la existencia de un acuerdo de voluntades, sino porque -en la práctica- se cumpla efectivamente con la obligación de prestar un servicio (De la Cueva, 1966, p. 455). En esta línea Barajas (1990), sobre la estipulación y el concepto de relación de trabajo, señala:

(...) Puede darse la relación de trabajo sin la existencia formal de un contrato, porque la mayoría de las normas que constituyen el derecho del trabajo, más que al contrato considerado como negocio jurídico y a su estipulación, es la prestación del servicio lo que da aplicabilidad y efectos a cualquier reglamentación de esta naturaleza (Barajas, 1990, p. 8).

Si bien la existencia de un contrato de trabajo realizado de forma escrita podría considerarse, en principio, como una auténtica forma de manifestación de voluntad, es el comportamiento que tienen quienes resulten involucrados lo que pondrá en evidencia la existencia de la relación de trabajo, de manera que es válido concluir que la relación de trabajo no hace referencia a la forma en la que se constituye el vínculo jurídico, sino a la manera en la que efectivamente se desenvuelve la prestación del servicio. En consecuencia, podría considerarse la relación de trabajo como un género vinculado a la efectiva prestación del servicio y el contrato de trabajo como una especie, por tratarse solo de una de las modalidades a través de las cuales se presenta dicha relación, sin embargo, aquella que es competencia del derecho laboral, será la que este revestida del elemento de la subordinación.

1.2. Definición de Contrato de Trabajo

A nivel local las posturas doctrinarias descritas por los autores se han incorporado paulatinamente, por cuanto en Colombia, la prestación de servicios de carácter personal se encontraba regulada plenamente por las normas civiles, bajo la teoría contractualista de las relaciones de trabajo (Obando, 2015. p. 69). La normativa jurídica laboral fue desarrollada mediante las leyes 10 de 1934, el decreto 652 de 1935 y la ley 6 de 1945 hasta el actual Código Sustantivo del Trabajo Colombiano (C.S. del T.) que corresponde a la ley 141 de 1961 y que adoptó como legislación permanente lo establecido en los decretos 2663 y 3743 de 1950 adquiriendo de esta manera autonomía.

En particular el artículo 22 del C.S. del T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación y mediante una remuneración. De dicha disposición puede extraerse que las partes que integran el contrato de trabajo son: el trabajador, que es la persona natural que tiene la obligación de prestar un servicio personal y el empleador, que es quien recibe el servicio y lo remunera pudiendo ser persona natural o jurídica.

1.3. Características generales del contrato de trabajo

Al considerar el contrato de trabajo como un contrato de naturaleza autónoma, que se desarrolla con el tiempo y en el que se hace necesaria la conjunción de la voluntad de dos partes, es imperativo referenciar las características generales que reviste dicha modalidad contractual y sobre el particular puede predicarse del contrato de trabajo lo siguiente:

- i. Es Principal: En la medida que en contrato que tiene su propia autonomía, y no depende de otro contrato para producir sus efectos.
- ii. Es Consensual: Por cuanto no reclama formalidad alguna, siendo suficiente para su validez el acuerdo de voluntades.
- iii. Es Bilateral: De acuerdo con el artículo 22 del C.S. del T. (2019) hay dos partes en el contrato de trabajo – empleador / trabajador -.
- iv. Es Oneroso: El contrato es oneroso para las dos partes pues de

un lado el trabajador deberá prestar el servicio prometido y por otra, el empleador a cambio y como contraprestación hará entrega de una remuneración o salario.

v. Es Conmutativo: Tanto para el empleador como para el trabajador se generan obligaciones que son recíprocas. Sin embargo, se debe aclarar que la obligación que cumple el trabajador es de medio, es decir, deberá hacer todo lo que esté a su alcance para cumplir con actividad la que le ha sido encomendada en los términos estipulados; mientras que, para el empleador, sus obligaciones son de resultado.

vi. Es de Tracto Sucesivo: El contrato de trabajo se va ejecutando o desarrollando con el paso del tiempo.

1.4. Elementos Comunes de Validez del Contrato de Trabajo

Pese a que se ha descrito que el contrato de trabajo goza de autonomía, existen elementos en los que, naturalmente, deberá coincidir con otras formas de contratación que no son necesariamente de índole laboral, pero que sin ser así se hacen indispensables para la validez de cualquier acto o negocio jurídico. En concordancia, se encuadran dentro de la categoría de requisitos de fondo del contrato de trabajo: i. El consentimiento, entendido como el acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador, por medio del cual convienen celebrar un contrato de trabajo, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto de las cuales se ejecutará. Sobre este punto es imperativo resaltar que se deben respetar los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador. ii. El objeto que es la actividad que se va a desarrollar por el trabajador y la causa que es la razón por la cual se contrata, es decir, el móvil del contrato debe ser lícitos y finalmente, se requiere iii. Capacidad para contratar.

Respecto de éste último elemento, es preciso indicar que la capacidad para contratar en materia laboral se encuentra consignada en los artículos 29, 30 y 31 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual indica que “Tienen capacidad para celebrar el contrato individual de trabajo, todas las personas que hayan cumplido dieciocho (18) años de edad” (C.S. del T., 2019), de tal forma que, en materia laboral, tienen capacidad plena todos los mayores de 18 años. Sin embargo, la ley de infancia y adolescencia se refiere a la edad para celebrar contratos de trabajo e incluso a la jornada de trabajo de los menores y en su artículo 35 establece una especie de

incapacidad de tipo relativo para aquellos que son menores de (18) años, pero mayores de (15), dicha prerrogativa demanda, autorización expresa y escrita del Ministerio de Trabajo, en su defecto del alcalde o del defensor de familia a petición de los padres del menor (Ley 1098, 2006).

Ahora bien, tratándose de trabajo realizado por parte de personas especialmente vulnerables, como son los menores, de acuerdo con la sentencia C-170 de 2004 esta contratación está sujeta al cumplimiento de lo dispuesto en los convenios 138 y 182 de la Organización Internacional del Trabajo, exigibles y aplicables desde los artículos 53 y 94 de la Constitución política, en virtud del Bloque de Constitucionalidad, dicha providencia señala:

La Constitución Política impone una medida de protección acorde a la prevista en los tratados internacionales que forman parte del denominado bloque de constitucionalidad strictu sensu (Convención sobre los Derechos del Niño y Convenios Nos. 138 y 182 de la OIT), conforme a los cuales, por regla general, la edad de admisión al empleo es aquella en que cesa la obligación de garantizar la escolaridad mínima, es decir, los quince (15) años. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-170 de 2004,)

En consecuencia, el contrato de trabajo como especie dentro de la relación de trabajo cumple un papel estructural y reglamentario de la forma en la que se ejecutará dicha relación, de esta manera “El contrato de trabajo desarrolla, en el componente de sus cláusulas, la función reguladora de la relación laboral y de las condiciones económicas y temporales del trabajo, adecuada a la ley y a las convenciones colectivas” (Obando, 2015, p. 271).

Ejercicio: INC celebró con Pompilia de 15 años, un contrato de trabajo, para dicho propósito solicitó previamente autorización de los padres de la menor, bajo el entendido que María se desempeñaría como vendedora, pactando una jornada de 8am a 6pm de lunes a viernes y un pago de (\$800.000) mensuales. El inspector de trabajo, como autoridad administrativa de la localidad al conocer de dicha contratación, podrá sancionar a INC por cuanto

- a) los menores de 18 años no tienen capacidad para celebrar contratos.

- b) la jornada de trabajo de Pompilia excede el número de horas permitido.
- c) el contrato de trabajo debía ser firmado por los padres de Pompilia.
- d) omitió contar con la autorización del Ministerio de Trabajo.

2. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO Y PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA

El derecho laboral actual se ha nutrido e inspirado en las coyunturas sociales y económicas globales y regionales, de manera que a nivel nacional se ha incorporado en las normas sustanciales laborales que reglan los contratos de trabajo los matices diferenciadores que en principio fueron descritos por el profesor De la Cueva, así lo plantea Jaramillo (2010):

El expreso reconocimiento de los redactores de las normas laborales sobre la influencia de la doctrina de Mario De La Cueva resulta fundamental para entender la redacción de las normas que regulan la principal figura del ordenamiento laboral: el contrato de trabajo, que a pesar de llevar ese nombre tiene especiales matices de la relación de trabajo potenciada en la formulación del principio de primacía de la realidad, conforme al cual en caso de discordancia entre lo que sucede en el terreno de los hechos y las formas adoptadas por las partes debe atenderse a lo que se verifique en lo fáctico (Jaramillo, 2010, p.63).

Como se ha indicado la relación de trabajo se presenta pese a que los intervinientes quieran darle a dicha interacción de trabajo una denominación o un nombre distinto al que realmente corresponda a su naturaleza, en atención a ello, la identificación de los elementos que permiten dilucidar la existencia de un contrato de trabajo bajo cualquier escenario, normativamente lo ubicamos en el artículo 23 del C.S. del T. (2019), el cual reza:

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

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

Al tenor de este artículo se incluye en su numeral segundo que, cuando los tres elementos que identifican el contrato de trabajo se presenten en una relación de trabajo tipo personal, se entiende que el contrato de trabajo existe sin importar el nombre que se le dé. (C.S. del T. art. 23, núm. 2). Dicha disposición armoniza con los postulados constitucionales, específicamente con el artículo 53 de la Constitución, mandato por el cual se introduce el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades y debido al cual es posible hablar del contrato realidad, sobre este último aspecto explica Cortés (2018):

El contrato realidad supone, más que la relación de sujetos que integran el contrato de trabajo, un acuerdo previo o posterior de voluntades para la ejecución o prestación real y efectiva de la labor por parte del trabajador, independiente de la modalidad o la denominación del contrato, o aun si este no existe en el papel, pues como se pudo observar frente al PPR, priman los hechos sobre la apariencia que se pretenda dar en el mismo (Cortés, 2018, p.113)

Visto de este modo al abordar el alcance de los elementos de existencia del contrato de trabajo, desde su propósito protector de la dignidad y de los derechos de los trabajadores, se resalta lo siguiente:

2.1. La Prestación Personal del Servicio.

En la realidad un contrato de trabajo se celebra en función de la persona que es el trabajador, y por eso es un contrato personalísimo, llamado como refiere Obando (2015) “intuitu personae”, en consecuencia, la prestación

personal del servicio implica que el trabajo sea directo, es decir, realizado por sí mismo ya sea una labor física o de trabajo intelectual “el trabajador compromete su capacidad y calidad laboral, que de antemano la ha apreciado el empresario” (Obando, 2015, p. 292).

2.2. La Continuada Subordinación o Dependencia.

La subordinación es, sin lugar a duda, la piedra angular dentro de los elementos esenciales del contrato de trabajo, pues tanto la prestación personal del servicio como la contraprestación por el mismo, puede ser observados en otras formas contractuales civiles o de naturaleza comercial, y es en tal virtud que al hablar de subordinación y de la dependencia del trabajador respecto del empleador, deberá someterse los hechos a examen. Así pues, la norma de manera enunciativa indica que dicha subordinación o dependencia se refiere a la posibilidad que tiene el empleador de impartirle órdenes o instrucciones al trabajador, en cuanto al tiempo, modo y lugar en que se cumple o cómo se cumple la actividad.

La Corte Constitucional ha sentado su postura frente al elemento subordinación en reiteradas sentencias, entre ellas se puede destacar la, C-299 de 1999, C-386 de 2000, T-638 de 2008, donde se predica que, en ejercicio de este poder subordinante, el empleador no puede afectar el honor, la dignidad ni los derechos mínimos del trabajador y en sentencia de constitucionalidad C-934 de 2004, indicó:

Dentro del elemento subordinación se destaca, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia, el poder de dirección en la actividad laboral y la potestad disciplinaria que el empleador ejerce sobre sus trabajadores para mantener el orden y la disciplina en su empresa. Esa facultad, como es obvio, se predica solamente respecto de la actividad laboral y gira en torno a los efectos propios de esa relación laboral. Sin embargo, aun en ese ámbito de trabajo la subordinación no puede ni debe ser considerada como un poder absoluto y arbitrario del empleador frente a los trabajadores (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-934 de 2004).

Esto implica, que la subordinación faculta al empleador para exigir el cumplimiento del contrato, pero, como refiere la norma, sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador. En suma, en virtud de la subordinación el empleador está autorizado para:

- a) Impartir órdenes y directrices,
- b) Imponer reglamentos con facultades disciplinarias para velar por el correcto desarrollo de las actividades laborales,
- c) Impartir instrucciones en cuanto a circunstancias de tiempo, modo y lugar de trabajo y de manera consecencial ejercer la facultad *Ius variandi*. Esta facultad derivada del poder subordinación, permite al empleador alterar unilateralmente condiciones no esenciales del contrato individual de trabajo, en concordancia, y de conformidad con los parámetros señalados en sentencias como la T-407 de 1992, T-362 de 1995, T-682/14, esta "determinada por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa" y que "habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y la seguridad del trabajador" (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia, C-356 de 1994)

Ahora bien, la dependencia como criterio de existencia de relación laboral ha sido abordado como proyecciones de la subordinación, así pues, de acuerdo con Ruíz (2009), existe la dependencia, técnica, económica y la jurídica las cuales explica así:

La dependencia técnica, predica la subordinación, como la obligación del trabajador de someterse a instrucciones sobre la forma de realizar el trabajo. La dependencia económica, se halla presente en la relación de trabajo subordinado, en la medida en que el servicio prestado por el trabajador tiene como fin el obtener una remuneración por parte del empleador, sin que ello comporte una subordinación jurídica específica, como concepto jurídico. La dependencia jurídica consiste en la potestad jurídica que tiene el empleador, para dar órdenes e instrucciones en cualquier momento, y en la obligación correlativa del trabajador para acatar su cumplimiento (Ruíz, 2009, p.84).

En conclusión, la dependencia se concreta en aspectos como:

- a) Sometimiento del trabajador a las órdenes del empleador,
- b) La Continuidad en el trabajo,
- c) La Exclusividad en la prestación del servicio,

- d) La sujeción a una jornada u horario, la remuneración,
- e) El Control del empleador en las actividades del trabajador y
- f) La Ejecución del trabajo con los medios de propiedad del empleador.

Ejercicio: En virtud de la subordinación el empleador goza de la facultad de alterar unilateralmente condiciones no esenciales del contrato individual de trabajo. Esta facultad se denomina:

- a) Indubio pro operario
- b) Ius variandi
- c) Autonomía Contractual
- d) Ius cogens

2.3.La Remuneración.

Es la contraprestación por ese servicio, sobre este aspecto es menester indicar que al convertirse en un aspecto sensible y constitucionalmente protegido el salario que recibe el trabajador debe ser equivalente a la cantidad y calidad del trabajo, sobre este punto en particular la sentencia C-892 de 2009 reza:

El salario, según lo dispone el artículo 127 CST., subrogado por el artículo 14 de la Ley 50/90, está conformado no sólo por la remuneración ordinaria, fija o variable, sino por todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-892 de 2009)

De acuerdo con lo anterior siempre que la remuneración sea

contraprestación directa del servicio, sin importar si es fija o variable o la denominación que a la misma se le dé, dicho pago constituye salario en los términos del artículo 127 del C.S. del T.

2.3.1. Presunción de Existencia de Contrato de Trabajo

Conforme lo expuesto el numeral segundo del artículo 23 C.S. del T., se conecta con el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades al expresar que, una vez reunidos estos tres elementos, existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé. Así pues, en la hipótesis de existencia de contrato de trabajo al tenor del artículo 23 C.S. del T. es requisito que, no solo concurren los tres elementos, sino que los mismos sean evidenciables, no obstante la señalada exigencia encuentra una salvedad con el único objetivo de salvaguardar los derechos de los trabajadores, en tal virtud el art. 24 C. S. del T. dispone la presunción de relación laboral al indicar que “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”(C.S. del T., 2012). Señalan Orjuela, Segura y Tovar (2013) que dicha presunción “es de carácter legal, el punto de partida en la valoración de la naturaleza de la relación por el juez, que ha de atender al acervo probatorio aportado por las partes el proceso al momento de proferir el fallo” (Orjuela, Segura & Tovar, 2012, p. 35).

Implica que por regla general demostrada la prestación personal del servicio será el “empleador” quien deberá probar en el proceso o que la prestación del servicio no se dio o que el contrato era de diferente naturaleza, pues esta norma exonera al trabajador de probar algo diferente a la prestación personal del servicio y la forma en la que la misma se dio, en consecuencia, le corresponde al empleador demandado desvirtuar esta presunción de la norma por los medios probatorios ordinarios.

De forma reiterada la Corte Constitucional se ha referido a la aplicación del principio de primacía de la realidad, así como a la presunción de existencia de contrato de trabajo, así por ejemplo se encuentran las sentencias T-638 de 2008, T- 629 de 2010, T- 021 de 2006 e incluso en sentencia como la T-426/15, T-392/2017 reconociendo la posibilidad de existencia en relación laboral con la administración pública o la sentencia T-335 de 2004 donde, por ejemplo, la corporación declaró que se había configurado la existencia de contrato de trabajo tras probarse que la actora cumplía con un horario de trabajo, y que por lo tanto se presentaba el elemento de la prestación personal del servicio, en dicha providencia expresó:

en el presente caso debe presumirse la existencia de un contrato realidad entre la accionante y la demandada. En efecto, el demandado señala que la accionante cumplía una jornada laboral de seis horas, las cuales sumadas a las planillas de turnos que fueron anexadas, permiten inferir una relación de subordinación, por lo cual se concluye que los valores que esta última adeuda son de carácter salarial. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-335 de 2004)

Pese a que las normas señaladas y el principio de primacía de la realidad constitucionalmente consagrado pareciera dejar clara la ruta a seguir en caso de presentarse relaciones laborales encubiertas, no ha sido pacífica las posturas dentro de la misma corporación dando lugar en varias oportunidades a que se expidieran sentencias con el objetivo de unificar la jurisprudencia nacional en este aspecto, dentro de ellas se resalta la sentencia SU-540 de 2007 y el más reciente pronunciamiento con la sentencia SU-040 de 2018, en esta última la corporación indicó que en ningún caso el tipo de contrato que se celebre es obstáculo para que la Corte pueda entrar a resolver tal y como se ha expuesto en la sección primera de este libro.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) a la cual pertenece Colombia desde su creación, emitió la Recomendación 198, con el objetivo de brindar elementos que permitieran descubrir relaciones laborales encubiertas u ocultas, dicha recomendación fue observada por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 40288 del 10 de mayo de 2011 al decidir frente a la vinculación que había tenido el actor entre el año 1996 y 1999 con la Caja Agraria en liquidación y donde había fungido como asesor de seguros, en dicha providencia la Corte fundamentó su decisión en los indicios de existencia de relación laboral señalados por parte de la OIT. La recomendación de la OIT (2006) se enfoca desde la ejecución del trabajo y desde la remuneración, señalando como indicios los siguientes:

2.3.2. Ejercicios

Tabla 1.

Indicios de la Relación Laboral

Desde la Ejecución del trabajo	Desde la Remuneración
Instrucción y control Integración con los demás trabajadores Beneficiario del Trabajo sea el empleador Intuito personae Duración-continuidad Disponibilidad Suministro de herramientas, materiales y maquinaria	Periódica Principal fuente de ingresos Pagos en especie Descansos y vacaciones Viáticos No haya Riesgos financieros

Fuente: (Recomendación 198 OIT, 2006).

Ejercicio: El art. 23 CST establece cuáles son los elementos esenciales del contrato de trabajo. Por su parte el artículo 24 CST establece la presunción de existencia de contrato de trabajo, donde el trabajador solo debe probar el primero de los elementos, es decir, la prestación personal del servicio, dicha norma contiene una excepción constitucional respecto de

- a) los contratistas independientes como personas jurídicas no se someten a las normas laborales
- b) las profesiones liberales, donde deberán acreditarse los tres elementos del art. 23.
- c) la subordinación y dependencia que debe ser probada por el demandante
- d) el pago de salario, caso en el cual no debe probarse

3. FORMA DE ESTIPULACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y CLAUSULAS INEFICACES

El contrato laboral por su naturaleza fáctica no reviste formalidades propiamente dichas, de manera que el mismo puede celebrarse de forma verbal o escrita de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37 a 39 y 45 a 47 del C.S. del T., bajo este supuesto podrá aducirse sobre dichas formas lo siguiente:

3.1. Contrato Verbal

De conformidad con el artículo 38 del C.S. del T. cuando el contrato se celebre de forma verbal, es decir, cuando concurren las voluntades, las partes deben, por lo menos, ponerse de acuerdo en:

- i. Índole del trabajo y lugar donde va a realizarse el trabajo.
- ii. Cuantía de la remuneración, estableciendo es la remuneración es por unidad de tiempo, por obra ejecutada, por tarea y establecer los períodos de pago.
- iii. Duración del contrato.

Respecto de la duración del contrato debe indicarse que cuando las partes convengan verbalmente celebrar contrato de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 del C.S. del T, éste se presume por un término indefinido, ello implica la imposibilidad de poder celebrar de forma verbal contratos con una duración fija. Ahora bien, la falta de alguno de los requisitos que se han enunciados no invalida de ninguna manera el contrato, en este supuesto señalan a modo de ejemplo Cadavid y Arenas (2016) “si no se señaló la clase de trabajo y el sitio en donde ha de desarrollarse y el trabajador se desempeña como barrendero en una bodega, la realidad suplirá la omisión de las partes” (Cadavid & Arenas, 2016, p. 41).

3.2. Contrato Escrito

Ordena el artículo 39 C.S. del T. que del contrato celebrado de manera escrita deberá entregarse siempre copia del mismo al trabajador y que el mismo deberá contener:

- i. Identificación y domicilio de las partes
- ii. Lugar y fecha de celebración
- iii. Lugar donde se contrata y donde se prestará el servicio.
- iv. Naturaleza del trabajo.
- v. Cuantía de la remuneración, forma y períodos de pago.
- vi. Estimación de su valor en caso de que haya pagos en especie como habitación o alimentación.
- vii. Duración del contrato y terminación.

3.3.Clausulas ineficaces

En el derecho del trabajo, así como en las demás esferas del derecho privado existe libertad contractual, no obstante al tratar derechos de envergadura iusfundamental como son aquellos vinculados a la dignidad del trabajador, dicha libertad puede encontrar restricciones, por esta razón pese a que se trata de un campo regulado por el derecho privado tenemos que las normas laborales son de orden público, es decir, se caracterizan por su irrenunciabilidad en los términos del artículo 53 de la Constitución y 14 del C.S. del T. De este modo los acuerdos contractuales a los que lleguen empleadores y trabajadores deberán respetar los derechos mínimos consagrados en las normas por lo que en ningún caso se podrán pactar cláusulas que desmejoren las condiciones laborales legalmente previstas a favor de los trabajadores. La anterior prerrogativa se encuentra consignada en el artículo 43 C.S. del T. el cual reza:

En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de esas estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por sí mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente (C.S. del T., 2019, art. 43).

En consecuencia, la norma deja sin efectos cualquier estipulación contractual que cumpla con las características que la norma dispone, esto es; i. Desmejoramiento de la situación del trabajador, ii. Inclusión en el contrato de cláusulas ilegales. No obstante, es de resaltar que, pese a que pueda considerarse de pleno derecho la ineficacia de la disposición, en la práctica deberá ser la justicia ordinaria quien determine la validez o no del contenido de la cláusula que es acusada.

Ejercicio: Un Trabajador al iniciar sus servicios a favor de la empresa X, le presentan para su firma el contrato de trabajo el cual contiene la siguiente cláusula: El trabajador de manera libre y voluntaria, autoriza de manera anticipada al empleador para que, en caso de pérdida o deterioro de las herramientas de trabajo, el empleador deduzca del salario del trabajador el costo de los mismos. La cláusula dispuesta en el contrato es

- a. aplicable en virtud de la libertad contractual
- b. ineficaz y no produce efectos jurídicos
- c. nula, pero deberá ser declarada por un juez
- d. extensiva a otros daños o pérdidas del empleador

3.4. Modalidades de Contratos de Trabajo

Según su duración los contratos de trabajo pueden tener las siguientes modalidades:

A término Indefinido	Mientras subsistan las causas que le dieron
A Término Fijo o Definido	De 1 a 3 años
Por Obra o Labor Contratada	El plazo no está determinado pero es
Para Labores Ocasionales, Accidentales o Transitorias	No mayor de 30 días

Gráfico 1: Modalidades de Contratos de Trabajo.

Fuente: Elaboración Propia basada en art. 46 y 47 del Código Sustantivo del Trabajo

3.4.1. Contrato a término fijo o definido

El contrato a término fijo siempre debe constar por escrito y en él se fija de antemano la duración del contrato de trabajo, es decir, su vigencia. En esta clase de contratos el acuerdo sobre la duración debe expresarse en términos de días, meses o años, sin que pueda superar tres (3) años, de acuerdo con lo previsto en el artículo 46 C.S. del T., la Corte Constitucional (1998) en sentencia de constitucionalidad, indicó frente a los acuerdos que revisten esta modalidad contractual lo siguiente:

Ese acuerdo de voluntades está restringido por la normativa constitucional y por la regulación legal que rige la materia, las cuales se superponen a la voluntad de las partes; es así como, por ejemplo, las partes están impedidas para acordar condiciones de trabajo que vulneren o transgredan sus derechos fundamentales, y en el caso específico que se analiza, el del contrato a término fijo, las mismas están supeditadas a las disposiciones de las normas impugnadas, que establecen una serie de condiciones que rigen ese tipo de contratos; así por ejemplo, en ningún caso podrán las partes pactar un término superior a tres años, tampoco podrán prescindir de la formalidad del contrato escrito, pero sí podrán en cambio, al término de la vigencia del contrato, renovarlo indefinidamente. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia, C-016 de 1998).

La Corte Suprema de justicia (2011) ha señalado la importancia probatoria del contrato a término fijo en el sentido que la estipulación frente a la duración del contrato se convierte en una excepción frente a los principios de estabilidad y continuidad señalados en el artículo 53 superior, al respecto se indica:

Es cierto que para el contrato a término fijo exige la ley, como una de las excepciones que resulta a la regla universal de permanencia del contrato de trabajo en virtud de los principios de estabilidad y continuidad que lo informan, que dicha estipulación conste por escrito, esto es, que sea instrumentada o, en otros términos, vertida documentalmente. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia No. 36.035 de 2011)

Reitera la Corte Suprema de Justicia (2018) que “la falta de una estipulación escrita sobre el término fijo, hace que el contrato laboral se

entienda celebrado a tiempo indefinido”, convirtiéndose la estipulación escrita en una formalidad para su eficacia (actos ad solemnitatem). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL2600- 69175 de 2018)

Por su duración el contrato a término fijo puede ser:

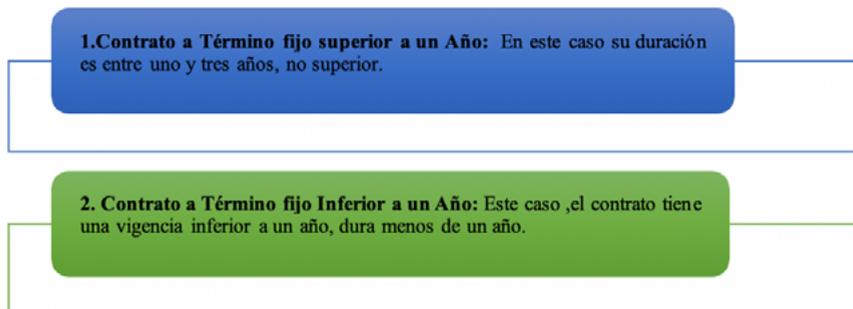


Grafico 2: *Clases de Contrato a Término Fijo*

Fuente: *Elaboración propia basada en artículo 46 Código Sustantivo del Trabajo.*

En este contexto, la vigencia del contrato estará sujeta a la estipulación de un plazo fijo previsto expresamente y por escrito en el contrato. Ahora bien, para la terminación del contrato, en atención al principio de estabilidad en el empleo, se hace necesario que el empleador entregue al trabajador un preaviso o aviso de terminación, con una antelación mínima de (30) treinta días -antes de la fecha estipulada para su terminación-, comunicación en la cual se exprese al trabajador que el contrato terminará por el vencimiento del término pactado. En caso contrario, es decir, de no preavisar al trabajador en los términos descritos, el contrato se entenderá prorrogado en los términos del artículo 46 del C.S. del T. el cual establece lo siguiente:

(...)1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente. (...) (Código Sustantivo del Trabajo, 2019, art.46)

Lo anterior implica respecto del contrato a término fijo inferior a un año que, el mismo sólo podrá renovarse en tres oportunidades por el mismo término, si se renueva de forma automática, o por un plazo inferior, si es acordado previamente entre las partes, pero a partir de la cuarta prórroga, en ningún caso el término de duración del contrato podrá ser inferior a un año. En palabras de Vélez y Usme (2013):

La prórroga automática recoge el mismo tiempo llamado a ser extendido, es decir, será igual por un tiempo igual al término inicialmente pactado, hasta por tres veces; término inicial y hasta tres prórrogas. A partir de la cuarta prórroga el contrato adquiere una duración mínima de un (1) año. (Vélez & Usme, 2013, p. 109)

Dicha situación no ocurre en el contrato a término fijo cuya duración es entre uno (1) y tres (3) años, por cuanto aquí las prórrogas no pueden ser por un término inferior al inicialmente pactado, en razón del ya mencionado principio de estabilidad en el empleo, ahora, si no se presenta el preaviso ello implica la renovación automática del contrato por el mismo término.

Bajo este entendido, se encuentra que hay una diferencia importante entre las dos clases de contrato a término fijo y es relativa a la forma en la que se producen las prórrogas del contrato, así las cosas, existen dos tipos de prórrogas: i. Expresamente Pactadas; donde de forma previa al vencimiento del contrato, esto es con (30) días de antelación, las partes pactan el término de la nueva vigencia del contrato; ii. Automáticas; son aquellas q las causas que han dado origen al contrato, así pues, se deberá considerar en cada caso el término de duración inicial del contrato a efectos de pactar su prórroga. Vale la pena precisar que el contrato puede prorrogarse o renovarse un número indefinido de veces, pero en ningún caso deja de ser contrato a término fijo.

Por otra parte, la terminación del contrato respetando el preaviso con treinta (30) días de antelación, no es considerado un despido pues corresponde al acuerdo inicial de las partes, en otras palabras, es la expiración del plazo que se pactó. Sin embargo, se debe tener en cuenta frente al principio de estabilidad en el empleo que, de encontrarse el trabajador amparado por alguno de los fueros constitucionales, en virtud del cual, el trabajador adquiera estabilidad laboral reforzada no bastará hacer efectivo el que se presentan cuando la parte empleadora no realiza el preaviso legal con los treinta (30) días de antelación, caso en el cual, se

renueva el contrato por el mismo término inicialmente pactado.

Lo anterior no implica que, no en todos los casos, el contrato debe darse por terminado, pues bien, las partes pueden encontrar necesaria la continuidad del vínculo por persistir preaviso legal, y el empleador deberá seguir los lineamientos legales y jurisprudenciales que estén previsto para el caso que le ocupe.

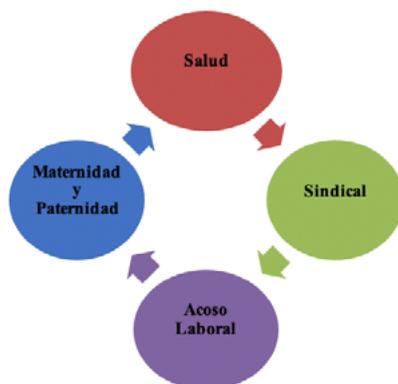


Gráfico 3: Fueros Constitucionales

Fuente: Constitución Política de Colombia artículo 53.

3.4.2. Contrato por Duración de la Obra o Labor Contratada

Es aquel que se pacta para que dure lo que dura la realización de una obra o mientras que se ejecuta una labor que es determinada, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 numeral 1° del C.S. del T. Vale la pena precisar lo dicho por parte de la Corte Suprema de Justicia (2018) frente a las formalidades de esta modalidad contractual, cito:

Se expresó que el contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada es consensual, por lo que para su validez no se requiere escrito. (...)

(...) Hay que subrayar, desde luego, que la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido. En otras palabras, ante la ausencia de claridad frente a la obra o labor contratada, el contrato

laboral se entiende suscrito a tiempo indeterminado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL2600- 69175 de 2018)

En consonancia, con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2600-2018, precedido por sentencias como la del 15 de marzo de 2000 Radicado 12919, y la Sentencia del 03 de julio de 1997, radicado 9312, se concluye frente al contrato por obra o labor que: i) Su elemento diferenciador radica en que el componente que define su duración es ajeno. ii) de acuerdo con ello, se requiere señalar de forma precisa cuál es el objeto del trabajo contratado, que no será otro que la realización de una obra o labor. iii) En este caso, a diferencia del contrato a término fijo, no hay lugar a la realización de preavisos, pues el contrato concluye cuando termina la obra o la labor que fue descrita en el contrato de trabajo. (Código Sustantivo del Trabajo, 2019, art.61, lit.,d). iv) si bien, no es una exigencia de ley, se recomienda que este contrato conste por escrito para efectos probatorios.

3.4.3. Contrato Ocasional, Accidental o Transitorio

Apunta el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo que éste es un contrato de corta duración, cuyo término no excede treinta (30) días. El objeto de este contrato versa sobre actividades que son diferentes de aquellas a las que normalmente se dedica el empleador. En esta modalidad contractual el trabajador tiene exactamente los mismos derechos de todos los trabajadores.

3.4.4. Contrato a Término Indefinido

El contrato de trabajo a término indefinido no exige formalidad alguna para su eficacia, puede ser celebrado de forma verbal o por escrito. Se caracteriza porque, a diferencia de las demás modalidades contractuales, en éste no se estipula un término de duración, así lo expresa el numeral 1º del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo “El contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido” (Código Sustantivo del Trabajo, 2019, art.47). Como se anotó al referir las formas de celebración de los contratos, en esta modalidad contractual existe una presunción de existencia cuando el contrato de trabajo es celebrado en forma verbal.

A renglón seguido, preceptúa la norma que el contrato a término indefinido se mantendrá vigente “mientras subsistan las causas que le dieron origen, y la materia del trabajo” (Código Sustantivo del Trabajo, 2019, art.47), ello implica para el trabajador una mayor estabilidad por cuanto este contrato solo puede ser terminado por parte del empleador probando una justa causa conforme lo dispuesto en los artículos 61 y 62 del C. S del T., en caso opuesto deberá indemnizar al trabajador. Ahora bien, nada impide que sea el trabajador quien decida culminar el vínculo laboral y en este caso la referida norma expresa que “el trabajador podrá darlo por terminado mediante aviso escrito con antelación no inferior a treinta (30) días, para que el empleador lo reemplace.” (Código Sustantivo del Trabajo, 2019, art.47), así mismo la norma dispone una sanción en caso de no cumplir con este preaviso, sobre este punto señalan Vélez y Usme (2013):

(...) no obstante que en el numeral 2 de artículo 47 del código sustantivo del trabajo se prevé la posibilidad de dar por terminado el vínculo con un preaviso de treinta (30) días que facilite al empleador su reemplazo, habiendo desaparecido con ocasión de la Ley 789 de 2002 las indemnizaciones a cargo del trabajador, se puede sostener que el trabajador está facultado en cualquier momento para dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente y sin justa causa sin consecuencia alguna(...) (Vélez & Usme, 2013, p. 112)

De acuerdo con lo anterior, la norma que exige al trabajador presentar el preaviso al empleador con el término de (30) días se encuentra vigente, no obstante, carece de consecuencia jurídica coercitiva y en tal virtud el trabajador podrá dar por terminado el contrato de trabajo en cualquier tiempo sin que se le pueda imponer una sanción por dicha omisión.

Ejercicio: CECILIA fue contratada en la empresa ZAPATO AZUL S.A., el día de ingreso se le indicó la labor que realizaría, el salario, el lugar de prestación del servicio y la fecha de inicio de labores. Cuatro meses después se le notifica por escrito que el contrato finaliza por vencimiento del plazo pactado en los 30 días siguientes. De acuerdo con el caso anterior, se pregunta, se entiende que

- a) el contrato de Cecilia es a término fijo o definido
- b) el contrato de Cecilia es accidental o transitorio
- c) el contrato de Cecilia es a término indefinido
- d) el contrato de Cecilia es civil o comercial

3.5. Concurrencia, Coexistencia de Contratos y Pacto de Exclusividad

3.5.1. Concurrencia de Contratos

El artículo 25 del C.S. del T. frente a la concurrencia de contratos explica que el contrato de trabajo no pierde su naturaleza por el hecho de encontrarse involucrado un contrato de otra categoría, por ejemplo, de índole civil o comercial, de manera que la concurrencia del contrato laboral con otro u otros diferentes, no desvirtúa la individualidad de cada uno, aun cuando sean celebrados con la misma persona que es el empleador en el contrato de trabajo y que se desarrollen de manera paralela o concomitante “al respecto la jurisprudencia de la Sala ha sostenido que dicha figura jurídica consiste en que se hayan desarrollado coetánea o simultáneamente el contrato laboral con uno o varios contratos de orden por ejemplo civil o comercial” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL10126- 44544 de 2017).

No obstante, se requiere que el objeto y la causa de cada contrato sea diferente, ajenos o extraños a la actividad que desarrolla el trabajador de manera que se pueda identificar claramente cada tipo contractual, de lo contrario se deberá mirar esa concurrencia de contratos bajo el principio de primacía de la realidad.

Ejemplo: Entre Pompeyo y Fusión S.A. existe un contrato de trabajo en el que Pompeyo se desempeña como Director de Mercadeo, posteriormente Pompeyo adquiere acciones de la compañía y se convierte en socio. En este caso concurre entre las mismas partes dos contratos de distinta naturaleza, uno laboral y otro de sociedad, cada uno mantiene su individualidad.

3.5.2. Coexistencia de Contratos y Pacto de Exclusividad

Por otra parte, un trabajador puede celebrar contratos de trabajo con otros empleadores, dicho fenómeno se denomina coexistencia de contratos y se encuentra regulado en el artículo 26 del código sustantivo del trabajo. En este caso al involucrarse varios contratos de trabajo, cada empleador deberá atender el salario y las respectivas cargas laborales y prestacionales

a las que tiene derecho el trabajador. En particular las partes de un contrato de trabajo pueden pactar libremente la exclusividad, con el fin de limitar al trabajador el derecho a vincularse con otro empleador durante la vigencia del contrato de trabajo,

(...)la regla general es que una persona puede prestar servicios a varios patronos, a menos que se hubiera pactado expresamente lo contrario, caso en el cual, en consideración del principio de la buena fe contractual, consagrado en el artículo 55 del estatuto sustancial del trabajo, y por tratarse de un pacto que no contraría regla de derecho alguna, al trabajador le queda vedada la posibilidad de prestar servicios a otro empleador, de la misma especie de los que ejecuta a aquél con quien convino la exclusividad, y si los llegare a prestar, indudablemente, estaría incurriendo en un incumplimiento contractual, que si se encuentra catalogado como grave, faculta al patrono para dar por terminado, unilateralmente y con justa causa, el contrato de trabajo. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL 390078, 2010).

Dicho precedente fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 48715 del 27 de enero de 2016, en tal sentido la cláusula de exclusividad solo opera: i. cuando se pacte por escrito, ii. durante la vigencia y el desarrollo del contrato de trabajo, iii. atendiendo al principio de razonabilidad, de acuerdo con el objeto del contrato de trabajo, cuando se trate de una actividad de la misma especie de los servicios que ejecuta.

En conclusión, si se trata de una actividad extraña al objeto del contrato con quien se suscribió el pacto de exclusividad la condición es ineficaz. (Corte Constitucional, Sala de Revisión, Sentencia, T-338 de 1993)

Ejemplo: Seraffin labora como docente investigador de tiempo completo en una Universidad, su empleador con el objeto de preservar sus conocimientos podría acordar: Que el trabajador se obliga a no prestar sus servicios como docente investigador para otras universidades en calidad de docente de tiempo completo. La transgresión de este pacto se puede constituir en una justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte del empleador.

3.6.Revisión del Contrato de Trabajo

El contrato de trabajo es revisable por parte del juez laboral cuando con posterioridad a la celebración del contrato, “sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica” de la empresa. (Código Sustantivo del Trabajo, 2019, art.50). En este caso el empleador puede solicitar al juez de trabajo que declare la existencia de esas graves alteraciones y, en caso de ser declaradas, el juez ordenará restablecer la equidad entre las partes permitiendo que ellas mismas puedan negociar las condiciones del contrato nuevamente, pudiendo incluso darlo por terminado por mutuo acuerdo; mientras que ello no se logre, el contrato de trabajo sigue su curso con todo su vigor. Al respecto la Corte Suprema de Justicia indicó:

La figura de la revisión de los contratos y de las convenciones colectivas prevista en los artículos 50 y 480 del C.S.T. permite al juez decidir sobre la existencia de graves alteraciones de la normalidad económica, ocurridas por fuera de los marcos usuales en la previsión contractual, pero tal pronunciamiento es eminentemente declarativo, y no lo autoriza para negociar y fijar las nuevas condiciones en que se ejecutará el trabajo. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL46855 de 2011)

Para que se revise el contrato las alteraciones deben ser graves, imprevisibles y posteriores al contrato. Esta figura no es usual pues el juez no puede determinar la forma en la que se restablece la equidad entre las partes solo puede declarar que existen las graves alteraciones de la normalidad económica y permite que las partes negocien nuevamente, esto es debido a que el juez laboral conoce de conflictos jurídicos y no de conflictos económicos.

3.7. La Suspensión del Contrato, Causales y Efectos

La suspensión del contrato de trabajo como figura jurídica aparece con el fin de permitir la cesación temporal de los principales efectos del contrato cuando sobrevenga alguna de las causas previstas en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que se impute responsabilidad a ninguna de las partes. Así las cosas, “lo que busca la suspensión es mantener el contrato vigente para proteger al trabajador y al contrato mismo, lo cual implica que la figura sea una expresión del principio de estabilidad” (Benrey, 2011, p.382).

Las causales de suspensión del contrato son taxativas, es decir, son

las descritas en el artículo 51 del C.S. del T. las partes no podrán acordar causales de suspensión distintas a las que allí se encuentran consagradas así lo explica la Corte Constitucional (2018):

El Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 51 subrogado por el artículo 4 de la Ley 50 de 1990, establece que el contrato de trabajo se suspenderá por una serie de causales allí previstas de forma taxativa, pues lo pretendido por la norma es evitar que de forma intempestiva el empleador cierre la unidad productiva de la que derivan su subsistencia los trabajadores y su familia, en ese sentido la suspensión de los contratos laborales debe ser entendida como una situación excepcional (Corte Constitucional, Sala de Revisión, Sentencia T-048 de 2018).

En consecuencia, durante el tiempo de suspensión el trabajador no presta sus servicios y el empleador no reconoce salarios, aun así, la facultad de subordinación permanece, así como la obligación del empleador de cotizar al sistema de seguridad social, en salud y en pensiones.

3.7.1. Causales de Suspensión del Contrato de Trabajo

- *Fuerza Mayor o Caso Fortuito que temporalmente impida su ejecución*

Sea lo primero advertir que, de conformidad con el artículo 64 del Código Civil Colombiano, se considera como “fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” (Código Civil, 2019, art.64). Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil (2018), ha dicho que no hay una diferencia real en el propósito que cumplen ambos conceptos en el ámbito del derecho civil, es decir la fuerza mayor y el caso fortuito cumplen la misma función. En este caso, una vez se atraen dichos términos al ámbito del derecho del trabajo, el hecho que se presenta y que da lugar a la suspensión del contrato, debe ser imprevisible e irresistible y de tal magnitud que le impida al empleador desarrollar temporalmente su objeto social. Así las cosas, en la ocurrencia del hecho no puede haber culpa del empleador, pues de lo contrario no se cumpliría con el requisito de imprevisibilidad e irresistibilidad.

Por otra parte, para que proceda la suspensión de los contratos de trabajo, se hace necesario cumplir con el requisito dispuesto en el artículo

2 de la Ley 50 de 1990, esto es que el empleador informe y demuestre al Ministerio de Trabajo los hechos que hacen imperativa la suspensión de los contratos de trabajo, de forma que será esta autoridad administrativa quien deberá aprobar la suspensión, de lo contrario el no pago de salarios carecería de validez.

Respecto del tiempo por el cual se autoriza la suspensión se debe precisar que normativamente no hay un término preestablecido, sin embargo, es claro que debe ser temporal y que conforme la gravedad del suceso el Ministerio de Trabajo define el plazo por el cual se extenderá la suspensión.

- *Muerte o Incapacidad del Empleador Cuando es Persona Natural*

La muerte o inhabilidad del empleador no es suficiente se requiere que además conlleve la imposibilidad de prestar el servicio, así “no siempre que fallezca un empleador que es persona natural se va a presentar la suspensión del contrato de trabajo, pues habrá situaciones en las que esta persona no sea indispensable para determinar la ejecución del mismo y otra pueda sustituirlo” (Bermúdez, 2012, p.252), bajo tal hipótesis se entiende que las responsabilidades que recaían en cabeza del empleador son asumidas por quienes jurídicamente lo representen y en tal virtud operaría el fenómeno de la sustitución patronal. Para que aplique esta figura se requiere cumplir con tres elementos: 1. Que haya un cambio de empleador por otro; 2. La continuidad de la empresa o del negocio, esto implica que la empresa, establecimiento o negocio debe seguir en funcionamiento y, 3. que el empleado continúe prestando el servicio bajo las órdenes del nuevo empleador. (Código Sustantivo del Trabajo, 2019, art.67)

- *Clausura Temporal de la Empresa o Negocio hasta por 120 días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador*

La causal de suspensión prevista en el numeral tercero del artículo 51 del C.S. del T. indica que dicha clausura puede ser por razones técnicas o económicas, pero el origen de estas debe ser independiente de la voluntad o culpa del empleador, es decir, es menester que no medie responsabilidad en el hecho que da lugar a la solicitud por parte del empleador. De acuerdo con la norma, para proceder con la suspensión, el empleador debe solicitar autorización al Ministerio de Trabajo y comunicar por escrito dicha

situación a los trabajadores, en caso contrario se dará aplicación al artículo 140 del C.S. del T. el cual dispone la continuidad en el pago de salarios a los trabajadores cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del empleador (Código Sustantivo del Trabajo, 2019, art.140).

Esta causal se diferencia de la fuerza mayor o caso fortuito en que: i. no necesariamente hay imposibilidad de desarrollar el objeto del trabajo, como si ocurre con la fuerza mayor o caso fortuito (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL 4246,1991); ii. esta solo procede por razones técnicas o económicas y tiene previsto un límite en cuanto al tiempo que procede la suspensión, la norma contempla un término máximo de ciento veinte (120) días. En este período de tiempo el empleador deberá procurar resolver las contingencias, no obstante, si la causal subsiste pasados ciento veinte (120) días, se deberá solicitar al Ministerio la autorización para la terminación colectiva de los contratos de trabajo, debiendo asumir las respectivas indemnizaciones a favor de los trabajadores. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL11632 de 1999).

- *Por licencia o permiso temporal no remunerado concedido por el empleador o por sanción disciplinaria*

En este caso se debe distinguir:

- La licencia o Permiso Temporal: Son aquellas que tienen el carácter de no remuneradas porque provienen de la voluntad del empleador, o constan de este modo en el reglamento interno de trabajo o en convenciones colectivas de trabajo. Un ejemplo de esto es cuando el trabajador, pese a no estar causado el derecho a disfrutar de las vacaciones, solicita permiso para viajar con su familia, de manera que, si el empleador lo otorga, generará la suspensión del contrato.
- Por sanción Disciplinaria: Cuando el trabajador ha incurrido en una conducta de indisciplina, debidamente probada, de acuerdo con el contrato o con el reglamento interno de trabajo, la impone el empleador en ejercicio de su potestad disciplinaria, sobre el particular se debe considerar que el artículo 112 del C.S. del T. establece que “Cuando la sanción consista en suspensión del trabajo, ésta no puede exceder de ocho (8) días por la primera vez, ni de dos (2) meses en caso de reincidencia de cualquier grado”(Código Sustantivo del Trabajo, 2019, art.112)

- *Cuando el Trabajador es Llamado a Prestar Servicio Militar*

De conformidad con la Ley 1861 de 2017, cuando el trabajador es llamado a prestar servicio militar, el empleador tiene el deber de guardar el puesto de trabajo durante el tiempo de prestación del servicio militar y treinta (30) días más, así mismo cuando el trabajador es llamado de forma extraordinaria a filas, el empleador deberá reintegrarlo dentro del semestre siguiente a la finalización; de no dar cumplimiento el empleador podrá ser sancionado con multa e incluso con cierre del establecimiento. Sobre el particular el Ministerio de Trabajo en concepto No. 8981 de marzo de 2018:

En conclusión, todo Empleador que tenga a su servicio trabajadores que vayan a prestar el servicio militar obligatorio, tienen la obligación de conservar el puesto de trabajo durante el tiempo que dure la prestación del servicio militar y treinta días hábiles posteriores a la finalización del mismo, en atención a lo normado por el ordinal 5 del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, como también el Empleador tiene la obligación de conceder permiso a sus trabajadores cuando las Autoridades Militares les hagan un llamamiento especial a filas y a re integrarlos cuando hayan culminado el servicio especial al cual fueron llamados, dentro del semestre siguiente a su licenciamiento, caso contrario, se verán abocados a las sanciones de rigor, a las cuales se hizo alusión. (Ministerio de Trabajo, 2018, p.3).

- *Por Detención Preventiva del Trabajador o por Arresto Correccional que no Exceda de 8 Días por cuya Causa no Justifique la Extinción del Contrato*

Se debe aclarar que de acuerdo con el criterio de la Corte Suprema de Justicia (2012), no será suficiente que exista una orden de captura contra el trabajador puesto que tal situación por sí sola no le impide desarrollar la labor (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL40249,2012). Por ello, para que la causal de lugar a la suspensión debemos pensar en la detención preventiva del trabajador, pues solo será en este caso que existirá imposibilidad física para que el trabajador preste personalmente el servicio, la corporación adujo:

(...) lo que efectivamente la suspende es la detención preventiva física que conlleva a la imposibilidad material de cumplir con una de las obligaciones del trabajador, cual es, la de prestar personalmente

su servicio. Por manera que, una orden de captura, por si sola, no es dable considerarla como una causal de fuerza mayor que le impida al trabajador ejecutar la actividad a la que se comprometió con el dador del laborío, toda vez que mientras no se haga efectiva la detención, la persona goza de libertad, situación que le permite, se itera, cumplir con el contrato de trabajo. labor (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL.40249,2012).

Sumado a lo anterior, el término de ocho (8) días que refiere el artículo 51 del C.S. del T. no es pues arbitrario puesto que conforme el mandato constitucional la situación del detenido, en este caso, del trabajador debe ser definida en el término de 36 horas (Constitución Política,1991, art. 28). El siguiente punto es que cuando la norma dispone que hay lugar a la suspensión siempre que el hecho por sí mismo no justifique la terminación del contrato, hace referencia a dos situaciones: i. a delitos cometidos en el lugar de trabajo, en contra de los bienes, de la persona del empleador, o de sus representantes o compañeros de trabajo, en este caso el empleador decide si una vez adelantado el proceso penal correspondiente, suspende o termina el contrato. ii. cuando la detención se ha extendido por más de 30 días, independientemente de la causa, el empleador con fundamento en el artículo 62 del C.S. del T. puede proceder con la terminación del contrato con justa causa así lo hace notar Bermúdez (2012). En cualquier caso, el empleador siempre ha de adelantar un debido proceso.

- *Por Huelga Declarada en la Forma Prevista en la Ley*

Dará lugar a la suspensión del contrato del trabajo la huelga que es declarada en forma legal y siempre que la misma no sea por culpa imputable al empleador. En el primer caso, es menester indicar que la asociación sindical, además de haber agotado la etapa de arreglo directo, no debe estar inmersa en ninguno de los casos de ilegalidad de la huelga contemplados en el artículo 450 del C.S. del T. pues en caso contrario no procedería la suspensión de los contratos de trabajo. En segundo lugar, cuando lo que ha provocado el cese de actividades ha sido la conducta del empleador, este evento no suspenderá los contratos laborales y por el contrario correrá a cargo del empleador el pago de salarios y prestaciones sociales. En este sentido la Sentencia C-1369 de 2000 refiere:

Es posible imputar la huelga a la culpa del empleador, cuando ella se origina en una conducta antijurídica de éste, como sería el

incumplimiento de sus obligaciones o de los deberes legales, contractuales o convencionales, que son jurídicamente exigibles. La suspensión de los contratos de trabajo resulta inaplicable, toda vez que la conducta del empleador al incidir directamente en el origen del conflicto colectivo genera una clara responsabilidad, que justifica la reparación del perjuicio causado a los trabajadores, como consecuencia de la suspensión. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1369 de 2000)

De acuerdo con lo expuesto, las causales que taxativamente dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo han sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de las distintas cortes tanto al resolver casos en la jurisdicción ordinaria como en sede constitucional.

- *Reanudación del Contrato de Trabajo*

Cuando la suspensión sea por fuerza mayor o caso fortuito, muerte o incapacidad del empleador cuando es persona natural, clausura temporal de la empresa hasta por 120 días, una vez desaparecidas las causas que dieron lugar a la suspensión del contrato, el empleador deberá avisar a los trabajadores la reanudación del contrato mediante notificación personal y por aviso al trabajador y, en caso de no ser posible el contacto directo, se realizarán dos (2) avisos en periódico local indicando la fecha de reanudación en los tres (3) días siguientes a la notificación o el último aviso.

- *Efectos de la Suspensión del Contrato de Trabajo*

Los efectos de la suspensión del contrato se encuentran en el artículo 53 del C. S. del T. y dentro de ellos, como es natural, se encuentra que durante el tiempo de la suspensión el trabajador no tiene la obligación de prestar el servicio y por consiguiente el empleador no estará en el deber de remunerarlo, no obstante, podrá descontar los días que dure la suspensión al momento de liquidar cesantías, vacaciones y pensión de jubilación (cuando esté a cargo de la empresa). En relación con las cotizaciones del sistema de seguridad social, la obligación continúa a cargo del empleador, sin embargo, éste la realizara frente a lo que legalmente le corresponde, es decir, en salud (8.5%) y en pensión (12%); lo anterior en la medida que el empleado durante este tiempo no devengó un salario y por lo tanto no tendrá de donde descontarle sus aportes salud el (4%) y pensión (4%). En el caso de los aportes ante las aseguradoras de riesgos laborales (ARL) no se realizan cotizaciones puesto que el trabajador no se encuentra corriendo ningún riesgo laboral.

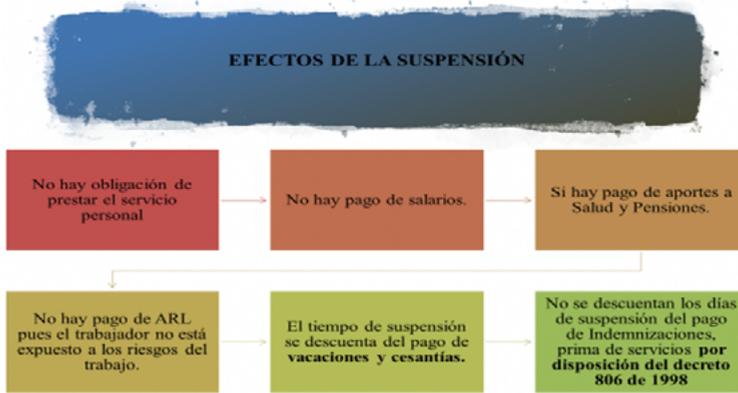


Gráfico 4: Efectos de la Suspensión del Contrato

Fuente: *Elaboración Propia basada en artículo 53 Código Sustantivo del Trabajo*

3.8. La Terminación del Contrato de Trabajo

El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo contempla las causas por las cuales el vínculo contractual puede llegar a su fin, no obstante, de dicha normativa se pueden identificar tres categorías de hechos que pueden dar lugar a la extinción de la relación de trabajo, allí se encuentran aquellas circunstancias que son ajenas a la voluntad de las partes, las que provienen de la voluntad de ambas partes, es decir, del mutuo acuerdo entre empleador y trabajador, y finalmente aquellos hechos que influyen en la voluntad de una de las partes del contrato y la impulsa a dar por concluido el contrato de forma unilateral, pudiendo emanar esa intención tanto del empleador como del trabajador y, en tal virtud, esta última podrá estar respaldada o no en una justa causa.

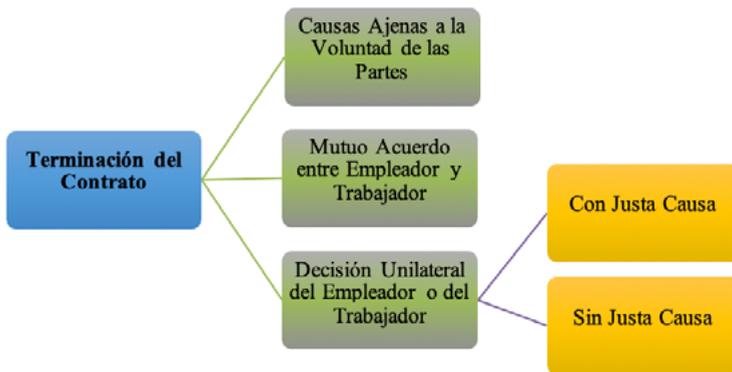


Gráfico 5: Terminación del Contrato de Trabajo

Fuente: *Elaboración propia basado en (Novoa & Borda, 2012, p. 237)*

3.8.1. *Terminación por Causas Ajenas a la Voluntad de las Partes*

La culminación del contrato de trabajo puede llegar a ser ineludible cuando se presentan hechos que, por sí mismos, conllevan la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato, de manera que no puede seguirse desarrollando, sin que tal hecho pueda ser atribuible a ninguna de las partes.

- *Por muerte del trabajador*

Cuando se presenta el fallecimiento de la persona del trabajador, se termina ineludiblemente el contrato laboral, por tratarse de un contrato que por su naturaleza “*intuitu personae*”, es intransmisible. Ahora bien, se reitera que si quien fallece es el empleador, lo que se genera es la suspensión del contrato, pues las obligaciones laborales se transmiten a los herederos, operando el fenómeno de la sustitución patronal contenida en los artículos 67 a 70 del C.S. del T.

- *Por sentencia judicial*

Este hecho, aunque puede llegar a ser impulsado por las partes, proviene directamente de la autoridad judicial, así el juez mediante sentencia declara o autoriza la terminación del contrato de trabajo, un ejemplo de ello es en el caso de los trabajadores que gozan del fuero sindical, pues el empleador no puede dar por terminado el contrato de trabajo sin antes levantar el fuero, para ello debe presentar demanda y probar ante el juez laboral la existencia de una justa causa (Código Sustantivo del Trabajo, 2019, art.405)

- *Liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento*

En este escenario, la clausura o cierre definitivo de la empresa no debe llevarse a cabo sin contar con la autorización del Ministerio de Trabajo, por mandato expreso del artículo 61 del C.S. del T el cual dispone que “el empleador deberá solicitar el correspondiente permiso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social e informar por escrito a sus trabajadores de este hecho” (Código Sustantivo del Trabajo, 2019, art.61,2).

Aunando en lo anterior, las consecuencias de la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento dependerán de las razones que han dado lugar a ello, pues si la clausura o cierre es por causas ajenas a la voluntad del empleador, como una fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados, en este caso no habría lugar a indemnizar a los trabajadores (Cadauid &

Arenas, 2016, p. 267), reiterando la obligatoriedad de solicitar permiso para la terminación de los contratos al Ministerio de Trabajo e informar a los trabajadores.

En caso opuesto, si la liquidación o cierre de la empresa es por voluntad del empleador, esta terminación de contratos no tiene una justificación jurídicamente admisible por lo que el empleador no solo deberá solicitar el permiso referido, sino que tendrá que indemnizar a sus trabajadores, así lo dispone el artículo 67 de la ley 50 de 1990:

Cuando un empleador o empresa obtenga autorización de Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para el cierre definitivo, total o parcial, de su empresa, o para efectuar un despido colectivo, deberá pagar a los trabajadores afectados con la medida, la indemnización legal que le habría correspondido al trabajador si el despido se hubiera producido sin justa causa legal (Congreso de Colombia, Ley 50,1990)

Las posturas señaladas han sido objeto de controversia por existir distintos pronunciamientos por parte de la Corte Suprema de justicia, quien sobre el particular ha sostenido posturas en las dos vías, sin embargo, se resalta la posición que fue adoptada en sentencia del 2008, donde expreso que, pese a la existencia de una fuerza mayor o caso fortuito, el riesgo propio de un negocio es el fallecimiento del mismo y que, por lo tanto, aún en estos casos hay lugar a la indemnización. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Referencia No. 31.320 de 2017)

- *Por suspensión de actividades por parte del empleador por más de ciento veinte (120) días*

La causa se genera cuando han pasado ciento veinte (120) días sin que el empleador haya podido superar los impases técnicos, administrativos o económicos que originaron la suspensión. El principio y regla general es que la terminación del contrato por esta causa genera indemnización a cargo del empleador y a favor de los trabajadores, quienes no tienen culpa en esta contingencia, adicionalmente el empleador requiere el permiso del Ministerio de Trabajo con informe escrito a los trabajadores, para poder proceder con el despido colectivo.

- *Cuando el trabajador no regrese a su empleo, al desaparecer las causas de la suspensión del contrato.*

En cualquiera de los casos una vez se han superado las causas de la suspensión, el no retorno del trabajador a sus labores dará lugar como consecuencia a la terminación del contrato de trabajo, sin que por ello se pueda desconocer el debido proceso que en cualquier caso se deberá garantizar al trabajador que se encuentra ausente.

3.8.2. Terminación del contrato por mutuo acuerdo entre empleador y trabajador

El contrato de trabajo nace del acuerdo de voluntades y por consiguiente es natural que desde su nacimiento o en el desarrollo del contrato, las partes convengan su finalización. Así pues, la causa de la terminación puede provenir del término inicialmente pactado por las partes o de un convenio de finiquito posterior. En este orden de ideas, y de conformidad con los literales b, c y d consagrados en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo el contrato de trabajo termina en forma bilateral:

- i. Por terminación de la obra o labor contratada; puesto que en esta modalidad contractual su duración está previamente determinada por la duración de la obra o por la terminación de la labor contratada.
- ii. Por expiración del plazo fijo pactado; en este caso procederá la terminación por el vencimiento del término, siempre y cuando el empleador haya dado cumplimiento al requisito de preaviso legal, con un término de antelación no inferior a treinta (30) días, de no cumplirse no hay lugar a aplicar esta causal de extinción del contrato.
- iii. Por mutuo acuerdo; es válido que las partes convengan poner fin al contrato de trabajo, sin embargo, como requisito para la eficacia de dicho acuerdo, el consentimiento debe estar exento de vicios como el error, la fuerza o el dolo. (Código Civil, 2017, art. 1741)

3.8.3. Terminación del Contrato por Decisión Unilateral del Empleador o del Trabajador

La determinación que ha adoptado el empleador o el trabajador frente a la terminación del contrato de trabajo entra a tomar diferentes matices, y es partir de este punto donde se podrán evidenciar verdaderamente las causales que permiten identificar cuando la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo se encuentra justificada. Con todo, la persona de la

que proviene la decisión y la forma en la que el empleador o el trabajador expresen esa voluntad tendrá implicaciones respecto de los efectos que producirá la terminación del contrato, bajo esa tesitura habrá de distinguirse la renuncia y el despido.

- *Renuncia del Trabajador y Despido Indirecto*

Cuando es el trabajador quien decide concluir la relación contractual, su renuncia puede ser voluntaria o provocada. En el primer caso, la renuncia voluntaria será una libre manifestación de voluntad en la que no se pone de por medio un incumplimiento frente a los deberes contractuales de las partes, en este supuesto el trabajador puede terminar el contrato de trabajo de forma verbal o por escrito, reiterando que en los contratos a término indefinido si bien existe obligación por parte del trabajador de preavisar con treinta días de antelación, en caso contrario no existe sanción.

Situación opuesta se presenta cuando la renuncia es provocada, pues aquí la causa de la decisión que adopta el trabajador se origina en los incumplimientos por parte del empleador respecto de sus obligaciones legales, contractuales o convencionales. De ahí que cuando el trabajador va a comunicar su renuncia, deberá hacerlo por escrito por sus efectos probatorios, de manera que justifique de manera clara los hechos que han motivado su renuncia, pues de conformidad con el parágrafo único del artículo 62 del C.S. del T. no podrá alegar con posterioridad causas distintas que las expuestas al momento de la renuncia.

Esta forma de extinción del vínculo laboral ha sido conocida jurisprudencial y doctrinariamente como despido indirecto, en este caso el trabajador puede dar por terminado el contrato de trabajo con fundamento en una de las causales de terminación contempladas en el 62 literal b. del C. S. del T. Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia (2017) en reiteradas providencias refiriendo que:

Sobre el despido indirecto, la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el sentido de señalar que se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo y, aunque, en principio se ha señalado que al trabajador le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su

terminación injusta, en este caso también le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL. 21655 de 2017).

En consecuencia, considerando lo dicho por parte del honorable tribunal, será necesario que el trabajador que pretenda aducir un despido indirecto o renuncia provocada enuncie y fundamente de forma suficiente una de las siguientes causales:

1. El haber sufrido engaño por parte del empleador, respecto de las condiciones de trabajo.
2. Todo acto de violencia, malos tratamientos o amenazas graves inferidas por el empleador contra el trabajador o los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio, o inferidas dentro del servicio por los parientes, representantes o dependientes del empleador con el consentimiento o la tolerancia de éste.
3. Cualquier acto del empleador o de sus representantes que induzca al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas.
4. Todas las circunstancias que el trabajador no pueda prever al celebrar el contrato, y que pongan en peligro su seguridad o su salud, y que el empleador no se allane a modificar.
5. Todo perjuicio causado maliciosamente por el empleador al trabajador en la prestación del servicio.
6. El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales.
7. La exigencia del empleador, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató, y
8. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada

como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos. (Código Sustantivo del Trabajo, 2019, art.62, lit. b)

- *Despido legal e ilegal*

El despido es la manifestación de voluntad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, aun así, con fundamento en el principio de estabilidad en el empleo consagrado en el artículo 53 de la Constitución (1991), dicha facultad se encuentra limitada con miras a proteger a la parte más débil de la relación laboral, así pues la terminación unilateral del contrato por parte del empleador debe estar fundamentada en una justa causa y el procedimiento que se emplee en la verificación de la ocurrencia de los hechos que la motivan debe garantizar derechos inalienables como el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción.

En este orden de ideas, el despido que se practica en forma legal: i. se ajusta a las normas; ii. es proporcional en relación con la gravedad de la falta y la decisión de dar por terminado el contrato, iii. es oportuno de manera que no ha pasado mucho tiempo entre la ocurrencia de los hechos, la investigación de los mismos y adopción de la decisión por parte del empleador, al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia 7136, consideró que existe proporcionalidad en el tiempo cuando la investigación no excede el término de (6) meses (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 13 de diciembre de 1994, Referencia No. 7136) iv. el trabajador tiene la oportunidad de controvertir las imputaciones del empleador.

Sobre este último punto, el artículo 115 del C.S. del T. exige al empleador que, antes de aplicar cualquier tipo de sanción a sus trabajadores “debe dar oportunidad de ser oídos tanto al trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato a que este pertenezca no producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga pretermitiendo este trámite.” (Código Sustantivo del Trabajo, 2019, art. 115).

Es importante señalar que existen criterios opuestos entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional frente al debido proceso laboral, pues la Corte Constitucional, en reiterados pronunciamientos entre ellos, las sentencias T-301 de 1996, T-433 de 1998 y la C-593 de 2014, ha explicado que el debido proceso comprende:

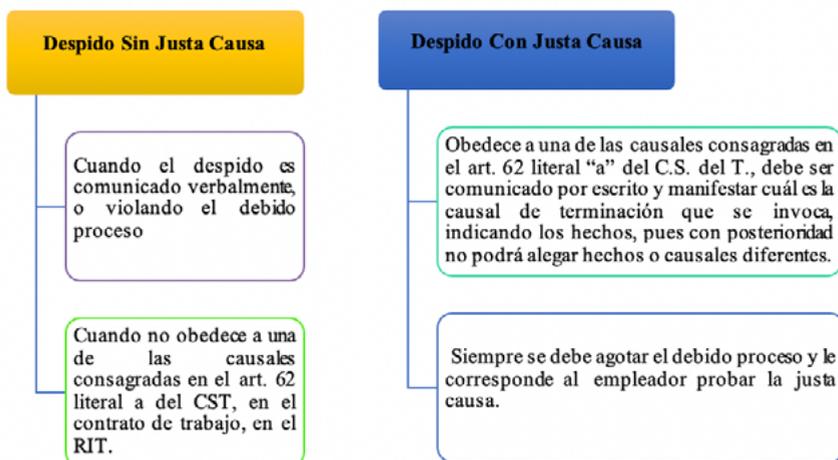
(...) (i) la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción, (ii) la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias. Acá debe recordarse que el mismo Código Sustantivo del Trabajo dispone que tanto la conducta como su respectiva sanción debe encontrarse previamente consagradas en el Reglamento Interno del Trabajo, (iii) el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados, (iv) la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos, (v) el pronunciamiento definitivo del patrono mediante un acto motivado y congruente, (vi) la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y (viii) la posibilidad que el trabajador pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones ya sea ante el superior jerárquico de aquél que impone la sanción como la posibilidad de acudir a la jurisdicción laboral ordinaria. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-593 de 2014)

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia (2018) adujo que a menos que el Reglamento Interno de la empresa señalará un procedimiento especial, lo único que debe garantizar el empleador al trabajador al momento de terminar el contrato de trabajo con justa causa es darle la oportunidad de conocer y controvertir los hechos y comunicarle los motivos del despido con o sin descargos, la providencia reza:

(...) salvo norma en el RIT de la empresa que establezca un procedimiento para el despido, lo mínimo legalmente exigible es que al momento del retiro al trabajador se le haga saber los motivos y razones concretas del despido. Por lo tanto, no necesariamente se viola el derecho de defensa cuando el empleador no cita a descargos al trabajador previamente al despido, siempre que le haya dado la oportunidad para dar su versión de los hechos y le haga saber, debidamente, las causales que configuran la justa causa del retiro. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL-1444 de 2018)

En este sentido las dos Cortes conciben de manera distinta el

debido proceso laboral, coincidiendo solo frente a la necesidad de dar al trabajador la oportunidad de controvertir los hechos y pruebas del empleador y la exigencia de que la terminación del contrato se notifique por escrito y de manera motivada, será forzoso concluir que el despido con violación del debido proceso se considera ilegal y por lo tanto el trabajador tendrá derecho a reclamar ante la justicia del trabajo la correspondiente indemnización.



Grafica 6: Despido con y sin justa causa

Fuente: Elaboración propia basada en art. 62 literal "a" del C.S. del T

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

Como se ha expuesto, el artículo 62 del C.S. del T. dispone cuáles son las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, de manera que es la misma ley la que faculta al empleador para que, en caso de presentarse un hecho cuya gravedad haga insalvable la relación de trabajo, pueda el empleador darle finiquito sin que medie indemnización alguna. No obstante, y como se ha señalado, para poder adoptar cualquier decisión habrá de agotar el debido proceso teniendo suficientemente comprobada la culpa del trabajador en los hechos cuya autoría o responsabilidad se le atribuye y en este orden de ideas, el trabajador debe conocer los hechos y pruebas que sustenta la imputación. Dentro de las causales legales contempladas en el artículo 62 literal a del C. S. del T. se encuentran:

- *El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la*

presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.

El contrato de trabajo se celebra en consideración a la persona, por lo que el engaño por parte del trabajador frente a su experiencia o preparación para optar al cargo lesiona gravemente la confianza requerida para la buena marcha de la relación laboral, y en esa medida el empleador estará facultado para dar por culminada la relación laboral.

- *Actos de violencia y grave indisciplina dentro y fuera del lugar de trabajo*

De acuerdo con los numerales 2 y 3 del literal a del artículo 62 del C. S. del T, cuando el trabajador dentro del lugar de trabajo o en cumplimiento de sus funciones, comete actos de violencia, injuria, malos tratamientos ya sea en contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo, o ejerce comportamientos que puedan ser catalogados como de grave indisciplina, es decir, afectando el desempeño propio o de sus compañeros es posible aplicar esta causal. Ahora bien, el numeral tercero de la norma referida explica que, si dicha conducta ocurre por fuera del lugar de trabajo o por fuera del horario laboral, la causal solo será aplicable si el acto se produce en contra del empleador, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, y adiciona la norma, contra los jefes de taller, vigilantes o celadores. No obstante, en cada caso el empleador deberá analizar la gravedad de los actos del trabajador, de manera que pueda determinar si realmente es proporcional los hechos objeto de estudio en relación con la determinación de concluir el contrato de trabajo, al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-299 de 1998 resaltó:

Se debe determinar en cada caso particular y concreto si los ultrajes, insultos, ofensas, injurias, improperios o actos de violencia, en que incurre el trabajador son realmente graves y ameritan que el empleador tome la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo. Por tanto, los hechos que dan lugar a la configuración de la causal referida deben ser analizados por el empleador en forma razonable, objetiva e imparcial y estar plenamente demostrados para evitar decisiones injustificadas que puedan perjudicar al trabajador. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-299 de 1998).

Así las cosas, el comportamiento del trabajador debe ser lo suficientemente grave como para impedir que el contrato siga su curso con normalidad, siendo así al empleador le corresponderá demostrar la magnitud de la falta, atendiendo a la necesidad de que exista proporcionalidad entre los hechos y la consecuencia.

- *Daños materiales en los bienes de trabajo*

Los daños a los que hace referencia la causal legal son aquellos que son causados de manera intencional y que afecta a los “edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo” (Código Sustantivo del Trabajo, 2019, art.62, literal a, numeral 4), en este supuesto se requiere un doble componente, el primero es la producción de un resultado dañoso y el segundo es la intervención de la voluntad del trabajador en ese resultado. Ahora bien, cuando producto del comportamiento negligente del trabajador, se pone en riesgo la seguridad de las personas o de los bienes del empleador, no se requiere la producción de un resultado, bastará que se presente una situación de riesgo por el incumplimiento a un deber de cuidado por parte del trabajador.

Esta causal se encuentra directamente relacionada con las obligaciones especiales de los trabajadores consagradas en el artículo 58 del CST pues por una parte el trabajador tiene el deber de cuidar de los elementos de trabajo y por otra de informarle al empleador de toda circunstancia que represente un riesgo para para los bienes o para las personas.

- *Actos inmorales o delictuosos*

Dentro de esta causal se encuentran aquellos actos que atentan contra la moral o que se constituyen en conductas delictivas, por parte del trabajador, pero con la exigencia de que las mismas se cometan en el lugar de trabajo o en el desempeño de las funciones. Se deriva de lo anterior la necesidad de dilucidar en qué contexto se puede calificar como moral o inmoral un comportamiento en el ámbito laboral, y frente ello la Corte Constitucional en Sentencia C-931 de 2014, revela dos parámetros básicos:

- (i) Dicho concepto debe entenderse como moral social y debe producir una desaprobación objetiva de acuerdo con los parámetros axiológicos aceptados por la sociedad, lo que excluye un reproche subjetivo crítico o intolerante; y

(ii) la realización del acto considerado `inmoral` debe darse en el lugar de trabajo o en ejecución de las labores, y afectar el normal desarrollo de las funciones de la empresa. Es decir, dicho acto debe trascender la esfera privada y del interés particular a un ámbito laboral, por afectar derechos de terceros, y la convivencia digna y respetuosa que debe guiar las relaciones de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la ley (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-931 de 2014).

En segundo término, si lo que se presenta es un acto delictuoso, hay que tener en cuenta que el proceso laboral es independiente del proceso penal y el juez de trabajo cuenta con la autonomía para decidir si efectivamente se presentó el hecho calificado como delictivo, sin necesidad de esperar el pronunciamiento por parte de la justicia penal, así lo ha reafirmado la Corte Suprema de Justicia (2015):

Con todo, de tiempo atrás tiene dicho la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, que el juez laboral es competente para definir en juicio si el trabajador ha incurrido en actos inmorales o delictuosos dentro del ámbito de sus obligaciones contractuales de naturaleza laboral. La razón está en que el tema se encuentra regulado por la ley del trabajo y en que, por ello, incumbe a esta jurisdicción determinar si el trabajador ha transgredido el contrato por uno de esos actos. Por lo mismo, no debe el juez del trabajo esperar la resolución del juicio penal, ni supeditar su decisión a que ese juicio exista o no. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL10137- 39639 de 2015)

Conviene precisar que si antes de la sentencia por parte del juez laboral, al trabajador le es reiterada su condición de inocencia en el proceso penal, dicha decisión forzosamente incide en el proceso laboral y, en consecuencia, el despido se vuelve injusto.

- *Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones*

Dentro de esta causal se recogen todas las obligaciones especiales y las prohibiciones que legalmente tienen los trabajadores, además de incluir aquellas faltas que las partes contractual o convencionalmente hayan estipulado como graves. Así pues, el artículo 58 del CST señala como obligaciones a cargo de los trabajadores:

Tabla 2.

Obligaciones especiales del trabajador

1. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.
2. No comunicar con terceros, salvo la autorización expresa, las informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios al empleador, lo que no obsta para denunciar delitos comunes o violaciones del contrato o de las normas legales del trabajo ante las autoridades competentes.
3. Conservar y restituir un buen estado, salvo el deterioro natural, los instrumentos y útiles que le hayan sido facilitados y las materias primas sobrantes.
4. Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros.
5. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios.
6. Prestar la colaboración posible en casos de siniestro o de riesgo inminente que afecten o amenacen las personas o cosas de la empresa o
7. Observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes o de enfermedades profesionales.
8. La trabajadora en estado de embarazo debe empezar a disfrutar la licencia remunerada consagrada en el numeral 1 del artículo 236, al menos una semana antes de la fecha probable del parto.

Fuente: *Elaboración Propia basada en art. 58 del Código Sustantivo del Trabajo*

A su turno, el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo contempla las prohibiciones legales para los trabajadores, no obstante, debe ser claro que, pese a que se encuentran la mayoría enlistadas en esta disposición, dentro de las prohibiciones también se debe considerar las conductas que son constitutivas de acoso laboral (ley 1010, 2006). Dicho lo anterior, las prohibiciones a los trabajadores se pueden sintetizar en la siguiente gráfica:



Grafica 7: Prohibiciones a los trabajadores

Fuente: Elaboración propia basada en art. 60 del C.S. del T y la sentencia de la Corte Constitucional, Sala Plena, C-636 de 2016

Respecto del alcance de esta causal se refirió en un segundo aspecto que la misma abre la puerta para que sean las partes las que en virtud del contrato de trabajo o del reglamento interno de trabajo, estipulen obligaciones o prohibiciones cuyo incumplimiento pueda ser calificado como grave, sin embargo, en ningún caso se podrán menguar los derechos de los trabajadores instituyendo como faltas graves conductas que en nada afectan el desarrollo del contrato o que al resultar risibles, la terminación del contrato como consecuencia de su falta, resultaría desproporcionada. Al respecto la Corte Suprema de Justicia (2009) resaltó:

El hecho de que una conducta del trabajador sea calificada en el contrato de trabajo como falta grave que faculte al empleador para terminar el vínculo contractual por justa causa, no significa que el juez no pueda examinar los motivos aducidos para determinar si efectivamente el trabajador incurrió en dicha falta. Desde luego

que no juzgará la gravedad de la misma, pues esa calificación ha sido previamente convenida por las partes, pero sí, si el trabajador incurrió en la conducta anti laboral, ya que en estos eventos no opera la responsabilidad objetiva. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL35998 de 2009)

En este caso el juez de trabajo podrá entrar a calificar, si efectivamente la vulneración de la disposición constituía una justa causa para dar por terminado el contrato y en caso contrario, ordenará la correspondiente indemnización a favor del trabajador.

Ejercicio: De acuerdo con la sentencia C-636-2016, esta causal de terminación del contrato no opera de forma automática, pues requiere que se ponga en peligro la seguridad del trabajador o de sus compañeros. La providencia hace referencia a:

- a. conservar armas de cualquier clase en el sitio del trabajo.
- b. presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes.
- c. el que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado.
- d. todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento.

- *Que el trabajador revele secretos técnicos o comerciales*

Cuando el trabajador, sin que exista autorización por parte del empleador pone en conocimiento de terceros asuntos que son de carácter confidencial o reservado, generando perjuicios evidenciables para el empleador, se configura la causal, así lo dispone el numeral 8 del artículo 62 del CST. Así las cosas, debe haber daño para que se configure la causal, situación que entraña la dificultad en cuanto a la aplicación de la misma pues debe estar suficientemente comprobado el perjuicio para el empleador.

- *El deficiente rendimiento del trabajador*

El deficiente rendimiento del trabajador en relación con su capacidad

normal de trabajo, de acuerdo con numeral 9 del artículo 62 del CST, se convierte en causal objetiva para dar por terminado el contrato de trabajo, siempre y cuando dicha situación no se subsane en un plazo razonable, esto último implica que el trabajador debe tener la oportunidad de explicar y de enmendar las acciones que han dado lugar al bajo rendimiento. En esta causal existe un debido proceso especial consignado en el artículo 2.2.1.1.3 del decreto 1072 de 2015, el cual demanda del empleador agotar previamente el siguiente trámite:

1. Requerirá al trabajador dos (2) veces, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho (8) días.
2. Si aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, presentará a éste un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efecto de que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes; y
3. Si el empleador no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes.
4. Notificar la terminación del contrato con justa causa con (15) días de anticipación. (Ministerio de Trabajo, Decreto 1072 de 2015, art. 2.2.1.1.3)

En consecuencia, la referida causal tiene incorporado un debido proceso autónomo e independiente de las demás causales de terminación del contrato de trabajo por parte del empleador, sin el cual la finalización del vínculo carecería de legalidad.

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

De acuerdo con el criterio de la Corte Suprema de Justicia (2016) para que sea aplicable la referida disposición es necesaria la continuidad de la conducta y que de este hecho se pueda inferir que el trabajador es renuente al cumplimiento de sus deberes laborales, sobre este punto cito:

Considera la Sala oportuna la ocasión para referir que la causal 10 del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965 que faculta al empleador para

despedir en forma justa a un trabajador, exige que la inejecución de las obligaciones legales o convencionales sea sistemática, entendiéndose con ello que deba ser regular, periódica o continua, que apunte a demostrar que el trabajador ha tomado la conducta o el propósito de incumplir (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL18623 de 2016).

De forma adicional la norma estipula para esta causal, y en general para las contempladas en los numerales 9 a 15 del artículo 62 del código sustantivo del trabajo, un preaviso legal de 15 días de antelación a la fecha en la cual se dará por finalizado el vínculo laboral.

- *Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento.*

Para que opere esta casual debe afectarse el entorno de trabajo, ya sea en relación con la productividad del empleado o la de sus compañeros de trabajo. De tal suerte que no es posible enumerar los vicios o los malos hábitos que puede llegar a tener un empleado en el sitio de trabajo y que afecten el desempeño, sin embargo, a modo de ejemplo, el fumar en el sitio de trabajo o la música fuerte podrían servir de ilustración.

La terminación del contrato por esta causa se debe notificar con justa causa con (15) días de anticipación.

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

Teniendo en cuenta lo dicho frente al efecto sistemático en el incumplimiento de las obligaciones, lo mismo deberá predicarse en relación con el seguimiento de las instrucciones preventivas en el marco de la seguridad del trabajador, pues el empleador que responsablemente ha dotado a sus trabajadores de los elementos de protección personal, los ha capacitado y cumplido con la implementación del Sistema de Seguridad y Salud en el trabajo, no se encuentra obligado a exponerse y exponer al trabajador al riesgo que demanda la renuencia de este en acatar las normas de seguridad.

Así pues, el empleador no tendrá más alternativa que finiquitar la

relación de trabajo, en este caso, tras agotar el debido proceso se deberá notificar la terminación del contrato con justa causa con (15) días de anticipación.

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

Los hechos que pueden dar lugar a la causal se presentan por lo general en la etapa inicial del contrato de trabajo, en el período de prueba, tal como dispone el artículo 76 del CST o cuando hay un cambio en relación con las funciones que cumple el trabajador, en este caso tras agotar el debido proceso, se deberá notificar la terminación del contrato con justa causa con (15) días de anticipación.

- *El reconocimiento al trabajador de la pensión estando al servicio de la empresa.*

La Corte Constitucional en dos importantes providencias la C-1443 de 2000 de 25 de octubre de 2000 y la sentencia C-1037 de 2003, ha sido clara frente a los requisitos que demanda la aplicación de esta causal, pues indica que solo procede por voluntad del empleador, y siempre y cuando: i. el trabajador tenga en firme la resolución de pensión; ii. haya sido incluido en la nómina de pensionados; iii. reciba su primera mesada pensional (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1037 de 2003)

Así las cosas, solo procede en el momento en el que el trabajador cumpla con estos requisitos, debiéndose cumplir con el preaviso de terminación con 15 días de anticipación.

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

Hoy en día esta causal no puede ser considerada como una prerrogativa del empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, pues si bien con la sentencia C-079 de 1996 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma argumentando la imposibilidad de mantener el vínculo cuando el trabajador no ha podido cumplir con el deber de prestar el servicio, y aduciendo como argumento proteccionista que dicha terminación no eximía al empleador de las prestaciones e indemnizaciones

legales y convencionales derivadas de la enfermedad (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-079 de 1996), lo cierto es que con posterioridad a dicha providencia se expidió la Ley 361 de 1997 con la cual se incorporó el Convenio 159 de 1985 sobre Readaptación Profesional y el Empleo de Organización Internacional del Trabajo a la legislación interna. El artículo 26 de dicha Ley dispuso:

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 (Congreso de Colombia, Ley 361 de 1997, art. 26)

Sumado a lo anterior, con dicha ley se estableció la prohibición de despido de los trabajadores que se encuentren en situación de discapacidad o afectados en su salud, sin hacer distinción frente al origen (común o laboral) del padecimiento e imponiendo la obligación al empleador de solicitar, para la eficacia del despido, la autorización por parte del Ministerio de Trabajo. En consecuencia, la infracción a este deber legal acarrea para el empleador no solo la ineficacia del despido sino una sanción de 180 días de salario a favor del trabajador. Sobre este punto la Corte Constitucional (2000) afirmó:

Dicho mecanismo indemnizatorio no otorga eficacia jurídica al despido o terminación del contrato sin autorización previa del funcionario del trabajo, sino que constituye una sanción adicional para el patrono que actúa contradiciendo la protección de la estabilidad laboral reforzada de los minusválidos. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-531 de 2000)

En consecuencia, la causal se ha transformado paulatinamente en un recordatorio frente a la garantía constitucional de protección de la dignidad de los trabajadores, especialmente de aquellos que por sus especiales circunstancias merecen una mayor protección por parte del Estado, de manera que se garantice el principio de estabilidad en el empleo.

• *Indemnizaciones artículo 64 del C.S. del T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002*

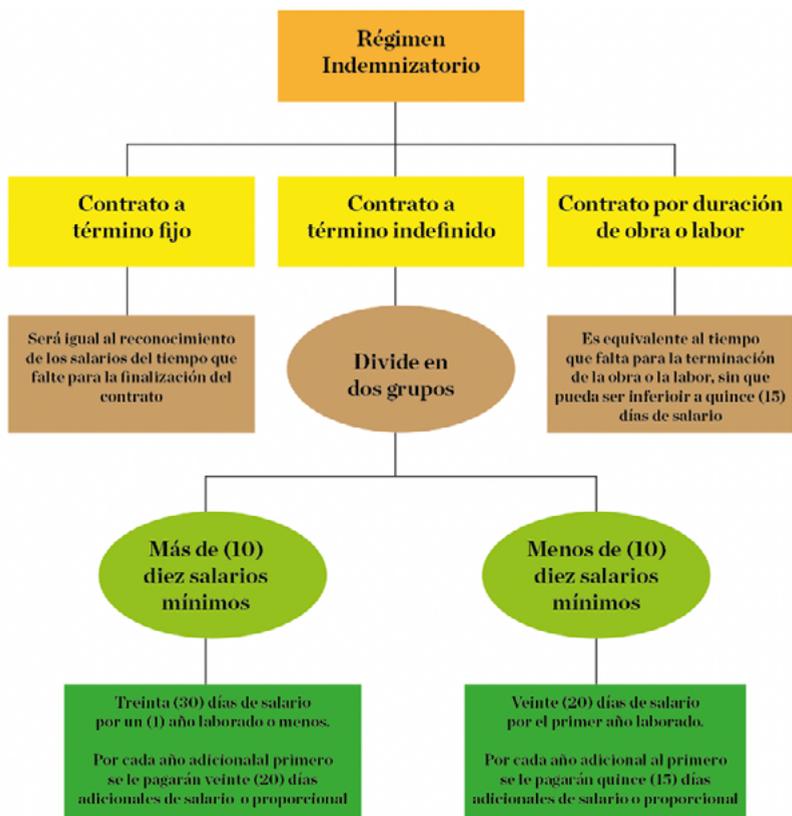


Gráfico 8: *Indemnización*

Fuente: *Elaboración propia basada en el artículo 64 Código Sustantivo del Trabajo.*

La finalización del contrato de trabajo ya sea por renuncia provocada, -en caso de incumplimiento reiterado del empleador en sus deberes- o, cuando el despido es ilegal o sin justa causa, acarrea para el empleador el deber de indemnizar al trabajador lo que, de manera general, y en virtud de la ley 789 de 2002, implica una sanción tarifada que comprende el daño emergente y el lucro cesante.

En definitiva y a modo de conclusión la conceptualización y descripción del contrato de trabajo, así como los aspectos propios de su ejecución y finiquito no deben ser abordados única y exclusivamente al tenor del código sustantivo del trabajo, pues como se ha demostrado a lo largo de este capítulo la constitucionalización e internacionalización del derecho laboral deja corto el tenor normativo en aras a salvaguardar los derechos y la dignidad de la parte débil de la relación laboral, el trabajador y su núcleo familia

Referencias

- Barajas Montes De Oca, S. (1990). *Derecho del Derecho del Trabajo*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.
- Benrey-Zorro, J. (2011). *Análisis de la figura de la suspensión de contrato de trabajo del trabajador particular en Colombia y algunas menciones a la legislación extranjera*, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13(2), pp. 379-410.
- Cadavid Gómez, I. & Arenas Gallego, E. (2016) *Cartilla del Trabajo*. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.
- Código Sustantivo del Trabajo Colombiano y de la Seguridad Social (2019). Bogotá, Colombia. Legis, edición cuadragésima tercera.
- Congreso de Colombia. (16 de diciembre de 1961). Por la cual se adopta una legislación de emergencia (Ley 141 de 1961) DO: 30.694
- Congreso de Colombia. (20 de noviembre de 1934). Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados (Ley 10 de 1934). DO: 22.746
- Congreso de Colombia. (4 de agosto de 2017) Ley 1861 de 2017. Por la cual se reglamenta el servicio Militar. DO: No. 50.315.
- Congreso de Colombia. (8 de noviembre de 2006) Código de la Infancia y la Adolescencia. (Ley 1098 de 2006). DO: 46.446
- Congreso de Colombia. (diciembre 28 de 1990). Ley 50 de 1990. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo. DO: No. 39.618
- Congreso de Colombia. (enero 23 de 2006) Ley 1010 de 2006. Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. DO: No. 46.160.
- Congreso de Colombia. (febrero 19 de 1945). Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo. (Ley 6 de 1945). DO: 25.790.
- Congreso de Colombia. (febrero 7 de 1997). Ley 361 de 1997. Por la cual se esta-

blecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad. DO: 42.978.

Congreso de Colombia. (diciembre 27). Ley 789 de 2002. Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección. DO: 45046.

Constitución Política de Colombia 1991. (2019). Bogotá, Colombia. Temis.

Corte Constitucional, Sala de Revisión, (22 de febrero de 2018). Sentencia T-048 de 2018 M.S. Antonio José Lizarazo Ocampo

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (08 de julio de 2015). Sentencia T-426 de 2015. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (10 de julio de 1996) Sentencias T-301 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (13 de agosto de 2010). Sentencia T- 629 de 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (20 de agosto de 1998) Sentencia T-433 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (24 de agosto de 1993). Sentencia T-338 de 1993.M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (25 de enero de 2006). Sentencia T- 021 de 2006. M. P. Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (26 de junio de 2008). Sentencia T-638 de 2008. M. P. Nilson Pinilla Pinilla

Corte Constitucional, Sala Plena, (10 de mayo de 2018). Sentencia SU-040 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger

Corte Constitucional, Sala Plena, (17 de julio de 2007). Sentencia SU-540 de 2007. M.P. Alvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional, Sala Plena, (2 de diciembre de 2009). Sentencia C-892 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, Sala Plena, (22 de enero de 1998). Sentencia C-016 de 1998.
M.P. Fabio Morón Díaz

Corte Constitucional, Sala Plena. (11 de agosto de 1994). Sentencia C-356 de
1994. M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, Sala Plena. (11 de octubre de 2000). Sentencia C-1369 de
2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional, Sala Plena. (15 de abril de 2004). Sentencia T-335 de 2004.
M. P. Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de noviembre de 2016). Sentencia C-636 de
2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo

Corte Constitucional, Sala Plena. (17 de junio de 1998). Sentencia C-299 de 1998.
M. P. Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional, Sala Plena. (17 de junio de 2008). Sentencia C- 386 de 2000
M.P. Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional, Sala Plena. (2 de marzo de 2004). Sentencia C-170 de 2004.
M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sala Plena. (20 de agosto de 2014) Sentencia C-593 de
2014.M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, Sala Plena. (20 de junio de 2017). Sentencia T-392 de 2017.
M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de febrero de 1996). Sentencia C-079 de
1996.M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de septiembre de 2004). Sentencia C-934
de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sala Plena. (3 de diciembre de 2014). Sentencia C-931 de
2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, Sala Plena. (5 de mayo de 1999). Sentencia C-299 de 1999

M. P. Fabio Morón Díaz

Corte Constitucional, Sala Plena. (5 de noviembre de 2003). Sentencia C-1037 de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería

Corte Constitucional, Sala Plena. (10 de mayo de 2000). Sentencia C-531 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia 6 de diciembre de 2016 SL18623 – 45760 de 2016, M.P. Gerardo Botero Zuluaga

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (25 de abril de 2018) Sentencia SC SC1230-08001-31-03-003-2006-00251-01. M.P. Luis Alonso Rico Puerta

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (15 de marzo de 2000) sentencia SL12919. MP. Fernando Vásquez Botero

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (22 de julio de 2015). Sentencia del SL10137- 39639 de 2015. MP. Luis Gabriel Miranda Buelvas

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (25 de junio de 2009) Sentencia SL35998. M.P. Luis Javier Osorio López

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 10 de mayo de 2011 SL 40288 de 2011, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 5 de abril de 2011, SL No. 36.035 de 2011. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 27 de junio de 2018 SL2600- 69175 de 2018. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

Cortés Morales, M. A. (2018). El Principio de la Primacía de la Realidad como Garante de los Derechos Laborales de los Trabajadores Oficiales. *Revista Verba Iuris*, 13(40), pp. 111-127.

Ministerio de Gobierno. (20 de diciembre de 1950). Por el cual se modifica el Decreto número 2663 de 1950, sobre Código Sustantivo del Trabajo. (Decreto 3743 de 1950). DO: 27.504

Ministerio del Trabajo. (26 de mayo de 2015) Decreto único reglamentario del sector trabajo (Decreto 1072 de 2015) DO: 49.523

Presidencia de la República de Colombia. (6 de abril de 1935). Por el cual se reglamenta la Ley 10 de 1934, en lo relativo a los derechos de los empleados particulares. (Decreto 652 de 1935). DO:22940

Presidencia de la República de Colombia. (9 de septiembre de 1950). Sobre el código sustantivo del Trabajo. (Decreto 2663 de 1950). DO:27.407

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (24 de abril de 2018), Sentencia 14442018 SL- 58083, M.P. Santander Rafael Brito Cuadrado

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (27 de enero de 2016). Sentencia SL1715-48715. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (9 de noviembre de 2012). Sentencia SL40249. (MP Carlos Ernesto Molina)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 17 de octubre de 2008, Referencia No. 31.320, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza y Eduardo López Villegas)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (13 de diciembre de 1994), sentencia SL Referencia No. 7136, M.P. Hugo Suescún Pujols

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (03 de julio de 1997) Sentencia SL Referencia No. 9312, M.P. Fernando Vásquez Botero

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (12 de noviembre de 2010) Sentencia SL 390078. M.P. Camilo Tarquino Gallego

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (01 de febrero de 2017) Sentencia SL10126-44544. M.P. Gerardo Botero Zuluaga

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, (01 de febrero de 2011) Sentencia SL46855. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (01 de febrero de 2011) Sentencia SL 38.947. (MP Luis Gabriel Miranda Buelvas)

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (23 de mayo de 1991), Sentencia SL 4246. (M.P. Manuel Enrique Daza Álvarez)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (8 de noviembre de 2017) Sentencia SL. 21655- 49496. M.P. Ana María Muñoz Segura
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (3 de mayo de 1999). Sentencia SL11632. (MP José Roberto Herrera Vergara).
- Novoa García, A. & Borda Villegas, E. (2013). Compendio Teórico Práctico de Derecho del Trabajo. Bogotá, Colombia: Colegio de Abogados del Trabajo, Legis.
- García Carvajal, C. E. (2013). Compendio Teórico Práctico de Derecho del Trabajo. Bogotá, Colombia: Colegio de Abogados del Trabajo, Legis
- Vélez Vengoechea, B. E., Usme Perea, V. J. (2013) Compendio Teórico Práctico de Derecho del Trabajo. Bogotá, Colombia: Colegio de Abogados del Trabajo, Legis
- Jaramillo, J. I. (2010). Presente y futuro del derecho del trabajo: breve historia jurídica del derecho del trabajo en Colombia. *Opinión jurídica*, 9(18), 57-74.
- Ministerio de Trabajo (16 de marzo de 2018) Reincorporación al trabajo con posterioridad a la prestación del servicio militar. Concepto No. 8981. Recuperado de: http://www.mintrabajo.gov.co/web/guest/normatividad/conceptos-institucionales/-/document_library/YoeR4tZWRWYo/view/18759380?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_YoeR4tZWRWYo_navigation=home&_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_YoeR4tZWRWYo_fileEntryTypeId=-1&_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_YoeR4tZWRWYo_orderByCol=modifiedDate&_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_YoeR4tZWRWYo_orderByType=desc
- Obando Garrido, J. M. (2015). *Derecho Laboral*. Segunda edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Bermúdez Alarcón, K. (2012). *Derecho del Trabajo Actual*. Primera edición. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Organización Internacional del Trabajo. (2006). Recomendación 198.

Organización Internacional del Trabajo. (1973). Convenio 138.

Organización Internacional del Trabajo. (1999). Convenio 182.

Constitución Política de Colombia (2016). Bogotá, Colombia. Editorial Temis

Orjuela Albarracín, L., Segura Castañeda, D. E. & Tovar Reyes, S. L. (2012). *El Principio de primacía de la realidad y las figuras de fraude a la ley y simulación en materia laboral*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Ruíz Alarcón, R. A. (2009). Teorías que explican la subordinación. *Temas Socio-Jurídicos*, 27(56). 84-92.

De la Cueva, M. (1966). Derecho mexicano del trabajo. Décima edición. México: Editorial Porrúa.

Zuleta, E. (2005) *Elogio de la Dificultad y otros ensayos*. Edición primera. Bogotá, Colombia: Editorial Ariel Ciencias Sociales.

SALARIO Y OTRAS FORMAS DE REMUNERACIÓN

Alcira Isabel Muñoz Osorio

* Abogada, universidad Simón Bolívar. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Libre. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social, Universidad Libre. Magister en Derecho Administrativo, Universidad Simón Bolívar. Abogada Litigante en el área de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Conciliadora, Docente universitaria, Auxiliar de la Justicia inscrita como Perito y Curadora Ad litem. Correo Institucional: amunoz@coruniamericana.edu.co

RESUMEN

En este capítulo se hace referencia al salario como parte integrante de los elementos del contrato de trabajo con el fin que los interesados en el tema puedan tener claridad sobre los aspectos inherentes a este elemento.

El capítulo contiene los factores constitutivos de salario, pagos que no se consideran salario, las diferentes modalidades de salario, el salario mínimo, factores para fijarlo, efecto jurídico del salario mínimo, los principios de a trabajo igual, salario igual e irrenunciabilidad del salario.

Palabras clave: salario, trabajador, pagos, efectos jurídicos, bonificaciones, salario integral, propinas, sobresueldo, Inembargabilidad, viáticos, comisiones.

RESEÑA HISTÓRICA DEL SALARIO

La palabra salario proviene del latín solárium, que deriva de la palabra sal.

En las comunidades donde los trabajos eran realizados por esclavos el trabajo se compensaba proporcionándoles bienes que le servían para mantener su subsistencia, estos consistían en comida, vivienda, etc. El tratadista Julio Amado Rodríguez Ortega, en el texto *El Salario*, hace referencia a la época en la que algunas personas trabajaban la tierra y percibían del dueño de esta, productos o bienes que provenían de la misma tierra, lo cual se otorgaba en compensación al servicio prestado (Rodríguez, 2002).

En Roma a los funcionarios del estado, soldados y esclavos se les retribuía su trabajo con bolsas de sal, estas se consideraban un medio de pago, que al ser recibido por el trabajador podría cambiarse por otro tipo de mercancías.

A mediados del siglo XVIII, nace la revolución industrial, la cual marcó la historia del mundo laboral y tuvo efectos bastante impactantes para los trabajadores; entre otros, debieron emigrar hacia las zonas donde se habían organizado las fábricas en busca de oportunidades laborales, separándose de los lugares en los que habían permanecido por generaciones. Por ende, se produjo un reacomodamiento de las poblaciones a los alrededores de las fábricas y se produce el surgimiento de una nueva clase social: los trabajadores. En esta época se adoptaron diferentes modalidades para retribuir a los trabajadores, desde el pago con productos de consumo, el pago con vales cambiables en los negocios del empleador y pagos en las monedas circulantes.

En la actualidad, la ley establece que los pagos al trabajador pueden realizarse en dinero y en especie, generándose así una mixtura. Al trabajador no se le puede remunerar su trabajo solo en especie, debe existir una parte en dinero. Hecho que no solo está contemplado en la legislación colombiana, sino, también, en la gran mayoría de países desarrollados. existen señalamientos expresos del pago en especie, en Colombia está permitido el pago en especies en un rango que va desde un máximo del 30% para aquellos trabajadores que devenguen el salario mínimo, hasta un tope del 50% para aquellos que perciban salarios superiores a este.

2. DEFINICIÓN.

Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte (CST, art, 127)

Según el tratadista José María Obando Garrido en el texto Derecho Laboral, “el salario es la retribución económica del trabajo realizado, que debe ser justo y adecuado a su carácter individual y social. Se le considera un precio o una cantidad de dinero suficiente para el bienestar de quien adquiere este derecho. Lo constituye el conjunto de valores económicos que recibe el trabajador por los servicios prestados al empresario, y que esta entrega en calidad de contraprestación equivalente” (Garrido, 2016).

El código sustantivo del trabajo establece claramente que no solo lo recibido por el trabajador de manera ordinaria es factor constitutivo de salario, sino todos aquellos emolumentos que recibe de parte del empleador como contraprestación por los servicios suministrados; siempre que sea de manera habitual o cuando las partes señalen expresamente que algunos pagos, muy a pesar de no estar contemplados en el código sustantivo del trabajo, son constitutivos de salario y deberán ser tenidos en cuenta al momento de la liquidación de prestaciones sociales, tanto para las prestaciones a cargo del empleador, así como también para hacer los aportes a la seguridad social de este.

2.1. Pagos constitutivos de salario.

Tabla 1.

Pagos constituidos salarios

Remuneración fija y ordinaria.
Primas habituales.
Sobresueldos.
Bonificaciones habituales.
Trabajo suplementario o de horas extras.
Porcentaje sobre ventas.
Comisiones.
Viáticos.

Fuente: *Elaboración propia.*

“Los pagos que recibe el trabajador de parte del empleador 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 constituyen salario” (CST)

Conviene reiterar que los pagos constitutivos de salario deben quedar previamente establecidos en el contrato de trabajo, a fin de tenerlos en cuenta para el pago de aportes a la seguridad social y a las prestaciones a cargo del empleador. El empleador y el trabajador deben acordar al momento de la celebración el contrato cómo será la forma de pago, fecha y sitio donde se hará el mismo, teniendo en cuenta lo establecido en la normatividad vigente.

2.1.1. Remuneración fija u ordinaria y extraordinaria.

La remuneración fija es la que el trabajador recibe de parte del empleador y que no tiene ninguna variación y esta se hará de acuerdo a la jornada laboral pactada.

La remuneración extraordinaria es aquella que está compuesta por las sumas recibidas por el trabajo remunerado que percibe el trabajador por horas extras, primas, sobresueldos, comisiones, etc.

Ejemplo: un trabajador recibe mensualmente un salario mínimo equivalente a \$828.116= (ochocientos veintiocho mil ciento dieciséis pesos), además recibe \$750.000= (setecientos cincuenta mil pesos) por comisiones sobre las ventas del mes, por horas extras laboradas percibe \$102.000= (ciento dos mil pesos) y por convención colectiva a los trabajadores sindicalizados, recibe una bonificación de \$150.000= (ciento cincuenta mil pesos, mensuales).

En este caso, las comisiones sobre las ventas del mes, el monto por horas extras y la bonificación por convención colectiva, son lo que constituyen la remuneración extraordinaria.

2.1.2. Primas habituales.

Las primas constituyen salario siempre y cuando sean de manera habitual o permanente y también adquieren este carácter cuando siendo esporádicas, las partes así lo convienen.

2.1.3. Sobresueldos.

Son todas aquellas sumas de dinero que el trabajador recibe como complementarias al salario pactado, que se den de forma habitual y que aumenten el monto de lo percibido por el trabajador.

2.1.4. Bonificaciones habituales.

Las partes pueden pactar y recibir bonificaciones de manera habitual, las cuales por su naturaleza harán parte del salario.

2.1.5. Trabajo suplementario o de las horas extras.

Cuando el trabajador realiza actividades propias de las funciones para las cuales fue contratado, fuera de su jornada habitual de trabajo, se denominan horas extras y estas deben ser remuneradas de acuerdo a lo estipulado en la ley; ya sean horas extras o el trabajo desarrollado en días festivos o domingos, los cuales para efecto de la liquidación de sus prestaciones sociales serán tenidos en cuenta.

En algunas empresas se da esta modalidad de remuneración de forma habitual, como parte del salario, lo que genera para el trabajador un incremento en sus ingresos, que entra a ser parte de su salario y que debe tenerse en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales.

En los casos en que se pacte solo el pago de comisiones por las ventas realizadas por el trabajador en el mes, las sumas pagadas al trabajador no podrán ser inferiores al salario mínimo legalmente establecido, ya que en Colombia ningún trabajador debe recibir una suma inferior al salario mínimo. Si el trabajador no llegare al mínimo, el empleador debe ajustar la remuneración al salario mínimo vigente.

La Corte Suprema de Justicia, sala laboral, en reiteradas sentencias ha manifestado que los dineros recibidos como salario por los porcentajes sobre ventas realizadas por el trabajador constituyen salario, a continuación, se señalan:

Sentencia corte suprema SL 5584 de 2017.

a juicio de la Corte, el simple sometimiento del asalariado de estas a

disponibilidad y atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, le da derecho a devengar una jornada suplementaria, así no sea llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea, ello se afirma por cuanto no podía desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar, pues debía estar presto al llamado de su empleador y de atender algún inconveniente relacionado con los servicios prestados por la demandada (Corte Constitucional, Sala Laboral, Sentencia C- 5584 de 2017).

Sentencia corte suprema SL 1798 de 2018.

En sede de instancia, es necesario subrayar que la facultad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no permite despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, “la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo” (CSJ 39475, 13 jun. 2012). Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario “todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte”, sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es (Corte Constitucional, Sala Laboral, Sentencia C- 1798 de 2018).

2.1.7. Comisiones.

Según el tratadista Omar Orlando Ovalle Mora, en su texto Derecho Empresarial. Legislación Constitucional y Laboral establece: esta modalidad de remuneración, habitual en algunos empleadores, consiste en fijar como parte del salario el otorgamiento de porcentajes o comisiones por ventas que el trabajador genere en el mes. Este tipo de remuneración se tasan de acuerdo con el monto total de ventas o al rendimiento en la prestación de un servicio previamente acordado (Ovalle, 2017)

Este es un beneficio que recibe el trabajador por el rendimiento que ha tenido sobre ventas y lo cual hace parte de su salario, por lo cual debe ser tenido en cuenta para aumentar la liquidación de sus prestaciones sociales.

Cabe resaltar que el monto recibido por el trabajador no debe ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente.

La Corte Suprema de Justicia en sentencias ha expresado que as comisiones constituyen salario, pues a través de ellas se remuneran los servicios prestados por los trabajadores, siempre que enriquezcan su patrimonio, y con ellas no se cubran expensas necesarias para desempeñar a cabalidad las funciones a cuyo desempeño se obliguen contractualmente.

2.1.8. Viáticos.

El código sustantivo del trabajo en el Artículo 130., establece:

1. Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.
2. Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos.
3. Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso. Son viáticos accidentales aquellos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente (CST, art, 130).

Los viáticos constituyen salario solo en lo referente a aquellos que se destinan al alojamiento y a la alimentación del trabajador cuando este deba desplazarse para cumplir con las funciones o actividades encomendadas por el empleador. Los viáticos entregados para el desplazamiento y para la representación del empleador, no son considerados salario.

El trabajador que recibe dinero por viáticos deberá justificar ante el empleador los gastos que se generaron con su desplazamiento y el empleador de esta manera podrá relacionar los correspondientes para la liquidación de las prestaciones sociales, en los casos que apliquen.

Respecto a los viáticos accidentales la ley es clara cuando establece que de ninguna manera constituyen salario, ya que obedecen a una situación extraordinaria en la prestación del servicio.

Ejemplo

Un trabajador recibe mensualmente un salario mínimo equivalente

a \$828.116 = (ochocientos veintiocho mil ciento dieciséis pesos), además recibe \$250.000= (doscientos cincuenta mil pesos) para cubrir gastos de hotel por tres días, en los que permanecerá fuera de su lugar de trabajo y de residencia; lo cual obedece a una capacitación que debe realizar en la ciudad de Bogotá. Además, el empleador le entrega \$350.000= (trescientos cincuenta mil pesos) para la manutención de esos días.

En este caso los dineros recibidos para alojamiento y alimentación de esos tres días no se tienen en cuenta como remuneración extraordinaria, por ser una excepción.

2.2. Pagos no constitutivos de salario.

Tabla 3.

Pagos no constitutivos de salario.

Primas. bonificaciones o gratificaciones ocasionales. participación de utilidades excedente de las empresas de economía solidaria Gastos de representación Medios de transporte Elementos de trabajo Propinas. Beneficios habituales u ocasionales, convencionales y extralegales, siempre que <u>expresamente lo hayan dispuesto las partes.</u>
--

Fuente: *Elaboración Propia.*

2.2.1. El Código Sustantivo del Trabajo en el Artículo 128. salario.

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

dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad (CST, art, 128)

2.2.2. Primas Extralegales.

Las primas a las que se hace referencia son las que el empleador concede al trabajador de manera voluntaria, las cuales pueden ser ocasionales. En el caso que llegaren a ser habituales o pactadas en una convención colectiva, pacto colectivo o acuerdo extralegal entre el empleador y el trabajador, no constituyen salario. A menos que entre el empleador y el trabajador se pacte lo contrario.

2.2.3. Bonificaciones o gratificaciones ocasionales.

Son sumas de dinero que recibe el trabajador de parte del empleador de manera voluntaria, las cuales también pueden ser el resultado de una negociación colectiva y estar contenidas en una convención colectiva o en un pacto colectivo.

2.2.4. Gastos de representación.

No constituyen salario. Así lo establece nuestra legislación laboral, ya que estos dineros no entran a hacer parte del patrimonio del trabajador, sino que, este los utilizará para poder llevar a cabo las actividades encomendadas.

2.2.5. Transporte.

Los dineros recibidos por el trabajador de parte del empleador para su desplazamiento no se consideran salario, por lo tanto, no serán tenidos en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales.

2.2.6. Elementos de trabajo.

El empleador debe poner a disposición del trabajador los elementos necesarios para desarrollar la actividad encomendada, de acuerdo a lo estipulado en el Código Sustantivo del Trabajo, respecto al elemento de subordinación y dependencia: entendiéndose que la subordinación es la facultad que tiene el empleador de dar órdenes al trabajador y este de acatarlas y la dependencia hace referencia a la obligación del empleador de suministrar al trabajador lo necesario para cumplir a cabalidad la labor encomendada.

2.2.7. Propinas.

El artículo 131 del Código Sustantivo del trabajo establece que “las propinas que recibe el trabajador no constituye salario. No puede pactarse como retribución del servicio prestado por el trabajador lo que éste reciba por propinas” (CST, art, 131)

Las propinas de ninguna manera constituyen salario, ya que el dinero que se recibe no proviene del empleador. Obedece a la voluntad de la persona que recibe un servicio, sin que se genere ningún tipo de obligación laboral con la persona que la entrega, la cual parte de la mera liberalidad de la persona que se beneficia con el servicio.

3. DISTINTAS MODALIDADES DE SALARIO.

Tabla 4.

Distintas modalidades de salario.

Salario ordinario y extraordinario
Salario en dinero
Salario en especie.
Salario mixto.
Jornada y sueldo.
Salario mínimo.
Salario integral.

Fuente: *elaboración propia.*

3.1. Salario ordinario y extraordinario.

Es la remuneración que recibe el trabajador por la jornada ordinaria laboral realizada al servicio del empleador, se puede considerar salario ordinario al que se encuentra pactado en documento firmado por el empleador y el trabajador, ya sea mediante el contrato de trabajo, un pacto colectivo o como producto de una convención colectiva. El salario extraordinario está integrado por todos aquellos pagos que recibe el trabajador como producto del trabajo suplementario o de las horas trabajadas después de las establecidas por la ley es decir su jornada ordinaria laboral, denominadas horas extras.

3.2. Salario en dinero

Son las sumas recibidas por el trabajador como contraprestación por

las actividades desarrolladas en favor de su empleador. Este debe fijarse al momento de la celebración del contrato, así como también la fecha de pago, valor, lugar donde ha de realizarse el pago y también el tipo de moneda a utilizar.

3.3. Salario en especie.

El código en sustantivo del trabajo en su artículo 129, señala:

1. Constituye salario en especie toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, tales como la alimentación, habitación o vestuario que el empleador suministra al trabajador o a su familia, salvo la estipulación prevista en el artículo 15 de esta ley.
2. El salario en especie debe valorarse expresamente en todo contrato de trabajo. A falta de estipulación o de acuerdo sobre su valor real se estimará pericialmente, sin que pueda llegar a constituir y conformar más del cincuenta por ciento (50%) de la totalidad del salario.
3. No obstante, cuando un trabajador devengue el salario mínimo legal, el valor por concepto de salario en especie no podrá exceder del treinta por ciento (30%). (CST, art,129).

El salario en especie lo constituyen todos aquellos bienes y servicios que el trabajador recibe de parte del empleador, tales como, alimentación, vivienda y vestuario, siempre y cuando se estipule por escrito que harán parte de la contraprestación por los servicios prestados. Este suministro puede ampliarse a los miembros del grupo familiar del trabajador. Así mismo, la ley estipula los porcentajes que deben ser tenidos en cuenta en caso de fijar salario en especie.

Cuando se pacta el suministro de vivienda con el trabajador debe estipularse un valor a la misma, a fin de ser considerado al momento de la liquidación de las prestaciones sociales.

Según el autor del texto legislación laboral teoría y práctica.

Cuando deba incluirse alojamiento o vivienda dentro de la remuneración de un trabajador, el empleador puede aplicar uno de los dos sistemas que se describen a continuación: el primero consiste en tomar parte del salario que se

ha determinado para el cargo y aplicárselo al salario en especie representado en la vivienda. Por ejemplo, si se ha señalado como remuneración el salario mínimo, y teniendo en cuenta que este es \$ 616.000 al mes, puede dividirse así: salario básico en dinero, \$431.200 y salario en especie, \$184.800, representada en una habitación con servicios para una remuneración total de \$616.000. este es el sistema más aconsejable. El segundo sistema consiste en suscribir con el trabajador un contrato de arrendamiento, señalando un canon mensual cómodo para el trabajador y cuyo valor no exceda del 30% del total de la remuneración, cuando se trate de salario mínimo. Este sistema es demasiado peligroso, puesto que, al terminar el contrato de trabajo, no termina el arrendamiento o viceversa, ya que se trata de dos contratos de naturaleza distinta. Se aconseja utilizar el primer sistema (Escobar, 2014).

3.4. Salario mixto.

El salario mixto lo compone un porcentaje en dinero y otro en especie. Hay algunas restricciones sobre el porcentaje equivalente al salario en especie, el cual no podrá ser superior al 50% del salario. Cuando se trate de salario mínimo este porcentaje será hasta el 30% de lo devengado, y así deberá estipularse en el contrato; lo mismo debe hacerse respecto a si lo suministrado en especie hará parte del salario, para que sea incluido en la liquidación de prestaciones sociales

3.5. Jornal y sueldo.

El jornal es la remuneración que recibe el trabajador por periodos cortos de tiempo: días, semanas. En cuanto al sueldo, el Código Sustantivo del Trabajo expresa que este es estipulado por periodos mayores de tiempos, quincenal o mensual.

3.6. Salario integral.

El salario integral es una nueva modalidad de pago en dinero y no excluye la posibilidad de que al trabajador se le hagan pagos laborales adicionales por otros conceptos los cuales pueden tener o no carácter salarial, tales como viáticos, prima de antigüedad, salario en especie etc. La suma convenida servirá de base para la liquidación de vacaciones y la indemnización por despido injusto si fuere el caso (Ortega, 2002).

El salario integral, consiste en la suma del salario ordinario y

extraordinario, las prestaciones sociales legales, extralegales y de mera liberalidad, a excepción de las vacaciones, para retribuir al trabajador la prestación del servicio. Tal modalidad salarial tiene dos factores claramente establecidos: 1. El salario propiamente dicho, que abarca la remuneración por la prestación directa del servicio, cualquiera que sea el nombre que se dé a los elementos que la configuren, y 2. el factor prestacional, que resume todas las prestaciones sociales legales, convencionales o de mera liberalidad que concede el empleador a sus trabajadores, bajo los supuestos legales o de los convenidos a que lleguen las partes en el contrato de trabajo (Ortega, 2002).

El salario integral es una modalidad de retribución que recibe el trabajador como contraprestación a los servicios prestados, en donde está incluido el salario ordinario y la remuneración extraordinaria, además del factor prestacional. Lo cual quiere decir que el trabajador está siendo liquidado mes a mes. Al momento de su retiro de la empresa no tendrá derecho a ningún tipo de liquidación. Lo único que no está incluido en esta modalidad de salario son las vacaciones, las cuales deben cancelarse al trabajador al momento que se le conceda su disfrute.

Esta modalidad de salario fue implementada por la ley 50 del 90, señalando la misma que para poder hablar de salario integral, el trabajador con el cual se haya pactado, debe recibir como mínimo diez salarios mínimos mensuales legales vigentes y un equivalente al 30% por concepto de prestaciones sociales.

Existe una formalidad para que se pueda considerar que la remuneración percibida equivale al salario integral. De igual manera que otros temas en el ámbito del derecho laboral, este debe pactarse por escrito, de lo contrario, se entiende que no existe tal salario integral y el empleador no podrá alegarlo. En el evento que el trabajador haga una posterior reclamación por las prestaciones sociales no entregadas, el empleador será condenado al pago de las mismas.

3.7. El salario mínimo.

El artículo 145. Del Código Sustantivo del Trabajo indica que el “Salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural”. (CST, art,145).

Una vez establecido el salario mínimo, en Colombia no podrá haber trabajadores que reciban como contraprestación una suma inferior al establecido para el año. Teniendo en cuenta que la estipulación del salario mínimo tiene esta vigencia. Además, debe aplicarse tanto para los trabajadores urbanos, como los rurales. De la única manera en que se puede percibir menos del mínimo, es cuando se establece una jornada laboral inferior a las ocho horas propias de la jornada ordinaria.

En los casos en que el trabajador sea comisionista lo percibido no debe estar por debajo del salario mínimo pactado, para lo cual el empleador está obligado a ajustarlo.

El Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 146, establece:

“Para fijar el salario mínimo deben tomarse en cuenta el costo de la vida, las modalidades del trabajo, la capacidad económica de las empresas y {empleadores} y las condiciones de cada región y actividad.

Para los trabajadores del campo el salario mínimo debe fijarse tomando en cuenta las facilidades que el empleador proporciona a sus trabajadores, en lo que se refiere a habitación, cultivos, combustibles y circunstancias análogas que disminuyen el costo de la vida.

Las circunstancias de que algunos de los {empleadores} puedan estar obligados a suministrar a sus trabajadores alimentación y alojamiento, también debe tomarse en cuenta para la fijación del salario mínimo” (CST, art, 146).

El Código Sustantivo del Trabajo en el artículo transcrito, establece las variables que se deben tener en cuenta para su fijación. Así mismo, señala que para los trabajadores del campo en donde se establecen beneficios diferentes a las sumas de dinero, tales como habitación, productos provenientes de la actividad desarrollada en la finca como cultivos, frutos, lácteos, el suministro de vivienda, alimentos y otros, deben tenerse en cuenta como parte del salario. En este caso estaríamos hablando de un salario mixto, para lo cual debe pactarse el equivalente en especie, sin que esta supere el 30% del salario, en los casos que se haya pactado un salario mínimo. En aquellos salarios superiores podrá ser hasta un 50%.

La ley establece el procedimiento de fijación del salario mínimo.

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

2. El Consejo Nacional Laboral, por consenso fijará salarios mínimos de carácter general o para cualquier región o actividad profesional, industrial, comercial, ganadera, agrícola o forestal de una región determinada. En caso de que no haya consenso en el Consejo Nacional Laboral, el Gobierno, por medio de decretos que regirán por el término que en ellos se indique, puede fijar dichos salarios.

3. Para quienes laboren jornadas inferiores a las máximas legales y devenguen el salario mínimo legal o el convencional, éste regirá en proporción al número de horas efectivamente trabajadas, con excepción de la jornada especial de treinta y seis horas previstas en el artículo siguiente (CST, art, 146).

Desde 1996 se estableció que para la fijación del salario mínimo debía hacerse por consenso entre representantes del gobierno nacional, trabajadores y empleadores. Esta fijación se hace teniendo en cuenta la propuesta realizada por la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Laborales y Salariales.

En caso de que no haya acuerdo, como se ha dado en los últimos años, se hará por decreto presidencial. Sin embargo, en Colombia existe la posibilidad de que el salario mínimo puede ser fijado por convención colectiva o pacto colectivo y este solo aplicará para los trabajadores de la empresa, de acuerdo a lo convenido o pactado.

3.7.1. Efecto jurídico del salario mínimo.

El efecto jurídico del salario mínimo es que modifica inmediatamente el salario estipulado en el año anterior, ya sea que se encuentre establecido en un contrato escrito o verbal. De la misma manera deben ajustarse los salarios integrales.

3.7.2. Inembargabilidad del salario mínimo.

Según la legislación Colombia el salario mínimo es inembargable, ya que con este el trabajador que lo percibe debe cubrir sus necesidades básicas y la de los miembros de su núcleo familiar. Solo es embargable la quinta parte del excedente de dicho salario.

3.7.3. Excepciones.

Las excepciones contempladas para que se pueda dar el embargo del salario mínimo es por deudas alimentarias y por las contraídas con cooperativas.

3.7.4. Descuentos permitidos.

El artículo 150 del C.S.T. establece que “Son permitidos los descuentos y retenciones por conceptos de cuotas sindicales y de cooperativas y cajas de ahorro, autorizadas en forma legal; de cuotas con destino al seguro social obligatorio, y de sanciones disciplinarias impuestas de conformidad” (CST, art, 150).

Sin previa autorización del trabajador no podrá hacerse deducción alguna, sin embargo, la ley establece en qué casos es posible, de acuerdo a lo señalado en el artículo relacionado anteriormente.

Según el histórico tomado de la página gerencie.com sobre el Salario mínimo en Colombia tomando el año 1990 hasta el 2019 se muestran los incrementos que se han venido generando.

3.7.8. Histórico del Salario mínimo Legal mensual vigente en Colombia años 1990 a 2019.

Tabla 5. AÑO.	SALARIO MÍNIMO.	AUXILIO DE TRANSPORTE.
2019	828.116	97.032
2018	781.242	88.211
2017	737.717	83.140
2016	689.455	77.700
2015	644.350	74.000
2014	616.000	72.000
2013	589.500	70.500
2012	566.700	67.800
2011	535.600	63.600
2010	515.000	61.500
2009	496.900	59.300

2008	461.500	55.000
2007	433.700	50.800
2006	408.000	47.700
2005	381.500	44.500
2004	358.000	41.600
2003	332.000	37.500
2002	309.000	34.000
2001	286.000	
2000	260.100	26.413
	236.438	24.012
1999		
1998	203.825	20.700
1997	172.005	17.250
1996	142.125	13.567
1995	118.934	10.815
1994	98.700	8.705
1993	81.510	7.542
1992	65.190	6.033
1991	51.720	4.787
1990	41.025	3.798

Fuente: Ministerio de Trabajo.

3.8. Igualdad salarial.

En la Constitución Nacional existe el principio constitucional de a trabajo igual, igual salario. Así mismo, el Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 143 señala:

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

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

Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación (CST 143).

Sin embargo, el empleador podrá conceder salarios diferentes, en atención a la cantidad y calidad del trabajo desarrollado por el trabajador. En los casos en que las condiciones sean estrictamente iguales para dos o más trabajadores, debe abstenerse de ello, para no incurrir en la violación al principio constitucional estipulado en el artículo 53 de la Carta Política: “a trabajo igual, igual salario”.

4. PREGUNTA SABER PRO.

El salario es un elemento constitutivo del contrato de trabajo y las partes pueden convenir libremente el salario en sus diferentes modalidades, siempre que:

A. Se acojan al salario mínimo legal mensual fijado teniendo en cuenta, el costo de la vida, las modalidades del trabajo, la capacidad económica de las empresas y empleadores y las condiciones de cada región y actividad.

B. Acuerde que el pago al trabajador sea en dinero o en especie, teniendo en cuenta, aspectos tales como alimentación, habitación o vestuario suministra al trabajador o a su familia.

C. Aplique el salario convencional, el legal, o el fijado en los fallos siempre y cuando se respete el salario mínimo legal o el fijado por el gobierno nacional.

D. Acojan lo estipulado y pactado en el contrato de trabajo sin menoscabar los derechos y garantías del trabajador.

Referencias

Código sustantivo del trabajo. (2019). Bogotá: LEYER

Escobar, G. S. (2014) *Legislación laboral teoría y práctica*. Bogotá, Colombia: Mc Graw Hill.

Garrido, J. M. (2016). *Derecho Laboral*. Bogotá, Colombia: Temis.

Ortega, J. A. (2002). *El Salario*. Bogotá, Colombia: Leyer.

Ovalle, O. O. (2017). *Derecho Empresarial Legislación Constitucional y Laboral*. Bogotá, Colombia: Alfaomega.

Sentencia Corte Suprema SL 1798 de 2018.

Sentencia Corte Suprema SL 5584 de 2017.

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de junio de 1970.

Ministerio de Trabajo, Histórico del Salario Mínimo Legal Mensual Vigente en Colombia, años 1990 a 2019.

DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO EN VIRTUD DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL Y SU EFECTO EN LA ESTABILIDAD LABORAL

Luis Fernando Ahumada Medina*

Francisco Bustamante Montero**

* Abogado, Universidad Libre de Barranquilla. Magister en Derecho Laboral y Seguridad Social, Universidad Libre de Barranquilla. Asesor jurídico empresarial. Docente Tiempo Completo Corporación Universitaria Americana. Email: lahumada@coruniamericana.edu.co.

** Abogado, Laboralista. Docente Universitario.

RESUMEN

Cuando iniciamos la discusión del derecho al empleo, pensamos en este como instrumentos de gran valor para el ser humano, 'para la sociedad que observa en la forma de organizarse y hallar en él una forma de vida digna y próspera, además imaginar este es acudir al concepto de estabilidad, tal es el caso que esta perdura incluso hasta la misma jubilación de las personas. Del mismo modo no solo se piensa en el empleo como una forma estática de derechos otorgados por un empleador, quien asume un riesgo en una actividad económica, y quien posiblemente también logre beneficiarse de las utilidades obtenidas con la ayuda fuerza productiva de sus trabajadores.

Es innegable que el derecho laboral en el mundo permitió, consecución de derechos de muchas naturalezas: económicos, sociales, culturales y colectivos, pero además alejó entre las personas la discriminación de clases, las brechas económicas y las sociales. El movimiento obrero-sindical en el mundo ha incidido enormemente en el mundo del trabajo descrito, para hablar de derecho, igualdad de clases, posibilidad de mejoramiento de la calidad de vida, pudiendo acceder a la educación, el trabajo con jornadas de trabajo de trabajo de 8 horas entre otros.

Es por ello, la relación entre la organización sindical y el empleo es vital, pues el escenario de lucha más igualitario es la asociación de los trabajadores con el fin de organizarse, fortalecerse y auto componerse; de paso, crear toda una cultura que ofrezca una construcción de derechos constante, que vayan de la mano con la progresividad necesaria de los derechos de los trabajadores, por lo que es necesario asociaciones fuertes, con vocación de permanencia y sobre todo democráticas.

Las trade-unions como fueron conocidos los sindicatos por primera vez en el mundo aproximadamente en el siglo XVIII, Inglaterra, su importancia radica en uno de los orígenes más cercanos de la asociación sindical, expandiéndose al resto de Europa.

Es indudable no desconocer el rol que ha ejercido Organización Internacional del Trabajo en el mundo del trabajo , frente a la discriminación dentro de las relaciones laborales por el ejercicio de libertad sindical en titularidad de los trabajadores , destacando como una forma de derecho humano y más tarde como uno de los convenios fundamentales[1], contemplados en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales

en el trabajo y su seguimiento [2], y en la misma categoría pero sobre la discriminación el convenio No 111 de 1958[3] del mismo organismo internacional.

Se destaca recientemente la ratificación por parte del estado colombiano del convenio 154 de 1981[4] sobre negociación colectiva ,así mismo la importancia de otros instrumentos internacionales como el Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales[5] en su artículo 2 destaca la no discriminación y el 8 a la protección al derecho de asociación sindical el Protocolo adicional la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador"[6] que en su artículo 3 establece la obligación de no discriminación por parte de los estados y el artículo 8 sobre el derecho de asociación en favor de los ciudadanos y trabajadores, capacidad de constitución de sindicatos, federaciones y confederaciones, negociación colectiva y huelga.

En Colombia de las medidas afirmativas de protección podemos destacar leyes que han acercado las directrices de la Organización Internacional de Trabajo, pero que de la misma aún se mantiene la deuda con la estabilidad en el empleo para los trabajadores sindicalizados y el panorama de no discriminación de estos, dado que el problema sigue siendo la distribución de la riqueza encaminada a la capacidad de los colectivos de trabajadores de poder constituir verdaderas centrales obreras que puedan concertar eficaces medidas de distribución de utilidades en el proceso de productivo económico.

1. LIBERTAD SINDICAL.

La libertad sindical como derecho humano y a su vez uno de los cimientos del derecho sindical, ha sido definida según la OIT como:

La libertad de asociación y la libertad sindical significan que los trabajadores y los empleadores pueden crear sus propias organizaciones, afiliarse a ellas y dirigir las sin injerencia del Estado ni de las propias organizaciones. Este derecho conlleva la responsabilidad por parte de sus miembros de respetar la legislación nacional. Sin embargo, la legislación nacional, a su vez, debe respetar el principio de libertad sindical o de asociación, que no debe ser ignorado ni prohibido para ningún sector de actividad o agrupación de trabajadores (Oficina Internacional del Trabajo, 1998)

En el estado colombiano se ha destacado que desde la expedición de la Constitución política de 1991 en su artículo 39 que el derecho de asociación sindical es un derecho fundamental frente al cual goza de protección especial por parte de las autoridades judiciales y administrativas, cuyo ejercicio debe ser democrático, libre y autónomo, con el reconocimiento del fuero sindical como una garantía hacia algunos trabajadores con condiciones de representación y afiliación a estos.

Nuestra Corte constitucional ha destacado de acuerdo al alcance de este derecho y lo que es propio de su materialización mencionó que a través de sentencia de constitucionalidad que: “El núcleo esencial se ha definido como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Y, en sentido negativo debe entenderse “el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental.”[7]

Sin embargo, enfatizamos que este derecho necesariamente en ocasiones debe estar en comunión con derechos como la negociación colectiva y la huelga, frente a la defensa y el menoscabo de sus condiciones económicas y sociales como lo ha reiterado el Comité de libertad de sindical [8], lo que ha llevado en ocasiones a la estigmatización de los trabajadores que hacen parte de una o varias organizaciones sindicales y en ocasiones a ser perseguidos, amenazados

o a gozar de estabilidad precarizada en el empleo, la declaración de derechos humanos en su artículo 23[9] contempla el derecho de toda persona a la sindicalización y a hacer parte estos.

Para el tratadista uruguayo Oscar Ermida Uriarte “la Libertad sindical ,basada en el derecho de reunión y asociación ,es un bien jurídico complejo que comprende aspectos legales del derecho laboral individual y aspectos del derecho laboral colectivo y está regulado legalmente por los Códigos laborales y penales.” (ERMIDA URIARTE, 2012, pág. 12).

Podemos destacar que la libertad sindical se manifiesta como una obligación de los estados, “que el derecho de asociación sindical, la negociación colectiva y la huelga son derechos consustanciales. es decir, se requieren los unos a los otros para hacer efectivos los derechos colectivos de los trabajadores” (Escuela Nacional Sindical, 2015) como un deber que se destaca como parte de los principios democráticos que sustentan los sistemas constitucionales y pluralistas, que contribuyen a la paz social, a la solución de los conflictos sociales y que dinamizan y fortalecen la equidad en las relaciones que los estado deben equilibrar entre empleadores y trabajadores , sea lo mismo decir entre trabajo y capital , permiten acercar la riqueza bien distribuida y acortar la brecha entre las clases sociales .

2. PROTECCIÓN LEGAL A LA LIBERTAD SINDICAL EN COLOMBIA

En Colombia además del código sustantivo en su artículo 353[10] que destaca el derecho de asociación y el 354[11] la protección del derecho de asociación sindical código sustantivo del trabajo que destaca medidas sancionatorias punitivas como las dispuesta en el actual artículo 292 del código penal Colombiano [12] y pecuniarias hasta 100 Salarios mínimos legales vigentes, hoy modificado por el artículo 26 de la ley 1453 de 2011.

Ahora desde el punto vista judicial los trabajadores se encuentran amparado por el fuero sindical que dispuesto en nuestra carta magna en el artículo 39 de cuya garantía de algunos trabajadores a no ser despedidos, “Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión”

Guillermo Cabanellas expresa que el fuero sindical se refiere a la garantía de estabilidad laboral que se otorga para determinados trabajadores, por la

representación sindical que ejercen ,para no ser despedidos ni trasladados , ni modificadas las condiciones de trabajo, sin justa causa (CABANELLAS, 1968, pág. 241), muy similar a la definición extraída de nuestro código sustantivo del trabajo en el artículo 405 [13] que se refiere en igual sentido a este tema “Se denomina “fuero sindical” la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.”.

En Brasil, se “consagra el fuero sindical como la garantía a los mandatarios sindicales de no ser removidos, que está determinada por el decreto 59820 del 20 de diciembre de 1986. El artículo 63 otorga garantías a los representantes sindicales a partir del registro de sus candidaturas a cargos directivos o representación sindical hasta el final de su mandato en caso de ser elegido, incluso como suplente salvo que cometa falta debidamente comprobada.” (OSTAU DE LAFOND DE LEÓN, 2006, pág. 104)

Por su parte en Argentina en su artículo 14 bis constitucional expresa la protección al trabajo, a la concertación garantía a los gremios de concertación, conciliación, negociación y a la huelga dispone el apartado constitucional

El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozaran de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales

con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

Por su parte la ley 23.551 de 1988 en su artículo 48 establece una protección foral en los representantes sindicales gremiales

Los trabajadores que, por ocupar cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieran representación gremial, o en cargos políticos en los poderes públicos, dejarán de prestar servicios, tendrán derecho de gozar de licencia automática sin goce de haberes, a la reserva del puesto y ser reincorporado al finalizar el ejercicio de sus funciones, no pudiendo ser despedidos durante el término de un (1) año a partir de la cesación de sus mandatos, salvo que mediare justa causa de despido.

El tiempo de desempeño de dichas funciones, será considerado período de trabajo a todos los efectos, excepto para determinar promedio de remuneraciones.

Los representantes sindicales en la empresa elegidos de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la presente ley continuarán prestando servicios y no podrán ser suspendidos, modificadas sus condiciones de trabajo, ni despedidos durante el tiempo que dure el ejercicio de su mandato y hasta un año más, salvo que mediare justa causa.

Como se ve en general en Colombia y en ciertos países de Latinoamérica existe cierto grado de protección, por el tipo de sindicalización, ya sea por actividad, gremio o empresa[14], en cierta medida contribuye a un grado de protección a las estructuras principales de las organizaciones sindicales de todos los grados, pero casos como el colombiano no permiten una garantía, pues los conflictos colectivos de intereses que se suscitan terminan siendo segmentados y en ocasiones micro conflictos como en el caso de los sindicatos de pequeñas empresas, o sindicatos con menor poder que apenas exceden el número mínimo de 25 trabajadores, al ser la ley del congreso la que regula la mayor parte de las condiciones individuales de cada trabajador, por ausencia centrales obreras que construyan normas concertadas de contenido económico y social, como el caso argentino.

3. DISCRIMINACIÓN CON OCASIÓN DE LOS TRABAJADORES SINDICALIZADOS

Se puede comprender el término discriminar como: “2. Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental, etc.” [15], este trato desigual subjetiva u objetivamente dirigido hacia una persona o grupos de personas por una condición, divergencia siempre y cuando ese tratamiento este dirigido a excluir o limitar.

Es menester indicar que el discriminar o ejercer discriminación podría decirse que carece de un contenido nocivo, pues el solo hecho de dar un trato diferenciado no aseveraría una conducta excluyentemente injusta hacia algo o alguien, como lo menciona el autor Jesús Rodríguez Cepeda [16], el mismo debe perseguir fines moral y normativamente contrarios a valores fundamentales de una sociedad o contrarios al *ius cogens*.

La discriminación frente a sujetos individualmente o células de la sociedad tales como las que forman las organizaciones sindicales, comportan una conducta encaminada y contraria a la ley, al orden superior positivo, los principios precursores del derecho del trabajo, desde su inicio, primero discriminado el hombre, luego el ciudadano segunda categoría, el obrero y en la actualidad trabajadores concentrados en la clase media-baja, mayormente trabajadores rasos que encuentran en la sindicalización un instrumento de lucha, hoy en cuidado intensivos en el auge de las políticas globales económicas, con la pureza de libre mercado.

En el ámbito internacional la discriminación ha sido un campo de amplia discusión y de medidas que han buscado promover mandatos para erradicarla, el sistema universal de derechos humanos, la declaración universal de derechos humanos de 10 de diciembre de 1948 en su artículo 2 que:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía.

De igual manera, el convenio 111 de 1958 sobre la discriminación (ocupación y empleo) y la recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación) 111 también de 1958[17], Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2 y 3, Y Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24, carta de la OEA artículos 3 y 45, la convención americana de derechos humanos de 1969 artículos 1 y 24, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” de 1988 artículo 3, Carta democrática interamericana artículo 9.

Por su parte, a pesar de todo el andamiaje normativo internacional, sigue existiendo claros escenarios en los que los empleadores pueden generar actos claros debido a que podemos observar cómo se atenta contra representantes y directivos sindicales o contra la organización; restringiendo, coaccionando de manera directa o indirecta, la participación, afiliación instaurando medidas represivas de exclusión al conocer la intención de un trabajador por hacer parte de cualquier sindicato, incluso afectando mayormente a sindicatos minoritarios o con número reducidos de integrantes; en una de sus apartes compilatorios el comité de libertad sindical expuso:

La protección contra la discriminación antisindical deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera del lugar de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo. (Oficina Internacional del trabajo, 1996, pág. 151).

La Escuela Nacional Sindical mediante documento denominado “Estrategia de protección jurídica a la libertad sindical para las organizaciones sindicales que se están creando, creciendo o innovando” (LÓPEZ PORRAS, 2019) dichas estrategias se enlazan frente a posibles conductas restrictivas o atentatorias a partir de acciones preventivas y de protección frente a libertades y derechos derivado de la libertad sindical de las organizaciones sindicales las formulan para su materialización así:

1. Anticiparnos a los conflictos mediante acciones que prevengan ataques jurídicos por parte de los empleadores, en este sentido desde antes de la creación de la organización sindical se deberá acompañar, supervisar y ajustar el cumplimiento de todos los requisitos legales para la existencia del sindicato y

en caso tal que sea ya una organización existente se hará una revisión y ajuste para subsanar posibles deficiencias en la constitución de la organización.

2. Formación a la organización sindical para la defensa de los derechos a la libertad sindical instalando capacidades, que les permitan desde lo jurídico acompañar otras estrategias como la de organización para el crecimiento, la de negociación colectiva y la de huelga, movilización o comunicación.

3. Análisis de las estrategias de los empresarios para oponerse a la creación y crecimiento de las organizaciones sindicales, en este criterio se analiza para preparar a los sindicatos en la defensa desde una estrategia jurídica que se lleva a cabo desde la fase de la existencia del sindicato, fase intermedia de afiliación o crecimiento que lleva consigo toda la protección a los despidos de los afiliados, negociación, huelga y la protección a la organización sindical desde la fase de funcionamiento, ante acciones empresariales tendientes a impedir la creación y funcionamiento de subdirectivas y comités seccionales para el crecimiento.

4. La estrategia jurídica siempre debe estar subordinada a la política de crecimiento y a la decisión de la organización sindical, como una estrategia de apoyo para lograr el objetivo principal y viabilizar las otras estrategias.

5. Sindicatos involucrados en el proceso como parte de una estrategia integral para la protección de la libertad sindical a partir de una tipología de casos que se acompañarán y/o promoverán desde la estrategia jurídica, I) Procesos jurídicos de litigio estratégico el cual pretende modificar una política, una norma o una interpretación. II) Procesos jurídicos que hemos denominado importantes para garantizar el crecimiento y funcionamiento a partir del desbloqueo de las organizaciones sindicales. III) Acciones jurídicas cotidianas de trámite y apoyo para la defensa de derechos individuales y colectivos a la libertad sindical.

Los criterios descritos se deberán concretar en unos mecanismos de protección jurídica a las organizaciones sindicales en sus distintas fases como se describió al inicio, estas son:

- 1. Fase de nacimiento o crecimiento.*
- 2. Fase intermedia de Afiliación, Protección contra despidos, Negociación Colectiva y Huelga.*
- 3. Fase de funcionamiento.*

Cuando el empleador o el estado se opone o no brinda las garantías o atenta contra las libertades necesarias para el ejercicio de la asociación profesional limita un derecho humano y restringe libertad de autodeterminación y un derecho fundamental, la corte constitucional en reiterada doctrina constitucional ha destacado los roles tales como libertad individual y colectiva de libre asociación este tribunal señaló:

Dentro del derecho de asociación sindical la jurisprudencia ha identificado tres dimensiones, las cuales a su vez entrañan una expresión de libertad:

(i). Dimensión individual: Consiste en la posibilidad que tiene cada persona de decidir si se afilia, si se retira o si permanece dentro de la organización, sin injerencia alguna o presiones externas, ni por parte del empleador ni incluso del mismo sindicato.

(ii). Dimensión colectiva: En virtud de la cual los trabajadores organizados, pueden autogobernarse y decidir de manera independiente el destino de su organización sin admitir injerencia externa, especialmente del empleador.

(iii). Dimensión instrumental. Según la cual el derecho de asociación es el medio para que los trabajadores puedan lograr la consecución de algunos fines, especialmente el mejoramiento de sus condiciones laborales. Ello por cuanto, de acuerdo con el artículo 13 del Código Sustantivo, las normas de la legislación laboral tan solo constituyen un mínimo de garantías que bien pueden ser mejoradas mediante la negociación colectiva. (T-701, 2003)

En el mismo sentido, la Corte indicó: “Dentro de la dimensión instrumental la jurisprudencia le ha dado gran importancia a la actividad de negociación colectiva; sin embargo, no sobra recordar que la función de los sindicatos no se agota allí” (T-619, 2013). Existen otras actividades atribuidas por ley a los sindicatos dentro de las cuales se destacan: (i) el deber de “estudiar las características de la respectiva profesión y los salarios, prestaciones, honorarios, sistemas de protección o de prevención de accidentes y demás condiciones de trabajo referentes a sus asociados para procurar su mejoramiento y defensa”[18] (ii) “propulsar el acercamiento de patronos y trabajadores sobre las bases de justicia, mutuo respeto y de subordinación a la ley”[19], (iii) “asesorar a sus asociados en la defensa de los derechos y representarlos ante las autoridades administrativas, ante los patronos y ante terceros”[20].

Es importante manifestar que la discriminación hacia los trabajadores

pertenecientes a un sindicatos sigue siendo una asignatura pendiente de la legislación colombiana, pues no obsta el mero hecho de hacerse parte individualmente por parte de un trabajador , pues como queda señalado este derecho y la misma negociación colectiva trasciende la simple circunstancia de convertirse en un acto meramente formal y con la disposición de pertenecer a un grupo inerte que no promueva la concertación , el estudio acucioso de las condiciones en de empleo, salario, profesión , sector, en cambio siga en la misma ruta ser tildado y tachado como un elemento toxico dentro de las organizaciones empresariales que conspire en contra de los ideales del capital, resquebrajando más alguna vocación o prosperidad de estabilidad en el empleo, especialmente en los trabajadores con contratos a periodo fijo, vinculados por obra o labor contratada y los tercerizados haciendo nugatorio de cualquier modo esta garantía universal.

Es de particular importancia el sonado caso de discriminación al derecho de libertad sindical, hacia la organización sindical ASIMPEC de la seccional de Medellín, la cual fue objeto de despidos sistemáticos, sin que se respetara la garantía del fuero sindical por parte de IMPEC, logrando reducir la organización a su mínima expresión. El sindicato luego de perder varias batallas jurídicas en el orden interno, tanto mediante acciones de reintegro por fuero sindical, como de acciones de tutela, se vio compelido a presentar una queja formal ante el Comité de Libertad Sindical, por violación del Convenio No. 87 de la OIT “Sobre libertad sindical”

Al respecto El Comité de Libertad Sindical de la OIT; emitió el informe 328 de 2002 en el cual no solo se conmina al estado Colombiano a respetar el derecho de libertad sindical de cada uno de los miembros de la organización sindical; sino que el Comité pide al Estado colombiano: "k) en lo que respecta al despido del Sr. Juan de la Rosa Grimaldos y otros dirigentes de la seccional Medellín alegado por ASEINPEC, el Comité pide al Gobierno que tome las medidas necesarias con miras al reintegro de los mismos en sus puestos de trabajo con el pago de los salarios caídos;" (Informe 328 OIT. Ilo).

Una vez el Comité de Libertad emite el informe, los trabajadores se vieron en la necesidad de instaurar sendas acciones de tutela para que el INPEC, procediera a dar cumplimiento a la recomendación contenida en el informe 328 de 2002 del Comité de Libertad Sindical y se concretara el reintegro de los trabajadores a los puestos de trabajo y el pago de los salarios caídos, las cuales fueron negados en sede de primera y segunda instancia, para luego ser abordado el tema por el máximo tribunal constitucional en sede de revisión. Conforme lo

explicó la Corte Constitucional en sede de revisión mediante sentencia T 603 de 2003 el argumento del juez constitucional de primera instancia fue:

Por último, sobre a la obligatoriedad de las “recomendaciones” hechas por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el informe 328, sostuvo que:

“[...] no son normas creadoras de obligaciones internacionales sino meras directrices, guías, pautas que deben observar los [E]stados partes en la búsqueda de condiciones dignas frente a las relaciones laborales. Dichas recomendaciones no tienen el carácter de obligatorio cumplimiento para las autoridades colombianas y no hacen parte de la legislación interna como sí lo son los convenios internacionales de trabajo, debidamente ratificados, según lo previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.”

Con fundamento en lo anterior, concluyó que esas recomendaciones de ninguna manera obligan al Estado colombiano y simplemente lo requieren para se tomen medidas con el fin de que se eviten estos casos y se reintegren a quienes fueron retirados del servicio sin autorización del juez por gozar del fuero. (Corte Constitucional. Sentencia T 603 de 2003).

Por su parte referenció la Corte Constitucional en sede de revisión mediante sentencia T 603 de 2003 el argumento del juez constitucional de segunda instancia:

Considera que otra cosa es lo que sucede con la fuerza vinculante y la validez que en el orden interno tienen los Tratados Internacionales celebrados por el Estado colombiano, o a los cuales éste haya adherido, siempre y cuando hayan sido ratificados y se encuentren debidamente incorporados a nuestro ordenamiento positivo mediante ley de la República, conforme al principio “pacta sunt servanda”.

A su juicio las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT no revisten, conforme a lo previsto en su acuerdo constitutivo, el carácter de imperativos categóricos con la virtualidad de desplazar el juez legítimo natural llamado por nuestro ordenamiento a valorar mediante el respectivo proceso judicial, si un trabajador se le transgredió o no el fuero sindical, como presupuesto ineludible de la decisión que debe adoptar respecto de la procedencia o no del reintegro, con sujeción a las reglas del debido proceso y de acuerdo con las pruebas vertidas en el juicio.

Para terminar, advierte que habiendo los actores agotado todos los medios judiciales previstos en nuestro ordenamiento para controvertir los derechos que estiman conculcados por el INPEC, incluida la acción de tutela, y en firme los pronunciamientos que los decidieron con el valor de cosa juzgada, la acción de tutela presentada debe ser declarada improcedente. (Corte Constitucional. Sentencia T 603 de 2003).

Como se puede observar, para Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, y el Consejo Superior de la Judicatura quienes fallaron en primera y segunda instancia respectivamente proscriben toda fuerza vinculante que se le pudiera atribuir a las recomendaciones del Comité de libertad Sindical de la OIT.

No obstante lo anterior; la Corte Constitucional aclara que no es posible desconocer por parte del gobierno y las autoridades, el cumplimiento de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, las cuales tienen fuerza vinculante en el orden interno, amén de las obligaciones adquiridas por el Estado Colombiano al suscribir y ratificar el Tratado constitutivo de la OIT, a su vez el Comité de Libertad Sindical al ser un órgano de control de la OIT, dentro de sus funciones emite recomendaciones de carácter vinculante según las normas que rigen la Organización. De tal suerte que la Corte Constitucional recuerda el precedente en esta materia ya evocado a través de T 569 de 1999:

Para una mayor precisión, y como quiera que se reiterará la anterior jurisprudencia, la Sala citará in extenso los apartes pertinentes de la sentencia T-568 de 1999. Expresó la Corte:

“La OIT se manifiesta a través de Convenios y Recomendaciones, según el artículo 19 de su Constitución. La Corte Constitucional ha reiterado, siguiendo los lineamientos de la Carta de la OIT que, a diferencia de los Convenios, las Recomendaciones no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países (ley 524, 1999).

“Como se explicó atrás, los órganos de control también emiten recomendaciones y, en ocasiones son vinculantes. Es el caso, por ejemplo, de las que profiere la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “La Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del

derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella”; resolución 2200 A (XXI)”. Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria...” (Ley 16, 1972). Por último, “Todos los órganos de los Estados Partes tienen la obligación de cumplir de buena fe las recomendaciones emitidas por la Comisión, no pudiendo ésta establecer el modo de ejecutarlas a nivel interno (...) siendo por tanto el Estado (...) el que debe determinar la forma de cumplir con las mismas.” (Sentencia C-511, 2013)

Finalmente, la corte decide revocar los fallos de primera y segunda instancia y en consecuencia, ordena al INPEC reintegrar a los accionantes a los mismos cargos que venían desempeñando o uno de mayor jerarquía por los hechos que originaron la acción, y a reconocerles los salarios y prestaciones que dejaron de percibir, considerándose para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en su relación laboral con ese Instituto.

Se observa en este caso que operó una discriminación directa sobre los trabajadores pertenecientes al sindicato del INPEC, la cual también tuvo lugar sobre la organización sindical, puesto que no puede obviarse como los despidos generalizados afectaron la representatividad y fuerza de negociación del sindicato, al mismo tiempo que el desconocimiento del fuero sindical del que gozaban los fundadores y los miembros de la junta directiva proscribió de contera el derecho de libertad sindical, al reducir a una ínfima expresión las posibilidades del ejercicio de la función sindical.

Referencias

Barajas Montes De Oca, S. (1990). *Derecho del Derecho del Trabajo*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.

Benrey-Zorro, J. (2011). *Análisis de la figura de la suspensión de contrato de trabajo del trabajador particular en Colombia y algunas menciones a la legislación extranjera*, *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 13(2). 379-410.

Cabanellas, G. (1968). *Compendio de derecho laboral t.II*. Bibliográfica Argentina.

Cadavid Gómez, I. & Arenas Gallego, E. (2016) *Cartilla del Trabajo*. Universidad de Medellín.

Código sustantivo del trabajo. (2019). Bogotá: LEYER

Constitución Política de Colombia 1991. (2019). Temis.

Ermida Uriarte, O. (2012). *Sindicatos en libertad sindical*. FCU4ed.

Escobar, G. S. (2014) *Legislación laboral teoría y práctica*. Mc Graw Hill.

Escuela Nacional Sindical. (2015). *Derechos de asociación, negociación colectiva y huelga son consustanciales”, será la posición del gobierno en OIT*. <http://ail.ens.org.co/dialogo-social/derechos-de-asociacion-negociacion-colectiva-y-huelga-son-consustanciales-sera-la-posicion-del-gobierno-en-oit/>

Garrido, J. M. (2016). *Derecho Laboral*. Temis.

Ley 10 de 1934. (1934, 20 de noviembre). Congreso de Colombia. Diario Oficial: 22.746

Ley 1098 de 2006. (2006, 8 de noviembre). Congreso de Colombia. Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial: 46.446

Ley 141 de 1961. (1961, 16 de diciembre). Congreso de Colombia. Diario Oficial: 30.694.

Ley 1861 de 2017. (2017, 4 de agosto). Congreso de Colombia. Diario Oficial: 50.315.

Ley 50 de 1990. (1990, 7 de junio). Congreso de la República. Diario Oficial No 27.622. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html

Ley 524 de 1999. (1999, 18 de agosto). Congreso de la República. Diario Oficial No 43.670. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0524_1999.html

Ley 599 de 2000. (2000, 24 de julio). Congreso de la República. Diario Oficial No. 44.09 http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

López, D. (mayo de 2019). *Escuela Nacional Sindical*. Obtenido de Estrategia de protección jurídica a la libertad sindical para las organizaciones sindicales que se están creando, creciendo o innovando: <http://www.ens.org.co/conocenos/asi-pensamos/libertad-sindical-y-formalizacion-laboral/libertad-sindical/>

Oficina Internacional del trabajo (OIT). (1996). *Recopilación de decisiones y principios del comité de libertad sindical del consejo de administración de la OIT. Obtenido de 4.a ed.* (revisada)

Oficina Internacional del Trabajo (OIT). (1998, 9 de junio). *Organización Internacional del trabajo. Obtenido de Programa Infocus sobre la promoción sobre la declaración*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_095897.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (1948). convenio 87. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312232

Organización Internacional del Trabajo. (1949). convenio 98. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312243

Organización Internacional del Trabajo. (1969, 4 de marzo). convenio No 111 de 1958 ratificado el de 1969. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_Ilo_Code:C111

Organización Internacional del Trabajo. (1998, 18 de junio). Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra. <https://>

www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm

Ortega, J. A. (2002). *El Salario*. Leyer.

Ostau De Lafond De León, F. (2006). *Tratado de derecho del trabajo t.II, Nuevo derecho sindical, derecho laboral colectivo*. Grupo editorial Ibañez.

Ovalle, O.O (2017). *Derecho Empresarial Legislación Constitucional y Laboral*. Alfaomega.

Sentencia C-038/04. (2004, 27 de enero). Corte Constitucional. (EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-038-04.htm>

Sentencia C-250/12. (2012, 28 de marzo). Corte Constitucional. (HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-250-12.htm>

Sentencia C-339/96. (1996, 1 de agosto). Corte Constitucional. (JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ, M.P.) [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-339-96.htm#:~:text=Una%20actuaci%C3%B3n%20de%20la%20autoridad,fundamentales%20de%20la%20persona.%22%20\(](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-339-96.htm#:~:text=Una%20actuaci%C3%B3n%20de%20la%20autoridad,fundamentales%20de%20la%20persona.%22%20()

Sentencia C-511/13. (2013, 31 de julio). Corte Constitucional. (Nilson Pinilla Pinilla, M.P.)

Sentencia T 137/00. (2000, 17 de febrero). Corte Constitucional. (CARLOS GAVIRIA DÍAZ, M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-137-00.htm#:~:text=Acci%C3%B3n%20de%20tutela%20contra%20la,personas%20de%20la%20tercera%20edad.>

Sentencia T 230/94. (1994, 13 de mayo). Corte Constitucional. (EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-230-94.htm>

Sentencia T-619/13. (2013, 9 de septiembre). Corte Constitucional. (JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-619-13.htm>

Sentencia T-701/03. (2003, 14 de agosto). Corte Constitucional. (CLARA INÉS

VARGAS HERNÁNDEZ, M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-701-03.htm#:~:text=T%2D701%2D03%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Las%20directivas%20de%20un%20sindicato,la%20organizaci%C3%B3n%20sindical%20como%20tal>.