

UNIVERSIDAD DEL CAUCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO LABORAL
Derecho Laboral Individual

Docente: Rigoberto Bazán Orobio

Abogado y Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Cauca.

Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia.

PRIMERA PARTE
NOCION, HISTORIA, FUENTES y CONFLICTOS DEL DERECHO LABORAL

CAPITULO PRIMERO
NOCION DE DERECHO LABORAL

1. Concepto de Trabajo

La tradición judeo-cristiana, de la que venimos, consideraba al trabajo como un castigo divino: Adán y Eva son expulsados del paraíso terrenal y condenado a trabajar y a sufrir para ganarse el pan.

Los primeros filósofos estaban lejos de pensar que el trabajo fuera un tema de reflexión filosófica digno. Se lo impedía la división de la sociedad que estaba establecida en dos clases: la de los siervos que trabajan para atender las necesidades de la vida, y la de los libres a quienes estaba permitido dedicarse a actividades mas gratificantes, como la política o la filosofía.

Es la industrialización la que introduce el trabajo asalariado, el cual ya no es una forma de atender a las necesidades más inmediatas, sino de entrar a formar parte de un proceso anónimo de producción de cosas. Este proceso convierte al individuo en simple pieza de un engranaje, le despoja del poder de voluntad para intervenir en el proceso productivo.

Sin embargo, el concepto de trabajo, va conduciendo a diferentes formas y contenidos, que tienen que ver con la ciencia que lo estudie y el desarrollo tecnológico, pues por ejemplo ya el trabajo no es el trabajo de la relación hombre – máquina – esfuerzo, hoy es el trabajo del hombre (tecnología – automatismo) máquina.

El trabajo social y jurídicamente tutelado es toda actividad humana lícita, libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que realiza una persona.

2. El Trabajo en la Constitución Política.

El trabajo tiene múltiples formas de expresión dentro del ordenamiento constitucional vigente así:

Es un derecho; a través del cual el individuo obtiene recursos que le permiten sufragar sus necesidades básicas (artículo 25 C.P.).

Que implica una regulación fundada en la libertad para seleccionarlo, por lo que, salvo las restricciones legales, consiste en la realización de una actividad libremente escogida por la persona dedicando a ella su esfuerzo intelectual o material, sin que puedan impedírselo los particulares ni el Estado a quien por el contrario, le compete adoptar las políticas y medidas tendientes a su protección y garantía. Este derecho además, comporta la exigencia de su ejercicio en condiciones dignas y justas, es decir, su realización en un entorno sin características humillantes o degradantes o que desconozca los principios mínimos fundamentales establecidos por la Constitución, y además que permita su desarrollo en condiciones equitativas para el trabajador.

El legislador no está habilitado para imponerle límites al trabajo, entendido éste como la facultad de toda persona de ejercer libremente una actividad lícita a la cual desea dedicarse, pero si puede regular el derecho al trabajo para determinar su contenido y delimitar sus alcances, siempre bajo condiciones dignas y justas y teniendo en cuenta los principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Constitución. Es por ello que algunas limitaciones del derecho al trabajo que ha establecido el legislador, la Corte Constitucional no las considera como una restricción a la facultad de trabajar. Ejemplo la consagración de la edad de retiro forzoso.

Es una obligación social; que se traduce en un mecanismo de incorporación de la persona a la colectividad como sujeto que se dignifica a través del aporte que hace al desarrollo de una comunidad.

Es un deber; que tiene todo trabajador de contribuir solidariamente a la construcción de una sociedad más participativa en términos tanto políticos como económicos y, por esta vía, más democrática y plural.

Ahora bien, estos elementos básicos de la noción y las implicaciones del derecho al trabajo tienen una materialización concreta en el artículo 53 de la Constitución. Esta norma se ha encargado de señalar un conjunto de principios mínimos fundamentales, a los cuales no solamente debe ajustarse el estatuto del trabajo que debe expedir el Congreso –obligación que a 10 años de la expedición de la Carta Política del 91 no se ha cumplido-, sino todo el orden legal, pues constituyen la base valorativa que ha hecho posible la aplicación de la Constitución en materia laboral; y que ha permitido a la Corte Constitucional, acercar el texto de la Carta Política a la realidad reconociendo la necesidad de fundar a la sociedad colombiana “en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (artículo 1 C.P.).

Dentro de la nueva concepción del Estado Social de Derecho, debe entenderse la consagración del trabajo no sólo como un factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Carta; y además, que constituye la actividad humana libre y lícita del hombre, que no solo contribuye a su desarrollo y dignificación personal sino también al progreso de la sociedad, bien que se trate de una actividad independiente o subordinada.

3. Concepto de Derecho Laboral o del Trabajo

El derecho laboral surge como un derecho autónomo a finales del siglo XIX, con características de ser un derecho de orden público que busca proteger al sujeto de la relación laboral, que genera la fuerza de trabajo, el trabajador.

La relación jurídica laboral pasa a ser trilateral, pues además del empresario y los trabajadores el Estado interviene decisivamente en ellas.

Derecho del trabajo es aquel que tiene por finalidad principal la regulación de las relaciones jurídicas entre trabajadores y empresarios, y de unos y otros con el Estado, en lo referente al trabajo subordinado y en cuanto atañe a las profesiones y las formas de prestación de los servicios y también en cuanto a lo relativo a las consecuencias mediatas e inmediatas de la actividad laboral, (Cabanellas).

El derecho del trabajo a estado ligado al mundo capitalista, cumpliendo funciones, como, por ejemplo: organizando una relación jurídica desigual, legalizando la acción obrera en defensa de sus intereses. Por esta razón, podemos decir que el derecho laboral es un derecho de conquistas sociales; es un derecho social que busca que se garantice a los trabajadores los medios de subsistencia en su diario vivir; sin embargo al derrumbarse el Estado de bienestar social, surge como teoría en el derecho laboral la flexibilización a partir de la década de los 80.

Entendida la teoría de la flexibilización como el aligeramiento de las limitaciones en

el uso de la fuerza de trabajo, es una tendencia observable en la evolución jurídica de los países de las nuevas formas de organización del trabajo, de las tecnologías y de la liberalización del mercado laboral.

Con diverso alcance se ha llegado a afectar el régimen relativo a la estabilidad en el trabajo (nuevas formas de contratación), los procedimientos de fijación de salarios, la duración de la jornada entre muchos otros aspectos.

Junto a esos ajustes, las libertades sindicales históricamente asociadas con la democracia perdieron eficacia: los sindicatos se debilitaron, los contratos colectivos experimentaron retrocesos y el derecho de huelga se restringió. Todos estos cambios recibidos con inquietud o con beneplácito hicieron pensar en la destrucción o desestabilización del derecho laboral. Incluso hay quienes se han preguntado si habremos llegado al fin.

4 . Objeto del Derecho Laboral

Es objeto del derecho laboral, es el trabajo subordinado, lícito y libre; en oposición al trabajo independiente, prohibido y esclavo.

El artículo 1º del CST, establece que su objetivo es lograr el equilibrio mediante la equidad de las relaciones obrero – patronales, al encontrarse el trabajador desprotegido desde el punto de vista económico y social. Por ello se le otorga una serie de prerrogativas, como el principio de irrenunciabilidad, favorabilidad y la protección del trabajo.

5 . Función y Finalidades del Derecho Laboral

Las funciones del derecho laboral son dos:

Función Protectora: En la fase primitiva del capitalismo las relaciones laborales se regulaban ampliamente en el mercado, celebrando el trabajador y el capitalista un contrato individual. Este constituía un contrato jurídico civil y recibía el mismo trato que la compra de cualquier otro artículo, las condiciones de este contrato se podían establecer libremente, por lo que el empresario podía valerse de su superioridad y dictar de facto el texto del contrato. Para trabajar en la industria fueron numerosos los trabajadores que emigraron de los sectores agrícolas en los que casi nunca se podía encontrar otra salida, debido al rápido crecimiento demográfico a la liberación de los campesinos que entrañaba elevadas cargas financieras. El desarrollo de la técnica simplificó también muchos procesos laborales inhumanos, jornadas de trabajo excesivas y salarios de hambre, así como un trabajo masivo de mujeres y niños.

Función Pacificadora: pues el derecho laboral no solamente concede protección a los trabajadores, velando por sus intereses frente a la otra parte social e implantando ciertas condiciones mínimas en materia de trabajo, sino que realiza una aportación importante para garantizar la situación social existente

En conclusión las funciones del derecho del trabajo está dirigida a la búsqueda de la equidad y la justicia de las relaciones obrero – patronales, garantizando dentro de esas funciones que los trabajadores puedan desarrollar plenamente sus organizaciones sociales sindicales, con el único propósito de lograr un equilibrio en estas relaciones.

6. Características del Derecho Laboral

Autonomía: el derecho laboral es autónomo a pesar de haberse desprendido del derecho civil; pues en el derecho laboral hay principios que le son exclusivamente propios y además instituciones propias y exclusivas como la convención colectiva de trabajo

Derecho realista y de carácter evolutivo: o sea que es un derecho que responde más a cabalidad a los cambios que se operan en la sociedad.

Limitada la autonomía de las partes: frente a un mínimo de derechos

De orden público: expresada fundamentalmente en la irrenunciabilidad de los derechos

7. Denominaciones del Derecho del Trabajo

a. **Derecho Laboral:** Aún cuando es evidente que la calificación de laboral se relaciona con el problema del trabajo o la noción de la labor, campo sumamente vasto y que puede prestarse a confusiones, ha sido en general una de las tendencias de mayor acogida, por lo que se ha considerado más acorde con lo que es en realidad el derecho del trabajo y con la finalidad que persigue esta legislación dentro de la organización económica.

b. **Derecho Industrial:** tuvo preponderancia en Francia con el auge del industrialismo, se fundamentaba en la creencia de que el derecho del trabajo no tenía otra finalidad ni otro alcance que el de proteger la situación económica de quienes estaban comprometidos con su esfuerzo personal en el trabajo de la industria. Pero se dejaba fuera de él, por consiguiente, grandes grupos urbanos y

campesinos que no estaban vinculados al trabajo industrial.

- c. **Derecho Obrero:** la crítica está, en que con esta denominación se quiso significar que quedaban amparado exclusivamente la clase de los obreros, es decir, la clase rusa de las fábricas y de las industrias, lo que es una equivocación, pues el avance del derecho del trabajo y su práctica económica y política demuestran que a medida que pasa el tiempo, es mayor su esfera de influencia y más numeroso el grupo de empleados de alta importancia dentro de la industria que reclaman para si las ventajas del derecho del trabajo. Actualmente, en la práctica, los altos funcionarios y gerentes con poder de dirección y de mando dentro de la organización industrial, lo primero que hacen al abandonar su cargo, o retirarse de él, es reclamar la aplicación, para su caso, de la legislación del trabajo.
- d. **Derecho Social:** el origen de la adopción de este nombre reside en que, por naturaleza, el derecho del trabajo propende hacia la solución de lo que se ha llamado problema social, es decir, de todos aquellos problemas de la economía y del trabajo que en última instancia vienen a significar o a determinar una posición concreta de las clases trabajadoras ante la situación económica. Por consiguiente, parecía resultar más adecuado denominar esta clase de legislación derecho social, en vez de llamarla derecho obrero o derecho industrial, pues ello, en cierta forma, parecía indicar que se trataba de un derecho limitado y no de una norma jurídica impersonal, orientadora de cierto tipo de relaciones, aunque imbuida de un carácter clasista. La crítica que se le hizo es que era una denominación muy amplia y genérica
- e. **Nuevo Derecho:** Con ello se quiso significar una cosa distinta y posterior al derecho anterior; es decir, establecer una diferencia con el derecho civil y con el mercantil, cuyos orígenes son mucho más remotos que los del derecho del trabajo y, además, un conjunto de reglas de contenido diferente; de modo que esta denominación no presentaba ninguna novedad.
- f. **Derecho de Clase:** Esta denominación fue propia de tratadistas mexicanos; como es sabido, la revolución política mexicana fue una de las más afirmativas en Latinoamérica y de las que más rápidamente se inclinaron por las teorías de izquierda en materia de conformación de su estructura interna. Allí se tomaron, no solo para el derecho del trabajo, sino para muchas ramas de la legislación, fórmulas políticas y jurídicas que en su tiempo se confundieron y aún hoy pueden identificarse en algunos casos con las grandes doctrinas de izquierda que ha conocido la humanidad.

En lo tocante al derecho del trabajo, no solo en el aspecto colectivo – sus

organizaciones sindicales y la concepción legislativa de ellas, sino del problema social en general-, es sumamente avanzado; abiertamente reconocieron y aceptaron el principio de la lucha de clases, y por eso algunos de los más importantes comentadores del derecho del trabajo, lo admiten y denominan como un derecho de clase. Es decir, como un conjunto de concepciones políticas y de fórmulas legislativas que tienen un objeto claramente restringido hacia el propósito de mejorar las clases económicamente débiles y en ningún caso las económicamente fuertes. El derecho de clase, según ellos, no tiene, pues, mas explicación en la vida social que esa: la de recoger una parte de las funciones del Estado, para dedicarla exclusivamente al beneficio de las clases trabajadoras, por encima de toda otra circunstancia y consideración.

La crítica a ésta denominación se argumenta en que dentro de un régimen de propiedad privada, no se concibe la existencia de una norma jurídica, de ningún género que ella sea, que contenga un sentido clasista.

8. División o Clasificaciones del Derecho Laboral

El derecho laboral lo podemos clasificar en:

- Derecho laboral individual
- Derecho laboral colectivo
- Derecho laboral internacional
- Derecho laboral de la seguridad social.
- Derecho procesal laboral
- Derecho administrativo laboral e historia del derecho laboral
- Medicina laboral
- Derecho laboral comparado

CAPITULO SEGUNDO HISTORIA DEL DERECHO LABORAL

1. El Trabajo en la Época Precolombina

El derecho laboral, entendido como el conjunto de acciones y normas que directa e indirectamente tienen relación con el trabajo, se empieza a gestar en las primeras organizaciones sociales que formó el hombre en el territorio colombiano. Encontraron los cronistas españoles que el trabajo era función de la convivencia social de los aborígenes y que en algunos casos era obligatorio, en un trabajo

realizado por Guillermo Cabanellas, se expresa lo siguiente:

“En el principio el trabajo era obligatorio para todas las clases sociales. A los aristócratas o superiores incumbían las tareas intelectuales, las de dirección, organización y vigilancia y las de culto; a las clases bajas les tocaba realizar las actividades agrícolas y las demás manuales. El imperativo laboral, en la medida de sus fuerza alcanzaba ya a los niños desde los cinco años”.

“Conocían la división del trabajo y la practicaban aplicando un régimen de prestación de servicios con disciplina absoluta; podía concebirse a la de los incas, como gran colectividad, en la cual todos los miembros tenían ocupación, sin que las jerarquías pudieran permanecer ociosas. Dentro de su organización, el acto más degradante consistía en ser castigado públicamente por pereza”.

Garcilazo de la Vega, manifiesta que: *“en la organización del imperio incaico cada individuo tenía un oficio que se sucedía de padres a hijos, siendo una de las preocupaciones principales la de dignificar el trabajo, de tal manera que el mismo Inca honraba el trabajo inaugurando las actividades de cada año, con una magnífica ceremonia”.*

La cultura Tairona tenía una división social del trabajo según los sexos.

En la cultura muisca los hombres tenían derechos casi ilimitados sobre sus mujeres. Podían darlas como obsequio, las enterraban vivas para acompañarlos durante la muerte y eran unas de las principales fuentes de trabajo en las actividades agrícolas y domésticas.

Podríamos concluir que el trabajo en la cultura precolombina es parte integral de la cotidianidad de los pueblos, que consideraban el trabajo como un elemento esencial de su diario vivir. El trabajo era el elemento de relación de la comunidad con su mundo místico.

2. El Derecho Indiano y el Trabajo

Es el derecho que produce el imperio español para el continente americano; este derecho está influenciado por diferentes culturas como la hispanoarábica y la hispanojudaica, pero sin duda la mayor influencia del derecho indiano la encontramos en el derecho romano, que a la postre tiene plena vigencia e influencia en el nacimiento del derecho español.

La legislación indiana emanaba Reales Cédulas, Reales Ordenes, Pragmáticas,

Ordenanzas, Autos y Provisiones. En general provenían todas del rey, pero es bueno mencionar que en las indias había algunos cuerpos con potestad legislativa. Veamos algunas de las decisiones que emanaban de los distintos órganos:

- a. **La Real Cédula:** Emanaba del Consejo de Indias quien habla en nombre del rey diciendo: *“Yo el Rey hago saber...”*.
- b. **Las Reales Ordenes:** Emanaban del ministerio por orden del rey. Sólo se conocen en el reinado de los Borbones en el siglo XVII.
- c. **La Pragmática Itálica:** Es una ley que ha sido proclamada solamente y que, por lo común, se refiere a asuntos generales, en tanto que la Real Cédula tenía un carácter particular; también el Consejo de Indias dictaba pragmáticas.
- d. **Las Ordenanzas:** Constituían verdaderos códigos, como ejemplo la Ordenanza de Toledo sobre el trabajo de los indios en las minas, que se constituyó en un código de minería de la época.

El virrey dictaba las ordenanzas que debían ser enviadas al Consejo de Indias para su aprobación, aunque fuese esta una formalidad, sin valor, puesto que se ponían inmediatamente en vigor.

También podían dictar ordenanzas, las universidades, los cabildos, las audiencias, consulados.

- e. **Los Autos y Provisiones:** Son mandamientos que emanan de las autoridades judiciales, tales como las audiencias y consulados.

3. Las Leyes de Indias y su Aspecto Social (El Trabajo).

Desde mediados del siglo XVI el imperio español dictó normas para la protección de los indios americanos, como el primer ejemplo notable de legislación del trabajo en la época moderna.

Estas leyes codificadas en la famosa recopilación de indias, contienen disposiciones que fijan la duración del trabajo, prescriben el pago de salario justo y equitativo, prohíben el pago de salarios en especie, reglamentan las condiciones de trabajo de los indios menores de 18 años, protegen a las mujeres que trabajan, fijan los derechos de los patronos y de los trabajadores, y, en suma, establecen un régimen jurídico para las relaciones contractuales derivadas del trabajo.

3.1. Protección a la Mujer

El libro VI, título X, ley XV, de la Recopilación de las Leyes de Indias, prohibía que *“Ninguna india casada puede servir en casa de español, ni a esto sea apremiada si no sirve en ella su marido”* o que prohíbe *“sacar indias de los pueblos para que sean amas de leche de un hijo español”*.

Durante la época de embarazo se prohibía el trabajo, en algunas leyes se extendía este lapso hasta cuatro meses después del parto, *“si ordenamos y mandamos, que ninguna mujer preñada, después de pararse cuatro meses no la envíen a las minas, ni a hacer montones, sino que tales, personas que la tienen en la encomienda, las tengan en las estancias y que sirvan en ellas en las cosas que son de poco trabajo así como hacer pan, guisar de comer y deshierbar y después que pariesen críen sus hijos hasta de tres años, sin que en todo este tiempo la mandaran a ir a las minas, ni hacer montones, ni en otra cosa en que se traten ni reciban perjuicio”*.

3.2. Protección a los Menores

La protección infantil tampoco era desconocida en la legislación de india; se prohibía el trabajo de los menores de dieciocho años (edad de tributar), pero se les admitía para el pastoreo de los animales, siempre que mediara autorización de sus padres.

Una real cédula de 1682, dada por Carlos II, prohibió expresamente que los indios menores de dieciocho años trabajen en los obrajes e ingenios salvo que el trabajo fuera a título de aprendizaje, esta prohibición era absoluta para las mujeres, también se prohibía que dichos menores llevaran cargas, determinándose el peso máximo de las que podrían transportar los mayores.

3.3. Libertad de Trabajo.

La libertad de emplearse en la actividad que más le plazca sin imposiciones, y de elegir libremente profesión u oficio, fueron consagrados por las leyes de indias. En tal sentido el título II del libro VI, ley XIII ordenaba: *“Con pretexto de lo mandado que los indios se ocupen y trabajen en sus tierras, no han de ser apremiados, que se le alquilen sino los holgazanes; ni ocupados en oficios, ni en labranzas del campo, y los que puedan y deban servir por mitas y repartimientos, y aunque vivieren ociosos y no entendieren el susodicho, no sean apremiados a salir de sus lugares sino a pueblos españoles, donde no haya indios para trabajar, y esto sea pagándole su justo jornal, a vista de nuestras justicias”*.

En 1541 se dispuso que los indios de territorio frío, no pudiesen ser llevados a trabajar a territorio cálido y viceversa.

3.4. Obligatoriedad Social del Trabajo

La obligatoriedad de trabajar se estableció en la ley I, título XII, libro IV de la recopilación de indias: *“Habiéndose reconocido que también importa a los indios para su propia convivencia y aumento no permitir entre ellos la ociosidad y dejamiento a que naturalmente son inclinados, y que mediante su industria, labor y particular de aquellas providencias. Ordenamos y mandamos que los indios se lleven y salgan a las plazas y lugares públicos acostumbrados por estos, donde más comunidad suya pudieren ir, sin dejación ni molestia, mas que obligarlos a que vayan a trabajar para que los españoles o ministros nuestros preladados, religiosos, sacerdotes doctrineros hospitales o indios o otras cualquier congregaciones y personas de todos los estados y calidades, los concierten y cojan allí por días y semanas y ellos, vayan con quien quieran y por el tiempo que les pareciera, sin que nadie los pueda llevar ni a tener contra su voluntad”*.

3.5. Salarios

Las leyes de indias reglamentaron el salario que se les debía pagar a los indígenas de la siguiente forma:

“Ley XJ. Que los indios de los señoríos contribuyan para el salario de sus protectores, como los demás. Los indios de señoríos acudan y contribuyan en la paga, y repartimiento de hecho, para salarios de sus procuradores, como los demás encomendados, según generalmente está mandado”.

“Ley IJ. Que los indios labradores, o oficiales no sean apremiados a que se alquilen por jornal. Con pretexto de lo mandado que los indios se ocupen y trabajen en sus tierras, no han de ser apremiados, que se le alquilen sino los holgazanes; ni ocupados en oficios, ni en labranzas del campo, y los que puedan y deban servir por mitas y repartimientos, y aunque vivieren ociosos y no entendieren el susodicho, no sean apremiados a salir de sus lugares sino a pueblos españoles, donde no haya indios para trabajar, y esto sea pagándole su justo jornal, a vista de nuestras justicias”.

El jornal del indígena consistía en dinero y en la manutención de éste.

El pago del salario se debía hacer en dinero efectivo, no en especie. Efectuarse cada semana sin deducción ni compensación de más de la cuarta parte, y debía ser pagado en mano propia ante el protector de indias, y el párroco. Expresamente se disponía que: *“a ningún indio se pague su jornal en vino, miel, chicha ni yerba, y todo lo que estos géneros se les pague se de por perdido y el indio no le incurre en*

pena de 20 pesos cada vez porque nuestra voluntad es que se le pague en dinero”.

Otras medidas relacionadas con la remuneración estaban contempladas en las leyes de indias, como la concesión de licencias con goce de sueldo en los obrajes, la reglamentación del trabajo a destajo, la moderación de los salarios excesivos y la participación en los productos, otorgada en algunas de las minas de indios.

3.6. Jornada de Trabajo

La legislación indiana también regulaba el tiempo de trabajo; para las mitas existían providencias que limitaban a 23 días al mes y solamente a 207 días al año.

De igual manera para los indios que se alquilaban libremente o se repartían, existían restricciones, se establecía que aquellos que laborasen en las minas de oro trabajaran solamente cinco meses y luego de ese periodo debían pasar un tiempo sin trabajar de 40 días, sin que el minero tuviera derecho a emplearlos durante ese tiempo.

La jornada laboral se establecía de ocho (8) horas diarias, repartidas en dos jornadas cuatro por la mañana y cuatro por la tarde, repartidas en los tiempos más que más convinieran para librarse de los rigores del sol.

3.7. Régimen de Previsión.

Entre otras instituciones se crearon las *“Las Cajas de Comunidad”*, en todo pueblo o agrupación de indios debía constituirse una de estas cajas; el destino de cuyos fondos, en beneficio común de los indígenas era el siguiente: sostenimiento de sus hospitales, de sus bienes de pobres, con cuyo nombre se entendía el auxilio a las viudas, huérfanos, enfermos, inválidos, etc., para ayudar a sufragar los gastos de las misiones, casas de reclusión y demás elementos para la conversión, sostenimientos de seminarios y colegios para hijos de caciques, para permitirles realizar sin detrimento de los bienes, el pago del tributo y, en general para que fuese ayuda, y alivio en sus restantes necesidades.

Las cajas se alimentaban de tres fuentes de ingreso: una agrícola, otra industrial y otra censal.

Igualmente se obligaba a todos los indios a entregar cada año un tomín para el sostenimiento de sus hospitales.

Era una obligación de los hacendados o patronos cuidar y velar por la curación de los indios que enfermaran por accidentes a consecuencias del trabajo u ocupaciones, de manera que tuvieran la medicina necesaria.

Con relación a los esclavos se disponía además del auxilio de enfermedad y gastos de entierro obligatorio para los dueños, la protección de los viejos y enfermos habituales.

3.8. Conclusiones sobre la Legislación Indiana

En conclusión la legislación formal de indias era verdaderamente avanzada y vanguardista en legislación sobre lo que hoy denominamos legislación laboral, pero en la realidad la panorámica era totalmente distante de las consagraciones normativas; ya que las normas eran dictadas desde España y en los territorios coloniales campeaba el gran refrán de que las *“Las órdenes del rey se respetan pero no se cumplen”*, pues los encargados de la aplicación de las normas al ser ellos igualmente sujetos de ellas hacían caso omiso a ellas y confabulados con los grandes hacendados aplicaban su propio derecho.

El derecho aplicado no era otro que aquel guiado por la ambición de riqueza y esperanza de regresar a España a disfrutar de ella, presente en la gran mayoría de los españoles; así entonces es que la realidad de indígenas y africanos esclavizados no era otra que la de una herramienta de trabajo que no tiene para su dueño otro fin que el de producir riqueza sin miramientos en sus condiciones de trabajo, pues indígenas y esclavizados no eran dueños ni de su propia vida ya que los llamados amos y dueños y amos con la anuencia de las autoridades coloniales se abrogaban el derecho de disponer de la vida misma de quienes consideraban sus propiedades.

Así entonces lo que en la legislación indiana parece un gran avance comparable muchas instituciones laborales con las presentes en la actualidad, la realidad de los trabajadores de las épocas de la conquista y la colonia latinoamericana y colombiana eran exacta y en muchos casos peores a aquellas conductas que la legislación trataba de proscribir o prohibir; es por ello que esta legislación indiana vanguardista no tiene mucha referencia cuando de antecedentes del derecho y la legislación laboral se trata, pues en la práctica por regla general su aplicación no existió.

4. Orígenes del Derecho Laboral

Los orígenes de derecho laboral en el mismo imperio romano con los llamados *colegios de artesanos*, que encierran en su estructura los orígenes de las *corporaciones* posteriores de la edad media; y que estas, a su vez, son el principio de los elementos conocidos en el actual derecho laboral: subordinación como

soporte del contrato individual, y el sindicato, como nervio fundamental de la lucha por el mejoramiento económico de los trabajadores.

Los autores parecen estar de acuerdo en señalar como origen del derecho del trabajo contemporáneo la división de clases que surgió a causa del nacimiento y en auge del capitalismo industrial, de la tesis individualista sobre la libertad y específicamente respecto de la libertad en el terreno económico.

La aparición en la vida política, social y comercial de los pueblos, sobre todo en Europa en una clase burguesa que, apoyada en la tesis de la libertad económica irrestricta, tomó para sí, no sólo los instrumentos del mando, sino los bienes y elementos de la producción, fue creando de contragolpe una vasta clase social desposeída no solo de tales bienes, sino de la posibilidad de obtenerlos, y reducida por pugnas de los hechos económicos a la necesidad de comprometer su fuerza de trabajo para subsistir.

Esta clase es el proletariado, y se forma, se levanta y progresa en un ambiente de franca hostilidad hacia las clases económicas fuertes, las que, de su parte, poco repararon en el fenómeno social, político y humano que se avecinaba, empeñadas, como se encontraban de manera exclusiva, en el proceso de explotación económica y de atesoramiento de riquezas, por todos los medios lícitos e ilícitos.

El proceso de crecimiento del proletariado, su distanciamiento de las altas clases y, por tanto, de los gobiernos que son expresión de aquellas, toma inesperado impulso con el auge de la grande industria y con la aparición en la historia, de la época denominada del *capitalismo industrial*. La demanda cada vez mayor de mano de obra a medida que aumentaba el número de empresas y el poder industrial de ellas; el abandono de los campos por los trabajadores, atraídos por la posibilidad de mejores salarios y halagados por posibles comodidades materiales, va haciendo que aquella masa adquiriera dimensiones gigantescas, aunque desordenadas al principio, tanto desde el punto de vista doctrinario y disciplinario, como por el desamparo y la indiferencia oficial.

5. Corrientes ideológicas del Derecho Laboral

Las corrientes filosóficas y políticas que más han influido en la vida y en el desarrollo del derecho laboral han sido consideradas en dos grandes bloques ideológicos: doctrinas de derecha y doctrinas de izquierda.

Entre las doctrinas de izquierda son consideradas:

- El socialismo utópico.
- El materialismo histórico
- El intervencionismo de Estado.
- El socialismo de Estado o de cátedra.

A la cabeza de las grandes teorías de la derecha, están las de la iglesia católica.

5.1. Socialismo Utópico

Lo utópico es lo que se sueña y, en su calidad de sueño, es no sólo irreal sino también un tanto irrealizable. Se dirá, no sin razón, que en el germen de todas las tendencias reformistas hay una leve sombra de utopía, de sueño. Las inspiró un anhelo que, en los tiempos en que fueron concebidas, pudo muy bien reputarse ilusorio e irrealizable a la luz de las circunstancias entonces remantes.

Pero hay algo que asigna su especial condición "utópica" al socialismo de ese nombre, y es que éste se limita a delinear la imagen de un mundo perfecto, sin determinar con precisión los procedimientos que, en la práctica, habrán de materializarlo. Por otra parte, el socialismo utópico deposita una fe excesiva e ingenua, en el simple deseo de progreso y renovación del hombre. Fe quimérica, puesto que el hombre no solamente está movido por sentimientos altruistas sino por intereses materiales profundamente egoístas con los que es necesario contar. Y aquel individuo a cuyas expensas se produciría la reforma —el poseedor que dejaría de serlo— es renuente a aceptarla, prefiriendo aferrarse al estado de cosas que le asegura el disfrute de sus privilegios.

Creer, de principio, que ese hombre pudiera ser persuadido de renunciar sin lucha a lo que considera suyo y ama como suyo para formar en cambio un mundo perfecto en beneficio de los demás es lo que imprime el sello de la utopía en el socialismo utópico.

La Utopía de Moro, a tiempo de bautizar a todo este sistema de ideas, es ya una obra fundada en la crítica de una sociedad afectada por males y problemas que, diversamente, se proyectan hasta nuestros días. En efecto. Utopía fue escrita en 1516, cuando Inglaterra afrontaba los conflictos creados por el paso de la economía agraria a la industrial (véase el capítulo relativo al liberalismo). Grandes extensiones de terrenos que antes producían artículos alimenticios fueron convertidos en campos de pastoreo para el ganado lanar, cuyo producto elaboraban las fábricas textiles. De este modo los campesinos, despojados de su fuente de subsistencias, se vieron obligados a emigrar en grandes masas a las ciudades que no estaban preparadas para recibirlos ni para absorber su capacidad de trabajo. Surgieron los conflictos que eran de esperar en materia de escasez de provisiones, falta de

viviendas, desocupación, enfermedades, etc., y se desató una gran ola de criminalidad. Las autoridades gubernamentales aplicaron medidas represivas, sin investigar los orígenes de la crisis ni hacer nada por remediarla.

Fue este cuadro de conflicto económico y social y de intenso sufrimiento el que inspiró la crítica y el sueño de Moro. Utopía es un país imaginario, situado en una isla del Pacífico. Su mecanismo económico está organizado en torno a un conjunto de pequeñas comunidades que, dentro de un sistema comparable al de las modernas cooperativas, produce lo necesario para satisfacer las necesidades de la colectividad. Se ha eliminado la propiedad privada, y el egoísmo posesivo engendrado por ella está sustituido por sentimientos de solidaridad y anhelos de superación. La tierra y otros instrumentos de producción son de propiedad común. No hay división de clases. No hay riqueza ni pobreza.

Como solamente se trabaja para cubrir la demanda de la comunidad y no con fines de lucro, ha sido posible reducir la jornada de trabajo a seis horas, pero ni el trabajo es obligatorio para la gente joven y sana. Los ancianos y enfermos disfrutan de pensiones. La educación es también obligatoria y se la imparte a todos por igual. Las comunidades están regidas por grupos que escoge directamente la mayoría (con poderes muy limitados, ya que la organización misma de la sociedad hace innecesario el rigor de la autoridad). Hay libertad religiosa e igualdad entre individuos de uno y otro sexo. Todos tienen el mismo derecho a un nivel básico de comodidades materiales y a las mismas oportunidades de superación intelectual. El recreo, el descanso y las diversiones sanas son parte importante e imprescindible de los derechos del ciudadano. He ahí, a grandes rasgos, la Utopía de Moro, situada en una isla imaginaria del Pacífico.

Cree que la propiedad debe ser socializada y el derecho de herencia suprimido; que todos los miembros de la sociedad deben producir "de acuerdo con su capacidad y ser remunerados conforme a sus aptitudes", pero que esa diferencia en las remuneraciones no debe llegar nunca a crear clases económicas ni extremos de riqueza por una parte y de pobreza por otra.

La economía se fundará en la agricultura, y el trabajo estará distribuido en tal forma que cada individuo tenga la oportunidad de encontrar una actividad que le sea grata. Por este medio, el trabajo se convertirá en un placer en vez de una obligación; y la educación vocacional, desde temprana edad, servirá para facilitar esa distribución del trabajo. El trabajo grato será, lógicamente, más productivo.

Robert Owen es acreedor a mención especial por ser uno de los pocos utopistas que formularon su teoría no en el plano de las ideas puras, ni desde la trinchera de las clases desposeídas, sino más bien en pleno campo de las clases poseedoras.

En efecto, Owen era un próspero industrial textil inglés, nacido en 1771, que organizó una comunidad llamada New Lanark modelada en conformidad con los principios de su socialismo utópico, para demostrar que las condiciones del medio social influyen decisivamente en la posibilidad de perfeccionar los métodos de producción. En New Lanark, donde tenía su fábrica, construyó viviendas para los obreros, escuelas para los hijos de éstos, comedores y campos de recreo, etc., y demostró prácticamente que era posible trabajar en esas condiciones y obtener todavía utilidades. Algo más: merced al bienestar suministrado a sus obreros, consiguió de ellos un índice más alto de productividad. De los satisfactorios resultados de su experimento sacó Owen argumentos prácticos para proponer una serie de medidas de protección a los trabajadores, tales como la reducción de la jornada de trabajo a sólo 12 horas (en ese entonces la duración de la jornada quedaba al arbitrio del empresario, y era corriente que los obreros, y aun los niños, trabajasen alrededor de 16 o 18 horas diarias), la prohibición del trabajo a los menores de 10 años, la educación universal, organización de gremios y asociaciones de tipo cooperativo como controles eficaces para moderar los excesos del capitalismo, etc. Por todo ello se considera a Robert Owen, con justicia, uno de los precursores de la legislación social y del trabajo. De la grande obra de Owen, además de lo indicado, quedan las cooperativas, para las cuales sentó las primeras bases, y la organización sindical de la que también fue precursor al organizar en Inglaterra la Grana National Consolidated Trade Unions.

Sin embargo de esta primera etapa quedan para el derecho del trabajo, dentro del inventario que todas estas tesis presentan, en primer lugar, el esfuerzo, por unir a los trabajadores, no propiamente como en los actuales sindicatos, pero si el de haber influido en la tesis de la unión como un factor fundamental para la transformación de la situación política; en segundo lugar quedan en la práctica algunos ejemplos, algunas organizaciones como las primeras *trade-unions* y el famoso falansterio de Fourier, que se quiso hacer entonces una demostración de lo que valía la organización colectiva ante el criterio cerrado de las primeras tesis del individualismo liberal.

5.2. Tesis Marxistas o Materialismo Histórico

Con la aparición de las ideas filosóficas del siglo XVIII que culminaron con la revolución francesa, afloraron a la vida social y económica unas situaciones sociales de tan aberración e injusticias, que ella misma motivó el nacimiento de una serie de corrientes políticas y de tesis que tenían por objeto apartarse no solo de esas ideas, sino de sus resultados prácticos.

Dentro de éstas, la más importante, porque doctrinariamente es mejor estructurada, y en la práctica fue la más combativa, es la del *materialismo histórico*, esta doctrina

arremetió agresivamente contra las bases de la estabilidad económica y política que sostenía el régimen de la propiedad privada. La base de esta filosofía la pudo sentar Lenin, cuando afirmó que no es la conciencia de los hombres la que determinan las necesidades de los pueblos, sino éstas las que determinan la conciencia de los hombres.

Se puede afirmar que la doctrina del materialismo histórico comprende tres partes: la parte filosófica; la que explica las leyes sociales, y una tercera que hace relación a la práctica, o sea, la eficiencia de la doctrina socialista sobre la realidad económica, es decir, la táctica de luchas que supone la prosperidad y vigencias de esas tesis políticas.

En lo tocante a la primera, esto es, a la cuestión estrictamente filosófica, el materialismo rechaza en forma categórica el principio de la propiedad privada; sostiene que la existencia del sistema capitalista se basa en un principio inadmisibile, cual la explotación del hombre por el hombre, explotación en la que el asalariado lleva siempre la peor parte porque carece de todos los elementos de producción y no tiene cosa distinta que aportar a esa desigual comunidad que su capacidad de trabajo; y porque, de otro lado, están las clases capitalistas, dueña no solamente de los elementos de producción en su más amplio sentido, sino también de los frutos que le depara la posesión de esos elementos, o sea, de la propiedad privada, además explotadora del trabajo asalariado. Eso encierra, según la teoría, una profunda contradicción dentro de la sociedad, la cual se tiene que desenvolver necesariamente a favor del proletariado.

Pero a diferencia del socialismo utópico, que sentaba la tesis que antes vimos y que, además, proponía soluciones bastante alejadas de la realidad, junto con la base frontal de las tesis políticas del marxismo, existe la cuestión estratégica; esas tesis no tendrían ninguna importancia en la vida práctica de la sociedad, si se creyera, como creyeron los primeros socialistas, que su sola prédica sería suficiente para conmover los cimientos económicos de la organización. Es necesario dar vida y escape a la contradicción existente entre las clases sociales, lo cual no puede hacerse sino mediante procedimientos violentos contra la clase dominante.

Solo aprovechando las contradicciones internas, y aprovechándolas mediante los métodos de lucha que se pueden poner en práctica para forzarla o desembocar en una solución, es posible que las tesis del materialismo dialéctico provoquen una transformación del régimen de propiedad privada individual al régimen colectivista de la propiedad colectiva o estatal de la propiedad pública.

¿Según el materialismo histórico como se puede llevar a cabo esta tarea? Mediante la unión de los trabajadores; el mecanismo de esa unión debe llevarse a cabo por

conducto de la formación previa de organizaciones de pelea; fuerzas de combate, no solamente ideológico sino físico, que debe contribuir a crear un estado de agitación donde las contradicciones que causa el sistema sean suficientes para llegar a un grado de exaltación tal que produzca el derrumbamiento del sistema capitalista por la imposibilidad de soportar más dentro de su seno las consecuencias económicas y políticas que el suscita. Las organizaciones sindicales, adquirieron tal crecimiento y poder, que eran en realidad , fuerzas de choque cuya misión era de entrar en conflicto en los propios recintos de las empresas y talleres; y no las fuerzas que propenden a situaciones pacíficas de mejoramiento económico tal como hoy las conciben la doctrina y las legislaciones. Crearon situaciones políticas de tal gravedad, que influyeron definitivamente el lo que fue el nacimiento del derecho constitucional del trabajo, o la aceptación, por el Estado, de formulas jurídicas que sirvieran a la defensas de los trabajadores.

La práctica política de las fuerzas ideológicas del materialismo dialéctico muestra esa importancia en la vida del derecho laboral. Y uno de los fundamentos que expone para resaltar el régimen de explotación económica que trata de combatir, es la teoría de la **plusvalía**, que puede sintetizarse así: el trabajo, en la concepción materialista, no es sino una mercancía; como mercancía, el trabajador, el que solamente aporta su labor manual para realizarlo, no esta obligado o no debe estar obligado, a proporcionar más esfuerzo que el que económicamente se necesita para adquirir mercancía suficiente para su propia subsistencia. Sin embargo, dentro del régimen capitalista, por la organización misma del sistema, el empleador siempre obtiene del trabajador una cantidad de trabajos que sobre pasa en exceso el límite que sería el socialmente necesario para que el trabajador pudiera vivir de su trabajo; ese trabajo excesivo es el que constituye la **plusvalía**, que, sin razón económica o jurídica de ninguna naturaleza, va a parar a las arcas del empleador, y que posteriormente no lo devuelve al trabajador de ninguna forma ni en ningún servicio.

Frente a la tesis central marxista de esta parte de la filosofía es: "No es la conciencia de los hombres la que determina su ser, sino que, al contrario, es su ser social el que determina su conciencia." En la cual el ser social lo conforman las relaciones económicas de producción, el modo de producción de la vida material, que condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual, que condiciona las creencias, las costumbres, la religión, la filosofía, etc.; así entonces la producción, distribución, intercambio y consumo de bienes, son la raíz de que los hombres tengan y desarrollen esta o aquella mentalidad, es decir, la ideología, y elaboren estas o aquellas leyes, y se dé este o aquel modo de gobernar la sociedad, es decir, la estructura de la sociedad.

Los críticos a esta doctrina sostienen que la historia no confirma esto. Entre pueblos que disponen de un modo de producción similar, se encuentran a veces enormes

diferencias en las mentalidades, en las leyes y en el modo de gobierno. Si teniendo un modo similar de producir se producen diferencias en las creencias, costumbres, religiones, filosofía, formas de gobierno, etc., ¿por qué se producen esas diferencias?

Por ejemplo, el modo de producción de los aztecas, los mayas y los incas era similar, sin embargo, sus creencias, sus supraestructuras eran diferentes. Por ejemplo, los aztecas eran conquistadores, los mayas, no. Los mayas se deformaban el cráneo y se tatuaban, los incas y los aztecas no. Los mayas creían en la vida de ultratumba y en un juicio final en que cada individuo era sometido a un balance de vida terrenal y al poco tiempo su alma regresaba. Una particularidad de los aztecas es que el núcleo central de la religión era su calendario. Los Incas creían en un dios supremo, además de creer en otros dioses, y embalsamaban a los cadáveres. En los aztecas el sacrificio humano alcanzó una proporción desconocida en los otros dos pueblos: para los guerreros aztecas el honor máximo consistía en caer en la batalla u ofrecerse como voluntarios para el sacrificio en las ceremonias importantes.

5.3. Socialismo de Estado

Pretende asignar al Estado un papel regulador de la economía, procurando apartarse de las tesis radicales, tanto del primitivo liberalismo económico como de los principios esencialmente colectivistas. Su teoría la expuso por primera vez en forma orgánica Schmoller, en 1782, en el congreso de Eisenbach, celebrado por los profesores de las universidades alemanas; de ahí su también denominación como ***socialismo de cátedra***.

Parte de que el Estado es una unidad moral, producto de una serie de factores, tales como el lenguaje común, las costumbres, la cultura y la acción continua y persistente de las instituciones políticas. Si así se lo concibe, su papel fundamental es robustecer y defender aquella unidad, para lo cual no basta atenerse a la libre y absoluta iniciativa de los hombres sobre la determinación y marcha de los factores económicos, esto es, de propiedad privada, pues considera que esa libertad desenfrenada ha ocasionado la quiebra de la citada solidaridad o unidad moral.

Según sus postulados, el lucro individual sin tasa ni medida, que caracteriza a la economía capitalista, debe desaparecer en la medida en que atenta contra aquella solidaridad o unidad moral.

Los regímenes económicos pueden ser de tendencias lucrativas o consuntivas, libres o dirigidas, factores que contribuyen a determinar varios tipos diferentes.

Dentro de ellos, el llamado **socialismo de Estado** sería una economía consuntiva dirigida, en que el Estado debe determinar la cantidad y calidad de los productos, lo cual se realiza vigilando la acción y actividad de las empresas particulares, o ya sea convirtiéndose en empresario en determinadas circunstancias, ora reservando a su actividad la explotación de alguna o algunas fuentes de riqueza, o, en último caso, socializando alguna rama de la industria; debe igualmente fijar precios y ejercer el control sobre el ingreso o egreso de las mercancías.

Admite que dentro del proceso económico el Estado debe respetar la propiedad individual, pero tomando a su cargo la producción y distribución de la riqueza. Y como acepta el postulado de que el hombre tiene derecho al producto íntegro de su trabajo, considera que para salvaguardarlo es preciso respetar, dirigiendo, la iniciativa privada tanto como el derecho de propiedad.

Esta corriente ejerció gran influjo en el nacimiento y desarrollo del derecho del trabajo, pues presentó aspectos diferentes al problema económico, de los cuales pudieron extraerse conclusiones y experiencias de gran utilidad para defensa de las clases trabajadoras y para el proceso legislativo del derecho del trabajo. Particularmente la tesis sobre el derecho al producto íntegro del trabajo y sobre la limitación de las utilidades de la industria privada, contribuyeron a las modernas teorías sobre la intervención del Estado en la economía y propiciaron el postulado, ya admitido en varias legislaciones, del derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas.

5.4. Intervencionismo de Estado

Se identifica en algunos aspectos con las tesis socialistas, por cuanto irrumpió abiertamente contra el régimen de injusticia de la propiedad privada y en cuanto desconoce, en cierta forma, ese régimen de la propiedad privada; pero el desconocimiento de él no va hasta su propia abolición, para sustituirlo por el sistema de propiedad pública.

El intervencionismo de Estado buscó otras orientaciones criteriológicas en lo que es la constitución del Estado. Podemos encontrar allí dos grandes escuelas sobre la existencia del Estado: la de Jellineck y la de Duguit.

De acuerdo con Jellineck, el Estado es una unidad ideal, moral, que está compuesta por una serie de factores, entre ellos, el territorio, los habitantes, el gobierno, no debiendo, sin embargo, entenderse como la resultante de la conjunción de tales factores. El Estado así concebido, como una unidad moral, no puede desentenderse de las actitudes de los ciudadanos hasta el punto de permitir que cada uno haga lo que le provoque, y, particularmente, en el régimen de la propiedad privada, a que

ese factor se convierta en un factor de perturbación de la vida social; porque entiende que su misión es regular esa vida social e impedir que aquellos elementos que sirven para la vida de los hombres sean utilizados por ellos mismos en perjuicio de la organización superior, la cual está encargada de velar por la integridad y la seguridad de la nación.

Esta primera tesis fue combatida por Engels y los materialistas, quienes sostiene que no hay tal unidad moral, que cualquiera sea la idea que se tenga del Estado, es el resultado de la situación económica en un momento dado, en un pueblo y en una hora determinada; que esa situación caracterizada por el régimen de propiedad, presenta una serie de contradicciones que suelen desenvolverse en un estado de crisis cuyos resultados son inciertos; en algunas ocasiones esas crisis abortadas, pudiéramos decir, pueden resolverse a favor de la clase dominante.

La escuela de Duguit, sosteniendo también que el Estado no es ninguna unidad moral sino la coexistencia en un momento dado en un pueblo determinado de una serie de factores, sinterizados en la diferencia entre gobernantes y gobernados; allí donde se pueda establecer concretamente un territorio determinado y una diferencia entre gobernantes y gobernados, se encuentra el Estado.

¿Cuál es el papel de ese tipo de Estado dentro de las teorías intervencionistas, y sobre todo en relación con el régimen de propiedad privada que es la que sirve de nudo gordiano a todos estos problemas que desembocan en la creación del derecho del trabajo?

El Estado, para su propio mantenimiento, para la seguridad del territorio y de los ciudadanos que él rige, debe tener un papel regulador. No puede ser el Estado liberal individualista del siglo XVIII que se conforma con la famosa conducta del ***dejar hacer y dejar pasar***, porque el régimen económico de la propiedad privada, que, según los intervencionistas, es el que más se acomoda a la naturaleza de las cosas, no puede dejarse a la libertad irrestricta de quienes por alguna razón lo detentan, ya que esa conducta desenfrenada puede crear una serie de conflictivas políticas y económicas que ponen en peligro la seguridad de la estructura misma, seguridad que es necesario preservar antes de cualquier otra cosa. Por consiguiente, el Estado es un regulador de la actividad económica. Aceptando, como se acepta, la existencia del principio del derecho de propiedad, el Estado tiene que regularlo para establecer en que forma debe ejercerse, cuál es la propiedad que realmente merece la tutela y el respecto de la organización política del Estado; y, a partir de ese movimiento (*que también fue recogido en cláusulas constitucionales sumamente importantes no sólo en la Constitución francesa sino después en la República de Weimar, en la Constitución de la República Española y que más tarde paso al movimiento constitucional de Latinoamérica*) se quiso hacer una distinción

entre la propiedad como tesis general y la propiedad como función social, o sea, como ente merecedor de la tutela y protección del Estado.

Naturalmente, partiendo de esas bases y si es cierto que la propiedad debe tener una función social y no sólo una función individual absorbente, el Estado debe regularla, porque está en capacidad de saber qué función debe desempeñar ese derecho para que preste un verdadero servicio social a la colectividad; entonces, todo el marinismo de la intervención del Estado – dentro del cual ya se presentan varias ramificaciones de la doctrina, para sostener, unas mas y otras menos, ese grado de intervención- tiene por objeto que el derecho de propiedad en sus distintas manifestaciones, sea una veces controlado y en ocasiones dirigido plenamente por el Estado. Dentro de ese nuevo sistema se presenta ya una situación de equilibrio entre los detentadores de la propiedad privada y los que no la tienen. Y que ofrece aristas menos ásperas, situaciones menos difíciles y menos injustas para el proletariado.

Este sistema de intervención del Estado, recogido en preceptos constitucionales, trajinado por distintas doctrinas y por distintos movimientos políticos, admite como factores fundamentales dentro de la defensa del proletariado algunas instituciones de gran importancia; por ejemplo, la modernización del derecho del trabajo, la restricción en ciertos aspectos, o el desconocimiento en otros, de la libertad contractual; y, finalmente, el derecho de asociación, no sólo concebido desde el punto de vista del derecho de las personas de asociarse para lograr mejores fines de carácter económico o cultural, sino también como instrumento que sirva al Estado para alcanzar mejor propósito de regulación y de dirección de la economía en orden a favorecer los intereses generales de la comunidad.

5.5. Doctrinas Católicas.

Son unas de las más importantes y que han influido en la vida social y en las relaciones entre obreros y patronos.

Los grandes personajes de la patristica (Padres de la Iglesia, nombre dado por la Iglesia católica a los teólogos y autores que establecieron la doctrina cristiana con anterioridad al siglo VIII) y la escolástica (Filosofía de la Edad Media, cristiana, árabe y judaica, en la que domina la enseñanza de las doctrinas de Aristóteles, concertada con las respectivas doctrinas religiosas) han sentado las bases fundamentales para el planteamiento del problema social y puesto los cimientos para la controversia que dentro de él se planteó luego contra el materialismo histórico. En realidad, una de las más grandes escuelas ortodoxas seriamente organizadas para combatir las tesis del materialismo dialéctico ha sido la iglesia.

El punto central de las tesis de la Iglesia Católica se refiere a la moral dentro de la economía; no solo considera que no son inseparables la moral y la economía, es decir, la conducta humana ante las reglas económicas y las leyes de la naturaleza, sino que afirma que son complementarias, y no concibe ni acepta dentro de sus principios una economía ordenada, en forma contraria a los dictados de la razón y a los preceptos fundamentales que informan la moral cristiana.

Los importantes principios contemporáneos conocidos sobre el problema social, y acerca de la regulación de la conducta de los hombres y de los propietarios en relación con el trabajo asalariado, están contenido en dos famosas encíclicas: la **RERUM Novarum** y la **Quadragesimo Anno**.

Al referirse a los orígenes de lo que llama malestar obrero, dice el Papa León XIII: *“Pues destruidos en el pasado siglo los antiguos gremios de obreros, y no habiéndoseles dado en su lugar defensa ninguna, por haberse apartado las instituciones y las leyes públicas de la religión de nuestros padres, poco a poco a sucedido halarse los obreros entregados, solos e indefensos por la condición de los tiempos, a la inhumanidad de sus amos y la desenfrenada codicia de sus competidores. A aumentar el mal vino la voraz usura, la cual, aunque más de una vez condenada por sentencia de la iglesia, sigue siempre bajo diversas formas, la misma en su ser, ejercida por hombres avaros y codiciosos. Juntase a estos que la producción y el comercio de todas las cosas está casi todo en manos de pocos, de tal modo que unos cuantos hombres opulentos y riquísimos han puesto, sobre la multitud innumerable de proletarios, un yugo que difiere poco del de los esclavos”*

Condena más adelante las soluciones socialistas a las cuales juzga de instas, perjudiciales, y subversivas particularmente en lo que se refiere al desconocimiento o abolición de la propiedad privada, tesis que en parte explica así: *“Porque si el obrero presta a otros sus esfuerzos y su industria, lo presta con el fin de alcanzar lo necesario para vivir y sustentarse, y por esto, con el trabajo, que de su parte pone, adquiere un derecho verdadero y perfecto, no solo para exigir su salario, sino para hacer de éste el uso que quisiere. Luego, si gastando poco de éste salario ahorra algo y para tener más seguro este ahorro, fruto de su economía, lo emplea en una finca, síguese que aquella finca no es más que aquel salario bajo otra forma; y por tanto, la finca que el obrero así compró, debe ser tan suya propia como lo era el salario, que con su trabajo ganó. Ahora bien, en esto precisamente consiste, como fácilmente se deja entender, el dominio de bienes muebles e inmuebles. Luego, al empeñarse los socialistas de que los de los particulares pasen a la comunidad, empeoran la condición de los obreros, porque quitándoles la libertad de disponer libremente del salario, les quitan hasta la esperanza de poder aumentar sus bienes, y sacar de ellos otras utilidades”*.

No niega la iglesia el hecho de controversia o lucha de las clases sociales. Pero la condena y endereza sus soluciones a eliminarla de la vida social o hacerla menos conflictiva y áspera. Así parece resultar del siguiente criterio con el cual se presenta globalmente la solución del problema social: *“Porque la iglesia es la que de los evangelios saca doctrinas tales que bastan o a dirimir completamente esta contienda, o, por lo menos a quitarle toda aspereza y hacerla así mas suave; ella es la que trabaja no solo en instruir el entendimiento, sino en regir con sus preceptos la vida de todos y cada uno de los hombres, ella que con muchas e utilísimas instituciones promueve el mejoramiento de la situación de los proletarios; ella es la quiere y pide que se aúnen los pensamientos y las fuerzas de todas las clases para poner remedio, lo mejor que sea posible, a las necesidades de los obreros y para conseguirlo cree que se deben emplear, aunque con peso y medida, las mismas leyes y la autoridad del Estado”*

Concluye el planteamiento estableciendo una serie de principios a manera de reglas de conducta, tanto para obreros como para patrones, que en el terreno legislativo y jurídico pudieran llamarse *obligaciones de las partes*, las cuales imparte a nombre de la autoridad de la iglesia, y con el fin de *“acabar con esa lucha (la lucha de clases) y hasta cortar con las raíces mismas de ella”*.

Cuarenta años después sobrevino la encíclica ***Quadragesimo Anno***, que hace planteamientos concretos sobre el contrato de trabajo, el salario y en especial la teoría del salario justo, el derecho a formar sindicatos, pero de orientación católica, la intervención del Estado en la economía.

6. Las Normas Laborales en Colombia 1915 – 1950

6.1. Entre 1810 – 1914

6.2. Entre 1915 – 1950

7. El Código Sustantivo del Trabajo

El Código Sustantivo del Trabajo, es adoptado por los decretos 2363 y 3743 de 1950, y como legislación permanente mediante la Ley 141 de 1961

7.1. Campo de Aplicación

El Código Sustantivo del Trabajo, es aplicable a:

Al trabajo humano, ya sea material o intelectual, permanente o transitorio, que una persona natural ejecuta al servicio de otra persona natural o jurídica.

Por su parte el artículo 5 expresa que el trabajo que regula dicho código, es aquel trabajo subordinado; por lo tanto a las actividades de los trabajadores independientes se les aplica normas civiles, administrativas.

7.2. División Normativa.

Al analizar los artículos 3, 4, 491 y 492 del CST, podemos concluir:

- a. Que la parte individual comprendida entre los artículos 22 al 352 es aplicable a los trabajadores particulares.
- b. La parte colectiva comprendida entre los artículos 353 al 484 es aplicable tanto a los trabajadores particulares como a los empleados oficiales, es decir, empleados públicos y trabajadores oficiales.

7.3. Principales Modificaciones

Decreto 2351 de 1965.

Ley 73 de 1966.

Decreto 13 de 1967, mediante el cual se incorporan al CST las disposiciones de la Ley 73 de 1966

Ley 50 de 1990

Ley 789 de 2002

CAPITULO TERCERO FUENTES DEL DERECHO LABORAL

1. Definición de Fuentes del Derecho

Por fuentes del derecho se entiende aquellos manantiales de donde provienen no solo las formas que son propias de la norma jurídica, sino la sustancia o contenido

de los preceptos reguladores de la conducta humana.

En otras palabras podemos decir que son los distintos fenómenos que constituyen la fuerza creadora del derecho como hecho de la vida social y las formas de manifestarse la norma jurídica.

2. Clasificación de las Fuentes del Derecho Laboral

Las fuentes del derecho en general y en especial del laboral se clasifican en:

Fuentes Materiales

Fuentes Formales

2.1. Fuentes Materiales del Derecho Laboral

Son aquellos principios o situaciones de hecho que dan contenido y vida a la norma jurídica.

Son entonces fuentes materiales del derecho laboral, los fenómenos sociales, económicos y políticos que dan origen a las normas positivas, es decir, a la legislación del trabajo propiamente dicha.

2.2. Fuentes Formales del Derecho Laboral y su Clasificación

Las fuentes formales del derecho laboral están constituidas por aquellas formas que de acuerdo con el derecho positivo son imprescindibles para darle vigor a la norma jurídica en su imperio sobre la conducta social; es decir los causes por los cuales se expresa el derecho laboral.

2.2.1. Fuentes Obligatorias o Principales

2.2.1.1. La Constitución Política

La Constitución es la primera norma de nuestra organización estatal, en ella se consagran en materia laboral principios y reglas que deben ser tenidos en cuenta para la interpretación de la ley laboral y sus aplicaciones.

La primacía de los postulados constitucionales es claramente establecida en el

artículo 4, cuando establece: “**ARTICULO 4o.** *La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”.

La Constitución de 1886, tímidamente contenía normas sobre el TRABAJO, salvo lo estipulado en el artículo 17 que establecía “la protección del trabajo y su carácter de obligación social”. Además establecía otras garantías que se pueden considerar como conexas con el derecho al trabajo como las siguientes:

- El derecho de huelga (art. 18)
- La prohibición de la esclavitud (art. 22)
- El derecho de carrera administrativa para los servidores públicos (art. 62).
- Protección a la propiedad privada y su función social, a los derechos adquiridos, la libertad de empresa dentro de un sistema intervencionista, la libertad de escoger profesión y oficio y a la libertad de asociación. (art. 30, 32, 39 y 44).
- La prohibición de desmejorar los derechos de los trabajadores durante los Estados de Emergencia Económica.

Pero el panorama del trabajo a nivel constitucional cambió con la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991 ya que en ella el trabajo adquiere el carácter de principio, pilar fundamental del Estado Colombiano y derecho fundamental de los asociados y como tal goza de especial protección del Estado.

Así entonces desde el preámbulo de la constitución se establece que la finalidad de la misma es entre otras asegurar el trabajo.

Colombia es Un estado Social de Derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad. (Artículo 1º)

Que son fines esenciales del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. ... Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Artículo 2ª)

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (Artículo 4ª).

Prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas (Artículo 17).

El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Todas las personas tienen derecho al trabajo en condiciones dignas y justas (Artículo 25).

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

Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución. (Artículo 39).

Derecho a la seguridad social. *ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

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

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

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

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

Derecho a la capacitación laboral: ARTICULO 54. *Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.*

Derecho a la negociación colectiva: ARTICULO 55. *Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.*

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

Una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su composición y funcionamiento.

Participación de los trabajadores en la gestión de las empresas: ARTICULO 57. *La ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas.*

Acceso y democratización de la propiedad: ARTICULO 58. *Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.*

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es

inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

Protección de los trabajadores agrarios: ARTICULO 64. *Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos.*

El derecho de carrera administrativa para los empleados públicos: ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

*Libertad de empresa con función social en un marco de intervencionismo para asegurar el acceso a los bienes y servicios básicos de las personas de bajos recursos (art. 333 y 334). **ARTICULO 333.** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone

responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

ARTICULO 334. *La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.*

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

2.2.1.2. Los Convenios Sobre el Trabajo Ratificados por Colombia

La constitución señala en su artículo 53 que: Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

Por su parte el Artículo 93 establece: **ARTÍCULO 93.** *Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.*

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Frente a la discusión sobre la jerarquía entre los tratados internacionales y la

Constitución Política, la Corte Constitucional ha manifestado que entre tales normas no hay criterio de supremacía, sino que estas normas constituyen un Bloque de Constitucionalidad, es decir, las normas consagradas en un tratado internacional tienen rango constitucional.

2.2.1.3. La Ley

La ley, es una regla de conducta impuesta por un acto de soberanía, de carácter genérico e impersonal, emanado del órgano constitucionalmente competente para ello (en nuestro caso el Congreso de la República).

Un principio de interpretación de la ley enseña que pueden existir, para regular situaciones sociales, una norma de carácter general y otra de carácter especial y que el intérprete, o el juez, al momento de aplicarlas, debe tener en cuenta que la norma especial prevalece sobre la de carácter general; es decir, que cuando una situación esté regulada por dos normas diferentes, debe atenderse en primer término a aquel que regule específicamente la materia, y solo en defecto de esa norma debe remitirse a la aplicación de la norma general. Este principio, aplicado a todas las normas del derecho y a toda función jurisdiccional sobre interpretación de la ley, es igualmente aplicable a todas las normas del derecho y a toda función jurisdiccional y a la legislación del trabajo.

2.2.1.4. Disposiciones Reglamentarias de las Autoridades Públicas

Estas disposiciones procuran desarrollar la ley y reglamentarla para efectos de su aplicación.

El Ministerio de la Protección Social, es la principal autoridad administrativa que desarrolla actividades reglamentarias, mediante resoluciones y circulares, estas normas administrativas no pueden establecer nada diferente a lo que dice la ley, no le pueden cambiar su sentido. Cuando esas normas administrativas reglamentarias exceden la ley, pueden ser anuladas por el Consejo de Estado.

Normalmente tienen el sentido de interpretar la ley, hacer más práctica la ley (decretos reglamentarios, resoluciones del M. del Trabajo, circulares M del T).

2.2.1.5. El Reglamento Interno de Trabajo

Es el que el empleador debe elaborar para la organización laboral de la empresa; son normas que hace el patrono, pero no en forma caprichosa, si no siguiendo los

formatos, instrucciones que le da la ley, además con el control del Ministerio de la Protección Social.

Esos reglamentos (salud, trabajo, higiene, etc.) se consideran integrantes del contrato son obligatorios para todos los trabajadores, con el requisito de la aprobación del Ministerio de la Protección Social y con el requisito de la publicación o conocimiento que tengan los trabajadores de ellos, cumplidos estos requisitos se entenderá aplicable a todos los trabajadores a todos los contratos.

2.2.1.6. La Convención Colectiva de Trabajo.

Es el acuerdo sobre condiciones de trabajo entre el sindicato y el empleador; las convenciones colectivas tienen fuerza vinculante para los trabajadores afiliados al sindicato, y si el sindicato supera la tercera parte de los trabajadores de la empresa, son normas reguladoras para todos los trabajadores, son normas que se aplican a los contratos de trabajo de los trabajadores de la empresa.

2.2.1.7. El Pacto Colectivo de Trabajo

son normas semejantes o iguales a la convención colectiva, con la diferencia de que no es parte un sindicato, si no el grupo de trabajadores que actúa coaligado voluntariamente para efectos del pacto colectivo; el pacto colectivo es más restrictivo pues solamente se aplica a los trabajadores que han celebrado el pacto.

2.2.1.8. El Laudo Arbitral de Trabajo

Es la decisión de los árbitros cuando quiera que las partes del conflicto colectivo no se pudieron poner de acuerdo; el conflicto colectivo se inicia con el pliego de peticiones, entonces si las partes del conflicto no pueden arreglar para llegar a la firma de una convención o un pacto colectivo, la ley les ofrece en algunos casos, alternativas, si no hubo acuerdo a los trabajadores se les ofrece el arma de la huelga para presionar el arreglo, es una posibilidad constitucional, arma que no tiene el empleador; pero la ley le da esta posibilidad a los trabajadores o que recurran a otros en nombre de ellos, que es la figura de la arbitramento.

Con el arbitramento se les dice a las partes, ustedes no pudieron resolver el conflicto, nombren unas personas cada uno y ellas nombran un tercero, para que

esas tres personas lleguen al acuerdo que ustedes no alcanzaron, con la particularidad que a los árbitros si les toca llegar al acuerdo, sin que haya la posibilidad de empate pues son tres, y el tercero es prácticamente quién va a definir, ya que no representa ninguna de las dos partes.

El laudo dictado por el tribunal pudiera pensarse que es una sentencia, pero en realidad no lo es, materialmente es similar a una convención colectiva, formalmente en ciertos aspectos tiene parecido a una sentencia, pero realmente corresponde a una convención colectiva de trabajo. El laudo será aplicable a las mismas personas que se les aplicaba la convención o el pacto que reemplace.

2.2.1.9. Los Contratos Sindicales

Es aquel celebrado por uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados. (art. 482 del C. S. T.).

Se trata de un contrato solemne, por cuanto uno de sus ejemplares debe depositarse en el Ministerio de la Protección Social, a más tardar dentro de los 15 días siguientes a la firma.

A través del contrato sindical, la organización sindical se compromete a ejecutar determinada obra por medio de sus afiliados, en beneficio de un tercero, pero tanto el beneficiario de la obra como el sindicato son responsables solidarios de los derechos laborales que se produzcan en favor de los trabajadores sindicalizados, con ocasión del contrato sindical.

Por expresa disposición legal, el contrato sindical se rige, en cuanto a su duración y terminación, por las normas que regulan estas situaciones en tratándose de contratos individuales de trabajo.

El contrato sindical es diferente a la Convención o Pacto Colectivo, ya que en estos últimos son la expresión de un acuerdo entre los trabajadores representados en el sindicato o los miembros del pacto y el empleador, sobre las condiciones laborales individuales y colectivas.

2.2.1.10. El Contrato de Trabajo

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

Muchas veces tiene normas especiales que se constituyen en fuente del derecho laboral. Las cláusulas contractuales son ley para las partes; generalmente acuerdan el salario, labor a realizar y la jornada; pero en muchos otros casos sí se encuentran modalidades contractuales más extensas; cuando se va a solucionar un caso laboral, se tiene que hacer una investigación jurídica de las normas, cuáles son las normas que hay que aplicar.

2.2.2. Fuentes Auxiliares o Subsidiarias

La base normativa de las fuentes auxiliares o subsidiarias del derecho laboral la encontramos en el artículo 19 de CST que establece lo siguiente: *“Artículo 19: Cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de éste código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los convenios y recomendaciones adoptadas por las conferencias y organización internacional del trabajo, en cuanto no se opongan a la leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del derecho del trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad”*.

En cuanto a la mención que se hace de los principios que se derivan del CST y los convenios y recomendaciones adoptadas por las conferencias y organización internacional del trabajo; hay que manifestar que los principios son fuente primaria y criterio interpretativo del derecho laboral, por lo tanto se le descarta su carácter de fuente auxiliar tal como lo establece el artículo 19 citado; y en relación con los convenios y las conferencias hay que tenerlo como aquellos que no han sido ratificados por Colombia, pues, los ratificados forman parte del derecho interno de rango constitucional.

Así entonces tenemos como fuentes auxiliares o subsidiarias del derecho laboral colombiano las siguientes:

- Analogía
- La jurisprudencia
- La costumbre o el uso
- La doctrina
- Los convenios y recomendaciones adoptadas por las conferencias y organización internacional del trabajo, no ratificados por Colombia, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país.
- Los principios del derecho común que no sean contrarios a los del derecho del trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad

2.2.2.1. La Jurisprudencia

Es creadora de derecho, gracias a los jueces, también se conoce con el nombre de derecho de cosas que a diferencia del derecho normativizado no se halla consagrado formalmente en declaraciones generales, sino que se basa en decisiones suscitadas en casos concretos.

Además del hecho de que de la solución dada a un caso determinado puede deducirse, en términos generales, la solución que posteriormente se dará a otro caso similar, también se llama “*derecho de precedentes*” o “*precedentes judiciales*”.

No siempre los casos concretos encajan con exactitud en los presupuestos legales. Viéndose los jueces en la necesidad de interpretar los textos legales, antes de determinar su aplicación.

La misión del juez no debe limitarse a la simple operación mecánica de aplicar la ley a los casos concretos y a producir fallos que se ajusten con mayor o menor exactitud al esquema teórico del silogismo, sino que su función verdaderamente trascendental es la de interpretar la ley, porque es por medio de ella que puede manifestar en toda su magnitud su capacidad creadora.

2.2.2.2. La Costumbre

La costumbre ha sido definida o entendida como el uso repetido y general de cierto hecho que termina convirtiéndose en norma de convivencia y a la cual los ordenamientos jurídicos de algunos países le han dado el valor de regla de derecho, aunque restringida y de aplicación muy limitada.

En Colombia como tal está establecida en el artículo 19 del CST.

La costumbre como fuente de derecho, entonces, debe hacer relación a un hecho repetido indefinidamente y que ha llegado a la postre a convertirse en una norma favorable a los intereses del trabajador; debe tenerse en cuenta que tanto en el derecho del trabajo como en el derecho común, el precepto del artículo 131 de la Ley 153 de 1887, según el cual la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de ley positiva. Conforme con la moral, porque una costumbre que descansa sobre hechos ilícitos no puede ser aplicable en ningún caso ni puede invocarse como norma de derecho y que no sea contraria al texto legislativo, porque en el terreno del derecho del trabajo podría implicar una

situación de desmejora para el trabajador, lo que impediría su aplicación.

En cuanto al lugar donde se produce, generalmente la costumbre tiene un espacio limitado; debe ser una costumbre de fábrica, de empresa o de taller y excepcionalmente más amplia; es decir, la que se cumple por medio de convenciones de industria y por consiguiente en determinadas regiones del país. Esas costumbres, que no son sino modos de convivir y reglamentar las relaciones jurídicas entre obreros y patronos, son por su naturaleza restringidas al espacio donde se lleva a cabo el trabajo, esto es, en el ámbito de las empresas, industrias o talleres.

Por eso, únicamente la costumbre que cumpla con esas condiciones y entre trabajos iguales o similares es dable invocarla en defensa de la empresa o del trabajador, si es que tal costumbre ha recogido un *modus vivendi* o hecho que favorece el equilibrio preconizado por la ley.

2.2.2.3. Los Principios Generales del Derecho

Son fuentes auxiliares del derecho a los cuales podría acudir el intérprete que quisiera llenar un vacío, o argumentar una tesis de orden legal para fundamentar una determinada decisión jurídica.

Los principios son fuentes en la medida en que interpretan el derecho laboral dentro de una política social, entendida ésta como la acción tomada por el Estado para controlar los efectos de libre competencia económica sobre las condiciones políticas, económicas y sociales de las clases menos favorecidas.

En un concepto más amplio, la política social son aquellas directrices o planteamientos que tienden fundamentalmente al desarrollo integral del hombre en su familia y en su medio social. Esta gran cobertura estaría compuesta, además, por políticas de seguridad social, vivienda, educación, recreación, deporte, empleo, política salarial adecuada, al hombre en sociedad, que puedan mejorar y garantizar su subsistencia y el progreso de ésta.

2.2.2.4. La Doctrina

La doctrina es el conjunto de estudios de carácter científico que los juristas realizan sobre los aspectos o ramas del derecho, con el fin de interpretar sus normas o señalar las pautas para su correcta aplicación.

La doctrina no es mas que la serie de opiniones de los juristas que por su cuenta y riesgo, y sin otra finalidad que la de interpretar o sistematizar las normas jurídicas, se consagran a su estudio movidos por un interés exclusivamente científico.

La doctrina puede convertirse entonces en fuente indirecta del derecho, en el caso de que un funcionario o tribunal, al sustentar una providencia, resolviera acoger una opinión de un autor en relación con el aspecto jurídico que es motivo de controversia.

2.2.2.5. La Equidad

La equidad es un principio en la aplicación del derecho laboral; el concepto de equidad se halla más próximo a los de ecuanimidad y justicia.

La Real Academia de la Lengua la define como *“propensión a dejarse guiar, o fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia mas bien que por las prescripciones rigurosas de las justicia o por el texto determinante”*.

Todo estudio que se tiene en relación con la equidad, debe adelantarse teniendo como punto de referencia el derecho escrito de los casos; el derecho escrito, la ley, no es más que una exposición de equidad o una aproximación a ella.

CAPITULO CUARTO CONFLICTOS LABORALES

1. Definición de Conflictos Laborales

Se entiende como conflictos laborales a loas fricciones y diferencias que puedan producirse en las relaciones de trabajo.

Así entonces podemos afirmar que en términos más concretos, son las diferencias jurídicas que surgen entre las partes de un contrato de trabajo sobre el cumplimiento o incumplimiento de una de sus cláusulas; así como las fricciones cometidas por las empresas en desacato de las normas laborales establecidas a favor de los trabajadores.

2. Clasificación de los Conflictos Laborales

2.1. Conflictos puros, propios o típicos

Se caracterizan porque en ellos hay una contradicción de intereses de un trabajador o grupo de trabajadores frente a uno o varios empleadores.

Estos a su vez se dividen en:

2.1.1. Conflictos Individuales y Colectivos

Son individuales los conflictos cuando este se produce entre un trabajador o un grupo de trabajadores individualmente considerados y un empleador; y que tienen por origen el contrato individual de trabajo.

Los conflictos colectivos son aquellos que se presentan entre un grupo de trabajadores que actuando en virtud de la colectividad, contra uno o varios patrones, cuya pretensión en el conflicto busca la satisfacción de los intereses del grupo como colectividad homogénea.

En otras palabras el conflicto colectivo afecta a los trabajadores que actúan por intermedio de las asociaciones sindicales o el grupo de trabajadores considerados como una unidad, lo que hace que la solución del mismo alcance a todos los trabajadores que forman parte de las colectividades aunque algunos de ellos no haya intervenido en forma directa en el conflicto.

2.1.2. Conflictos Jurídicos y Económicos

Los conflictos jurídicos tienen su origen en un desacuerdo sobre el sentido, alcance o aplicabilidad de una norma jurídica. En tal sentido el conflicto puede tener su origen en la aplicación de las fuentes formales del derecho laboral.

Los conflictos económicos surgen de la pretensión de sustituir, reformar o derogar la norma existente.

Los conflictos jurídicos consisten y piden una solución en estricto derecho, a través de la aplicación de la norma.

Los conflictos económicos o de interés por el contrario, rechaza la posibilidad de la aplicación de la norma existente y busca crear una nueva y para su solución se debe acudir a las consideraciones de ética, posibilidad económica y ponderación de los intereses que presiden las promulgaciones de nuevas normas.

2.1.3. Conflictos Mixtos

Por lo general no encontramos conflictos solamente individuales, colectivos,

económicos o solamente jurídicos, ellos asumen una combinación, dando como resultado la siguiente clasificación:

- ❖ Conflictos individuales jurídicos.
- ❖ Conflictos individuales económicos.
- ❖ Conflictos colectivos jurídicos.
- ❖ Conflictos colectivos económicos.

2.2. Conflictos de Trabajo impuros, atípicos o impropios

En esta clase de conflictos los intereses en contradicción no son necesariamente los del empleador y el trabajador. Y son entonces:

2.2.1. Inter-Trabajadores

Son aquellos que suelen presentarse dentro de la organización laboral, propiamente de base, entre uno o varios trabajadores y su organización sindical, por ejemplo, con el objeto de hacer aplicar las reglas estatutarias que corresponden a dicha organización.

Igualmente se puede mencionar como ejemplo, el reclamo o conflicto que pueda presentarse entre un trabajador o varios de su organización, respecto de la suspensión, o de expulsión de uno de sus miembros, invocando para ello la aplicación de los estatutos correspondientes o a unas normas legales, caso en el cual este tipo de conflictos, es también de carácter jurídico

2.2.2. Inter-Sindicales

Son conflictos de tipo colectivo que se pueden resolver bien mediante los canales sindicales, jurisdiccionales o administrativos, según las circunstancias.

Un ejemplo de esta modalidad se presenta cuando se discute entre varios sindicatos la capacidad de representación en el conflicto colectivo o la supervivencia en un caso de paralelismo sindical. Es decir, se trata de un orden jurídico que enfrenta a dos o más organizaciones sindicales.

Estos conflictos suelen constituir verdaderos conflictos colectivos de derecho; cada asociación en conflicto es la parte representativa que se encuentra en desacuerdo con respecto a otra asociación profesional y no a un empleador determinado. Caracteriza a esta clase de conflictos, que su naturaleza esta unida al organismo sindical, como ya se dijo; no se trata de relaciones laborales entre empleador y trabajadores, sino de relaciones entre organismos respectivos de una actividad

laboral determinada. Por lo general en las negociaciones colectivas se presentan estas contiendas para determinar las partes intervinientes en el conflicto pertinente.

2.2.3. Inter-Empleadores

Son aquellos que se presentan entre empleadores con ocasión o como consecuencia de las relaciones entre empleadores y organismos sindicales sobre el modo de llevar sus relaciones recíprocas, sobre la extensión de una convención colectiva o laudo arbitral, o también sobre la titularidad de una controversia en las convenciones colectivas de trabajo, etc., de lo cual puede resultar un conflicto entre empresarios.

Este tipo de conflictos pueden resolverse por la vía directa o consensual, pero también es usual que se resuelva por la vía judicial.

SEGUNDA PARTE

PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL Y LA LEY LABORAL EN EL TIEMPO Y EL ESPACIO

CAPITULO PRIMERO

PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL

Concepto

Los principios son aquellas directrices que tienen como misión interpretar y crear normas laborales, o como dar aplicación del derecho en la solución de casos difíciles o no claros.

Son los principios del derecho laboral los que hacen que la relación laboral tenga una diferenciación en el marco contractual, con la relación civil.

Clasificación de los Principios

Principio de Protección al Trabajador.

Es el criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo; ya que éste en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad responde al objetivo de establecer un amparo a favor de una de las partes: el trabajador.

Lo anterior nos señala que una de las preocupaciones del derecho laboral, o mejo, la principal preocupación, es proteger una de las partes para lograr una igualdad sustantiva entre ellas.

Este es el principio por antonomasia del derecho del trabajo, dado que es la fuente de todos los demás principios. En efecto, esta disciplina se justifica como tal en el reconocimiento de la inferioridad negocial de los trabajadores. Así entonces el derecho del trabajo se presenta como una herramienta del Estado que procura compensar la desigualdad económica de los empleados creando desigualdades jurídicas a favor de éstos, a fin de aproximarse al ideal de justicia social.

Además de protector el derecho del trabajo, se constituye en el garante de la autoprotección de los trabajadores, que emana de su natural posibilidad de asociación para hacerse más fuerte a la hora de negociar las condiciones laborales. En efecto, mediante el derecho colectivo del trabajo, se regulan los temas de la

sindicalización, la negociación colectiva y el conflicto colectivo.

Desde el punto de vista normativo ni el artículo 25 de la Constitución, ni el artículo primero del Código Sustantivo del Trabajo, hablan de un Estado proteccionista del trabajador, pero se desprende de su contexto. Es indudable que la protección al trabajo implica necesariamente la protección al trabajador y la justicia en las relaciones entre patronos y trabajadores supone la protección de estos últimos, ya que de lo contrario podría traer como consecuencia la injusticia.

En la legislación laboral hay varias instituciones que dan cuenta del desequilibrio jurídico a favor del trabajador: por ejemplo en el Código Sustantivo del Trabajo encontramos que la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa es mas gravosa para el empleador que para el trabajador; el empleador cuenta con plena autonomía incluso para comprometerse aún en contra de sus propios intereses, mientras que el trabajador siempre tiene el límite de garantías a su favor que establecen las leyes.

Para la realización del principio de protección, depende tanto de su consagración constitucional a través de la formulación de principios o de la creación de instrumentos jurídicos de desequilibrio a favor de la parte débil, así como también de que el Estado provea los medios para garantizarla.

En desarrollo del principio de protección la CN establece que las normas laborales son un mínimo de derechos y garantías, la irrenunciabilidad de ese mínimo de derechos y garantías; si esto no fuera así, el empleador podría abusar y llegar a extremos que no corresponderían teóricamente al concepto de estado social de derecho. Este principio de protección ha sido combatido afirmando que el derecho laboral no puede ser proteccionista, porque con el trabajador restringe el empleo por tanta protección; por eso se han planteado las ideas de desregulación, flexibilización, deslaboralización característicos del sistema neoliberal.

Son manifestaciones propias del principio de protección todos los demás principios que en Colombia inspiran la creación e interpretación de las normas de derecho del trabajo.

2.1.1. Principio Indubio Pro Operario

Este principio se refiere a la actitud que debe asumir quien vaya a aplicar un precepto laboral. Alude que en la hipótesis de que la norma laboral admita interpretaciones diversas respecto de las cuales el intérprete no pueda tomar partido, este debe escoger y aplicar siempre aquella que favorezca al trabajador. No

se trata, por supuesto que el juez u otro exegeta tenga el imperativo de hallar en todo trance el sentido de los textos legales que favorezcan al trabajador, este principio supone la presencia de una norma ambigua para quien la deba aplicar, esto es, que le ofrezcan verdaderos motivos aún no resueltos de perplejidad sobre su real contenido y más de una solución plausible a su entender. No se requiere que el entendimiento del texto sea discutible o no, pues en tal evento el exegeta puede estar convencido de una tesis y por ello no tener ninguna duda.

En apariencia este principio parece estar en contradicción con el artículo primero del Código Sustantivo del Trabajo, ya que este no predica como su finalidad el favorecimiento al trabajador sino la justicia de las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores; pero tal contradicción es meramente aparente, ya que la aplicación del principio es una forma de realizar el principio.

Este principio se refiere exclusivamente a la interpretación normativa y no de los hechos que puedan ser materia de litigio; igualmente no tiene aplicación en materia probatoria y no puede ser utilizado por el fallador para suplir tendenciosamente las omisiones, deficiencias que puedan presentarse en el campo probatorio. Por lo tanto en los procesos laborales impera el principio de la Carga de la Prueba, quien alega debe probar.

La diferencia entre el principio de favorabilidad y el de in dubio pro operario, en primer lugar en el primero hay varias normas y ahí sí se aplica la más favorable; en el in dubio pro operario hay una sola norma que admite varias interpretaciones; en el de favorabilidad hay favorabilidad de aplicación y en el in-dubio pro operario hay favorabilidad de interpretación.

2.1.2.Principio de la Norma Mas Favorable

A diferencia del principio del in dubio pro operario que esta dirigido a solucionar la cuestión a la interpretación de un solo texto; este principio presupone la coexistencia de varias normas laborales de distinto origen formal, reguladora todas de la misma materia y, por ende, susceptible de ser aplicadas a la solución del mismo caso. Ocurre, entonces, un conflicto normativo que se resuelve con el entendimiento de que se aplica el precepto que resulte más favorable al trabajador. Si ocurre por ejemplo que la ley, la convención colectiva, el reglamento de la empresa, el contrato de trabajo y la costumbre confieren el mismo derecho a los trabajadores, a la hora de reconocerlo concretamente debe tomarse en consideración la norma que lo conceda en mejor forma para el empleado.

Este principio ya se encontraba consagrado en la legislación laboral en el artículo 21

del C. S. T, desde antes de su elevación a rango constitucional, su efectividad se encuentra rodeado de varias garantías como el artículo 13 C.S.T que aclara que lo contenido en el código sólo es un mínimo de derechos, los artículos 43 y 109 del C.S.T que hacen ineficaces las cláusulas que desmejoran las condiciones y derechos de los trabajadores.

Así entonces queda claro que en el derecho colombiano se reconoce como base de jerarquía normativa la favorabilidad del trabajador, vale decir que el precepto benéfico para éste se impone a cualquier otro que regule el mismo tema. Pero ello no es absoluto ya que para la aplicación de las distintas fuentes se requiere su autorización expresa por el ordenamiento jurídico, por lo tanto su aplicación no es posible en aquellos casos en que la ley, por razones de orden público se reserva la regulación, como en el caso de la prescripción extintiva.

Igualmente de acuerdo a lo establecido en las leyes 57 y 153 de 1887, no es posible aplicar el principio de la favorabilidad en tratándose de normas provenientes de igual fuente, ya que la norma posterior prevalece sobre la anterior y la especial se prefiere a la general. Con todo, si en la práctica se diera tal coexistencia de normas no habría inconveniente alguno para aplicar la favorabilidad.

La favorabilidad supone la aplicación de la teoría de la inescindibilidad, o sea que no hay lugar a extraer de cada norma lo favorable para armar un nuevo texto, sino que se debe determinar en cada caso concreto cual es la norma más favorable, para aplicarla en su integridad.

2.1.3.Principio de la Condición Más Beneficiosa

- Retrospectividad- rige hacia el futuro y regula hechos sucedidos en vigencia de norma anterior.
- Irretroactividad de la ley laboral.
- Ultractividad de la ley laboral.

Esta consagrado en el artículo 53 de la Constitución cuando expresa que “...La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores...”. Entendiendo la palabra derechos en sentido amplio y no restringido al concepto de derechos adquiridos.

Este principio implica que, por lo común, las fuentes de producción normativa laboral carecen de virtualidad para desmejorar la situación jurídica del trabajador. En otros términos, las normas laborales derogan las precedentes siempre y cuando

signifiquen un beneficio para el empleado al que deban aplicarse, con respecto al régimen que éste venía disfrutando.

La condición más beneficiosa supone la confrontación del régimen laboral que viene aplicándose a cierto trabajador con el régimen que pretende reemplazarlo total o parcialmente, ya que éste sólo puede tener eficacia jurídicamente frente al mismo trabajador en caso de que resulte beneficiado.

En lo que respecta al Código Sustantivo del Trabajo la condición más beneficiosa se encuentra garantizada a través del principio de la favorabilidad y se confunde con éste pero solo en lo que respecta al cambio de régimen laboral que pueda ser provocado por preceptos de distinta naturaleza. Es decir, si por ejemplo, un trabajador ha sido contratado bajo el imperio de la ley que le confiere determinadas prestaciones y derechos mínimos, su situación jurídica sólo podrá ser cambiada por convenciones, pactos, reglamentos o contratos, si resulta beneficiado, pues de lo contrario las normas resultarían ineficaces (Art. 13, 16-2, 43 y 109). Sin embargo, no estableció el mencionado estatuto laboral ningún mecanismo tendiente a proteger la situación del trabajador ante los cambios de régimen provenientes de normas de igual índole. Por ejemplo, si la convención colectiva fija un determinado régimen normativo para el trabajador, dicho régimen no puede ser desmejorado por la ley, el contrato o el reglamento, pero sí por la misma convención colectiva. El legislador, por el contrario, dispuso en el artículo 16 del C.S.T que las normas sobre trabajo producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican a los contratos que estén vigentes o en curso, sin importar si para el trabajador son mejores o peores que las derogadas. Así mismo en materia de convenios y contratos, es conocido el criterio jurisprudencial en el sentido de que las partes que los celebraron se hayan facultados para variar en cualquier sentido los derechos y garantías reconocidos a los trabajadores.

Pero lo cierto es que el artículo 53 de la Constitución al consagrar este principio no ofrece dubitaciones, por lo tanto con relación a la condición más beneficiosa debe entenderse extendida incluso a los cambios de régimen producidos por normas de igual naturaleza, es decir, que dicho texto comporta que una ley laboral, por principio, no puede ser derogada con referencia a los trabajadores que se encontraren sujetos a su régimen, sino en el evento de que la nueva ley resulte ser favorable a éstos e igual cosa corresponde predicar de la convención colectiva, el contrato o cualquier otra fuente de derecho que pretenda reemplazar la anterior de su misma especie o de otra, sin ninguna exclusión que haga referencia frente a la preceptiva que los contemple.

El inciso final del artículo 53 produjo entonces varios efectos inmediatos entre los cuales puede mencionarse los siguientes, que son trascendentales:

- a) Reformó el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo en el sentido de que las normas sobre trabajo producen efecto general inmediato siempre y cuando no conduzcan a menoscabar la situación jurídica del trabajador, pues de lo contrario seguirán vigentes las leyes anteriores, y
- b) Aclaró que los derechos consagrados en convención, pacto o contrato, no pueden ser disminuidos o abolidos por igual mecanismo aunque implique el consentimiento de las partes.

Lo aquí esbozado sobre la condición más beneficiosa no es inflexible, pues por la esencia de las relaciones laborales de ser de tracto sucesivo comportan a lo menos el principio "*rebus sic stantibus*", vale decir, que en determinadas circunstancias se impone la revisión en cualquier sentido de las situaciones jurídicas preexistentes.

La condición más beneficiosa es un desarrollo de la necesidad de protección al trabajador, desarrollos que adquieren distintas formas y modalidades como: la retrospectividad, la ultractividad y la retroactividad en beneficio del trabajador, pero todas son en últimas expresión del principio general de protección al trabajador.

- a) **Retrospectividad:** la norma laboral se aplica de inmediato pero no en forma retroactiva. Retrospectividad significa mirar hacía atrás. Entonces la norma laboral se aplica inmediatamente y en forma retrospectiva. La norma es de aplicación inmediata y además retrospectiva, es decir, que mira hacia atrás, tiene en cuenta los hechos ocurridos antes de entrar a regir la norma cuando la norma debe tener en cuenta hechos anteriores para efecto de regular situaciones que se causan posteriormente.

Cuando las normas son regresivas en relación con los derechos del trabajador se ha dicho que es necesario preservar el régimen que tenía cuando celebró el contrato, sin embargo no hay una norma en Colombia que así lo diga específicamente, más bien está el Art. 16 que dice que las normas laborales producen efecto general inmediato; en algunas interpretaciones se ha dicho que el Art. 53 CN en su inciso final consagró esta protección cuando se establece que la ley y los contratos habrán de respetar la libertad humana y los derechos de los trabajadores, lo que da la impresión de que se trata de derechos adquiridos, y así lo ha entendido la Corte Constitucional, pero se puede entender que cuando la norma constitucional habla de derechos de los trabajadores, se refiere a una protección al régimen del trabajador, porque no tendría sentido que en el Art. 53 se dijera derechos adquiridos y en el 58 se repitiera derechos adquiridos, luego

se puede interpretar que cuando la Constitución dice que se tienen que respetar los “derechos” se refiere al régimen que en un momento dado tienen los trabajadores; que el trabajador tiene derecho a conservar el régimen bajo el cual contrató, a menos que mejore.

Históricamente los estatutos laborales se cuidan mucho cuando se trata de proteger ciertas expectativas de los trabajadores, de proteger el régimen de los trabajadores que están activos en el momento de entrar en vigencia; de ahí surgen los regímenes de transición: cuando entró a regir el Seguro Social que sustituyó el pago de pensiones patronales, se estableció régimen de transición; la ley 50/90 estableció régimen de transición protegiendo el régimen anterior de la cesantías, lo mismo con el reintegro; asimismo la ley 100 con su Art. 36. Con esto se demuestra que el legislador siempre protege expectativas cercanas, a dejar un colchón de seguridad al menos para un grupo de personas.

- b) **Irrectroactividad de la ley laboral:** la norma laboral no puede regular situaciones definidas y consolidadas conforme a la ley anterior.

La norma laboral es retrospectiva pero irrectroactiva; según la jurisprudencia de la Corte Constitucional la retroactividad debe establecerla expresamente el legislador sin que se afecten los derechos adquiridos.

- c) **Ultractividad:** Se da la ultractividad cuando una norma derogada se sigue aplicando. Cuando se dan los regímenes de transición, donde la norma que fue derogada se sigue aplicando para determinados casos. La ley laboral en principio no es retroactiva, es de aplicación inmediata, la ley laboral de retrospectiva.

Si se entendiera que se está aplicando la condición más beneficiosa, entenderíamos que la ley laboral puede aplicarse ultractivamente en caso de que la nueva ley sea desfavorable.

Pareciera que el artículo 16 en su numeral 2 estableciera que ante una nueva norma hay que aplicar la más favorable, pero realmente esta norma no consagra el principio de favorabilidad, porque coexistirían normas favorables, es más bien la condición más beneficiosa.

Puede haber otras categorías de protección distintas al simple derecho adquirido, un poco diferente a la condición más beneficiosa, podría hablarse de garantías adquiridas. Sobre esto no hay antecedentes.

2.1.4. Principio de la No Discriminación

Discriminar, en el lenguaje corriente, significa separar a alguien o a un grupo de

personas, o distinguirlo para darle un trato diferente por alguna razón.

El principio de no discriminación conlleva la prohibición de consagrar tratos injustificados. Así, la prohibición de establecer discriminaciones tiene estrecha relación con la noción de igualdad sustancial consagrada en la Carta Política.

La discriminación implica la violación del derecho a la igualdad, por lo que su prohibición constitucional se encamina a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas de ellas, sin que exista justificación objetiva y razonable. La discriminación se presenta cuando la diferencia de trato se hace sin fundamento constitucional que tenga un carácter objetivo y razonable. No obstante, existen situaciones que justifican el trato diferenciado.

El principio de no discriminación que la Carta contempla, tradicionalmente es identificado con el perfil negativo de la igualdad, puesto que, ante todo, se destaca su carácter eminentemente prohibitivo de tratos injustificados; empero, cabe precisar que la referencia constitucional expresa a criterios vedados, tiene un contenido más amplio que no se agota en la simple interdicción de esos factores, sino que implica también una advertencia acerca de frecuentes e históricas causas generadoras de desigualdad, opuestas, por lo demás, a la dignidad de la persona humana en que se funda nuestra organización estatal (art. 1o.), y a la consecución de "un orden político, económico y social justo" (preámbulo); en esa medida, se puede afirmar que existe la decisión constitucional de remediar situaciones de inferioridad fincadas en estereotipos o prejuicios sociales de reconocida persistencia y que a la prohibición de discriminar se suma la voluntad de erradicar esas conductas o prácticas arraigadas, que han ubicado a personas o a sectores de la población en posiciones desfavorables. Se impone, entonces, el compromiso de impedir el mantenimiento y la perpetuación de tales situaciones, por la vía de neutralizar las consecuencias de hecho que de ellas se derivan. La prohibición constitucional de discriminar se vincula estrechamente a la noción sustancial de igualdad, formulada de manera más precisa en el segundo inciso del artículo 13, que encarga al Estado de promover "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva" y de adoptar "medidas en favor de grupos discriminados o marginados".

El sexo es el primer motivo de discriminación que el artículo 13 constitucional prohíbe. La situación de desventaja que en múltiples campos han padecido las mujeres durante largo tiempo, se halla ligada a la existencia de un vasto movimiento feminista, a las repercusiones que los reclamos de liberación producen, incluso en el ámbito constitucional, y a la consecuente proyección de esa lucha en el campo de la igualdad formal y sustancial. La incidencia de este particular tipo de discriminación

en las relaciones sociales es amplia, porque el grupo discriminado comprende por lo menos a la mitad del conglomerado humano, y se encuentra en permanente contacto con los restantes miembros de la sociedad ubicados en posición privilegiada. Además, las consecuencias de la diferenciación injustificada por razón de sexo se extienden a insospechados espacios, lo que da cuenta de la naturaleza velada o encubierta de un sinnúmero de prácticas in-equitativas que trascienden las manifestaciones más comunes de la discriminación.

DISCRIMINACION LABORAL: La realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas; el monopolio del trabajo doméstico, asumido con exclusividad y sin el apoyo indispensable; la escasa valoración social y el desconocimiento de las labores del ama de casa que no son consideradas trabajo, la inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada laboral larga y el impacto negativo de estos factores sobre la salud física y mental de la mujer, son elementos de juicio que explican por qué los papeles que la tradición ha asignado a cada uno de los sexos se erigen en el obstáculo de mayor peso que las mujeres encuentran en el camino hacia la igualdad sustancial y ayudan a comprender que a más de las diferencias biológicas inmutables entre los miembros de uno y otro sexo, en especial la relativa a la maternidad que es un proceso natural, existen otras de índole social que configuran discriminaciones basadas en el sexo; en conclusión, mujeres y hombres conforman grupos cuya condición es distinta, pues es un hecho incontrovertible que nuestra sociedad deslinda con claridad los papeles y funciones que cumplen unas y otros.

2.1.5.Principio de la igualdad de los Trabajadores

La igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos, hipótesis, esta última, que expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual. Cabe precisar que inicialmente la igualdad formal se cifraba tan sólo en los efectos de la ley, con absoluta prescindencia de los contenidos normativos, tendencia que fue dando paso a una interpretación que, conforme a los postulados del Estado Social de Derecho, prohíja la igualdad en el contenido de la ley, posibilitando de paso el control de constitucionalidad orientado a examinar la correspondencia de la actividad legislativa con la Constitución, referente superior que hace de la ley el medio normativo apropiado para la realización de los fines del Estado.

Alcance: El principio de igualdad vincula a todos los poderes públicos y en especial a la rama legislativa, cuya actuación queda entonces sometida a un control de constitucionalidad que debe tomar en cuenta la igualdad como parámetro para enjuiciar la correspondencia de las leyes con el Estatuto Superior. El legislador, en consecuencia, está obligado a observar el principio, de modo que las diferencias

normativas por él establecidas encuentren un fundamento justificado y razonable y por otra parte, se orienten a la consecución de un fin constitucionalmente lícito.

Igualdad sustancial-Naturaleza: La igualdad sustancial alude al compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho, las cuales se oponen al disfrute efectivo del derecho, lo que hace necesaria la configuración de medidas que puedan compensar y sean defensivas, con respecto a personas y grupos ubicados en condiciones de inferioridad mediante el ejercicio de acciones positivas por parte de las autoridades públicas.

Principio de igualdad-Límites: Las modificaciones operadas no deben ser otras que las permitidas por la propia Carta dentro del marco del Estado Social de Derecho que sirve de sustento al orden que se pretende consolidar; la actividad estatal, en forma alguna se encuentra ligada a la consecución del igualitarismo absoluto aunque sí debe estar orientada a propugnar condiciones acordes con la dignidad prevalente de la persona humana.

2.2. Principio de la Irrenunciabilidad de los Derechos Mínimos del Trabajador.

La filosofía de la irrenunciabilidad de los derechos tiene un desarrollo legal suficiente (Ley 10 de 1934 para los empleados públicos y el artículo 14 del C.S.T), con fundamento en el carácter de orden público que se reconoce a las normas sobre trabajo, vale decir, que el cumplimiento de ellas es estimado como esencial para la conservación del orden social de forma que, en principio, no son susceptibles de ser derogadas por los particulares conforme lo establece el artículo 16 del C. C. si ello se hace dichas disposiciones se torna en ineficaces.

La irrenunciabilidad no es absoluta y el legislador puede establecer la renunciabilidad de ciertos derechos y garantías pero sólo por vía de excepción.

La irrenunciabilidad se predica de los derechos ciertos e indiscutibles.

Un derecho es cierto e indiscutible entre otros casos en los siguientes eventos:

- Mediante un documento en el cual se demuestre de manera clara precisa y expresa el derecho reconocido en forma plena y legal por quien resulte obligado.
- Mediante la existencia de una confesión plena de la obligación por quien está llamado a satisfacerla.

- Por sentencia Judicial que reconozca el derecho, cuando adquiere fuerza de cosa juzgada, que es el caso más irrefutable de certeza de los derechos

2.2.1. Algunas Situaciones Jurídicas Frente al Principio de la Irrenunciabilidad.

2.2.1.1. La Transacción

Es un contrato bilateral en el cual las partes entre sí se hacen mutuas concesiones para terminar el litigio que tengan pendiente o evitar el que se pueda presentar (Art. 2469 C. C. y Art. 15 del CST).

En materia laboral la validez de la transacción, depende en que su resultado no viole ninguna prestación, indemnización, o derecho cierto e indiscutible.

Entonces la transacción no puede implicar renuncia alguna por lo tanto no riñe con el principio de la irrenunciabilidad, ni lo vulnera, ya que el acuerdo versa sobre prestaciones y beneficios dudosos e inciertos, por lo que no se podría hablar de renuncia de derechos. Sino de un acuerdo sobre meras expectativas de derechos que aun no tienen el carácter de certeza.

La transacción solo es posible su realización una vez terminada la relación laboral, no es posible y carece de toda validez la que se intente hacer antes de iniciar la relación laboral o en el transcurso de ella, la situación de inferioridad material en que se encuentra el trabajador frente al empleador.

2.2.1.2. La Conciliación

La conciliación es un acuerdo amigable celebrado entre las partes, con intervención de funcionario competente, quien la dirige, impulsa, controla y aprueba que pone fin de manera total o parcial a una diferencia.

La conciliación debe adelantarse en presencia de un funcionario, juez, o inspector de trabajo, que vigile a que en el acuerdo no se vulneren derechos ciertos e indiscutibles..

El funcionario ante el cual se adelanta la conciliación debe orientar el acuerdo conciliatorio para lo cual debe:

- Tener un debido conocimiento de los aspectos en disputa.
- Las circunstancias dentro de las cuales se originaron.
- La trayectoria de la relación o vínculo que ató a las partes.
- Las razones por las cuales los puntos en disputa no deben tenerse como derechos ciertos e indiscutibles.

Las conciliaciones celebradas ante un juez tienen el carácter de cosa juzgada, es decir tiene la misma fuerza de una sentencia, los hechos en ella debatidos por los cuales se haya logrado el acuerdo no pueden volver a ser objeto de controversia.

Hay la discusión frente a las conciliaciones celebradas ante otros conciliadores sobre la fuerza del acuerdo en ella logrado.

Con la conciliación y la transacción se persigue lograr un acuerdo entre las partes en los conflictos que originan las relaciones entre trabajadores y empleadores, sin recurrir en forma expresa a los organismos judiciales para eliminar en lo posible los litigios o pleitos que pueden perturbar la armonía que debe reinar en las relaciones laborales.

2.2.1.3. Prescripción en Materia Laboral

2.2.1.3.1. La Prescripción Laboral

La prescripción laboral es un fenómeno jurídico por medio del cual las acciones laborales pierden su eficacia, debido a su falta de ejercicio en el lapso de tiempo fijado por la ley. La prescripción debe ser declarada por un juez a petición de parte.

Así entonces para que opere la prescripción, en materia laboral se requiere que se reúnan dos elementos:

- La inactividad del acreedor.
- El transcurso del tiempo fijado por la ley. Suponiendo la renuncia del acreedor.

La prescripción puede ser renunciada por la persona a quien la beneficia.

La finalidad de la prescripción es lograr la seguridad jurídica en las relaciones y conflictos laborales.

2.2.1.3.2. Términos de Prescripción

2.2.1.3.2.1. Término General

El término general de prescripción en materia laboral es de tres años que se empieza a contar a partir del momento en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. (Art. 488 CST)

Los términos de la prescripción no pueden ser modificados por las partes.

2.2.1.3.2.2. Términos Especiales

- **Vacaciones:** Prescriben en cuatro (4) años a partir del día siguiente en que se adquiere el derecho; o en tres años a partir del primer día del año en que tiene el trabajador para exigir el disfrute al empleador.
- **Acción de Reintegro por Antigüedad:** Los trabajadores que al 01 de enero de 1991 tenía 10 o más años de laborar para la misma empresa pueden demandar su reintegro para lo cual cuentan con un término de tres (3) meses a partir del despido.
- **Las acciones derivadas del Fuero Sindical:**
 - **Reintegro y reinstalación y mejoramiento;** Dos (2) meses a partir del despido, desmejoramiento y/o traslado del trabajador.
 - **Levantamiento de Fuero Sindical y Permiso para despedir a trabajador amparado por fuero:** Dos (2) meses, a partir de la existencia de la causal.
- **Reintegro por maternidad:** En tres meses a partir del despido.

2.2.1.3.2.3. Interrupción de la Prescripción.

La prescripción se interrumpe por una sola vez por el simple reclamo escrito de trabajador recibido por el patrono, acerca de un derecho debidamente determinado; siempre y cuando no se haya producido el fenómeno de la prescripción respecto del derecho reclamado. (Art.489 CST).

Es decir, que el fenómeno de la prescripción deja sin efecto todo el tiempo anterior, dando origen al comienzo de un nuevo computo, partiendo de cero y por un lapso de tiempo igual al establecido por la ley.

2.3. Principio de la Continuidad de la Relación Laboral.

El artículo 53 de la Constitución enuncia este principio como de “...*estabilidad en el empleo...*”, significa que en la base del derecho laboral se encuentra la aspiración humana de que los trabajadores puedan conservar su trabajo mientras cumplan cabalmente con sus obligaciones y no se encuentren incapacitados por enfermedad incurable o vejez. Sin embargo la continuidad se encuentra establecida a favor del trabajador y no en su perjuicio, por lo tanto no puede ser obligado contra su voluntad a permanecer en un empleo pues ello atentaría contra su libertad de trabajo. Frente a ello se le garantiza al trabajador su libre desvinculación mediante el pago de una indemnización equivalente a treinta días de salario a favor del empleador o un preaviso en los contratos a término indefinido.

Son instituciones que en Colombia garantizan la estabilidad en el empleo las siguientes:

- El contrato a término indefinido como regla general.
- La indemnización por despido injusto a cargo del empleador.
- La suspensión del contrato de trabajo por parte del empleador
- La sustitución de patronos.
- El reintegro por fuero sindical.
- La protección a la maternidad.
- La restricción a los despidos colectivos.
- La protección en casos de cierre de empresas y conflictos colectivos.

Son instituciones que en Colombia atentan contra la estabilidad en el empleo las siguientes:

- La autorización de contratos a plazo fijo muy cortos, y su prórroga indefinida.
- La facultad patronal de terminar todo tipo de contrato sin justa causa.
- El período de prueba relativamente extenso.
- La autorización de las empresas de servicios temporales.

2.4. Principio de la Razonabilidad

Consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón.

Este principio, actúa pues, como cauce, límite y freno de ciertas facultades cuya amplitud puede prestarse a la arbitrariedad.

La propia índole de la realidad laboral bajo la subordinación del trabajador al empleador, comporta de éste último la aplicación de la razón en su ejercicio por ejemplo:

En materia disciplinaria, cuya potestad la ostenta el empleador o sus representantes, en su ejercicio frente al caso concreto, debe existir una razonable proporcionalidad entre las sanciones aplicables y la conducta del trabajador, tanto en lo que se refiere a la entidad de la falta como a su reiteración, como a los restantes antecedentes del trabajador sancionado.

En el ejercicio del *Jus Vairiandi*, que es la facultad que tiene el patrono de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo y ello en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores. Su uso estará determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa y que de todas maneras, según lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia, habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y seguridad del trabajador y dentro de las limitaciones que le imponen la ley, el contrato de trabajo, la convención colectiva y el reglamento de trabajo.

2.5. Principio de la Buena Fe

El artículo 83 de Constitución Política establece: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*.

La buena fe es el equivalente o sinónimo de *confianza, seguridad y honorabilidad*. Es el cumplimiento de la palabra dada, conciencia de no perjudicar a otro, voluntad de reconocer los derechos y cumplir con las obligaciones, confianza en la lealtad de la contraparte.

En el derecho laboral la podemos definir como: la conducta honesta y leal que cada una de las partes debe tener en la ejecución de la relación laboral.

En tal sentido el artículo 55 del CST, establece que el contrato de trabajo debe ejecutarse de buena fe, y, por consiguiente, obliga no solo a lo que en el se expresa sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la relación jurídica que por ley pertenece a ella.

Esta buena fe debe manifestarse en las relaciones trabajador-empleador, por medio del respeto de la dignidad humana, la mutua confianza, el diálogo sincero y el ánimo de colaboración contemplados en el artículo 57, obligaciones especiales del empleador; artículo 58, obligaciones especiales del trabajador; artículo 59, prohibiciones a los empleadores; artículo 60, prohibiciones a los trabajadores.

En general la buena fe se presume y la mala fe debe probarse, pero en la indemnización moratoria (artículo 65 del CST) ocurre lo contrario, la mala fe se presume por parte del empleador, por lo que este para liberarse del pago de la indemnización por mora, debe probar la buena fe.

2.5.1. Hechos Indicativos de la Mala Fe del Empleador

- ☞ El alegar encontrarse realizando gestiones para conseguir dinero para el pago.
- ☞ Consignar a su arbitrio cualquier suma de dinero.
- ☞ Cuando la deuda alegada no es obra de razones serias y poderosas.
- ☞ Alegar la comisión de un delito no alegada al momento de la terminación del contrato de trabajo.
- ☞ Confesar en la contestación de la demanda saber los derechos del trabajador y posteriormente alegar que son discutibles.
- ☞ Alegar que las pretensiones del trabajador son exageradas.
- ☞ Alegar como pretexto el no pago en la forma en que se presentó la terminación del contrato de trabajo.
- ☞ Alegar que no se ha pagado por ser mínima la cuantía de la deuda.
- ☞ Alegar el abandono de las labores por parte del trabajador.
- ☞ Alegar la necesidad de un plazo para hacer un estudio de la liquidación.
- ☞ Hacer la consignación en forma condicionada.
- ☞ Alegar en no pago por ser el trabajador de manejo y no haber rendido cuentas.
- ☞ Alegar que el trabajador no reclamó prestaciones ni salarios.
- ☞ Equivocar el nombre del trabajador en la consignación.
- ☞ Alegar el periodo de prueba.
- ☞ Alegar como justificación la ignorancia de la ley.
- ☞ Alegar la falta de dinero para realizar el pago.
- ☞ Haber realizado el trabajador reclamo al momento del pago o posterior a él, sin que el empleador haya realizado gestiones tendientes a solucionar la reclamación.
- ♦ ☞ Retener la cesantía del trabajador alegando la comisión de un delito, sin que obre denuncia ante la jurisdicción competente.

2.5.2. Hechos Indicativos de la Buena Fe del Empleador

Cuando hay incertidumbre en los derechos reclamados

Si hay duda justificable de la existencia de la obligación, por desconocerse, sin malicia, la prestación correspondiente o por discutirse por razones atendibles la existencia del contrato.

Si la suma pagada es razonable y corresponde a la que el empleador cree deber.

Creer razonablemente que el empleador no debe nada.

Encontrarse el empleador en liquidación legalmente declarada.

Alegar retención en la forma prevista por la ley laboral.

Alegar válidamente compensación de la deuda

2.5.3. Principio de la Buena Fe en el Abuso del Derecho y Fraude a la Ley en el Derecho al Trabajo.

2.5.3.1. Abuso del Derecho

El abuso del derecho, es una conducta humana, actuada por el titular de un derecho subjetivo, que vulnera los principios en que se ha inspirado el ordenamiento jurídico.

En materia laboral se puede presentar abuso del derecho en los siguientes eventos:

- a. El despido de un trabajador que se encuentra próximo a obtener el reconocimiento de su pensión de jubilación, simplemente para impedirle dicho derecho.
- b. Toda terminación por parte del empleador que en forma unilateral e injustificada rompe o busque romper la relación laboral existente de su trabajador.

El abuso del derecho se enuncia diciendo que la persona que en su ejercicio causa daño a otro, queda obligado a indemnizarla.

2.5.3.2. Fraude a la Ley

Constituye fraude, todo acto mediante el cual se hace burla a la ley, no sólo con el

propósito de violarla simultáneamente, si no con el de lograr fines distintos de los que constituyen su espíritu o finalidad.

Para que se configure el fraude, no es requisito indispensable que se cause daño o perjuicio a otro. Sólo determinadas actuaciones fraudulentas persiguen exclusivamente perjudicar a otro; tal es el caso del que simula vender sus bienes, con el fin de eludir las acciones de sus acreedores.

El fraude a la ley consiste, básicamente, en la utilización de medios, recursos y procedimientos prohibidos pero revestidos de apariencia de legalidad, con el fin de obtener resultados contrarios a los perseguidos por la ley, es el objeto de la violación.

Se presenta fraude en derecho laboral cuando con el fin de evadir el reconocimiento y pago de determinadas prestaciones, el patrono induce al trabajador a suscribir un contrato, al cual se le da una denominación distinta a la de trabajo.

2.6. Principio de la Primacía de la Realidad

Consagrado en el artículo 53 así “...*primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales...*” establecido igualmente en el C.S.T., cuando en su artículo 23 establece la presunción de la existencia de la relación laboral.

Significa este principio que en materia laboral, debe preferirse los datos que ofrece la realidad por sobre aquellos que figuran formalmente en acuerdos o documentos, sin presumir que estos escondan siempre algo distinto de lo que aparentan. Se trata de un postulado que mira más el aspecto fáctico o probatorio que el puramente legal, pero de todas maneras supone que la legislación la autorice o permita y no lo contradiga.

En C.S.T, hay varios postulados que riñen con éste principio tales como:

- Los contratos a término fijo que se pueden prorrogar indefinidamente.
- El artículo 24 que establece que celebrado un contrato civil o comercial que implique la prestación de un servicio, la relación que se de no es contrato de trabajo.
- Las empresas de servicios temporales, bajo cuyo amparo figura como empleador alguien que lo es formalmente..

Este principio es desarrollo del principio rector de protección al trabajador, por lo

tanto no cabe su aplicación en contra del trabajador, ya que si se celebra un contrato de trabajo para realizar una labor independiente, tiene plena vigencia la existencia del contrato de trabajo, pues al empleador se le reconoce plena autonomía para comprometerse aún en su propio perjuicio.

2.7. Principio de la Libertad de Trabajo

Está ligado a la prohibición de trabajos forzados.

La libertad de trabajo, entendida esta como la facultad que tiene toda persona de escoger profesión u oficio y de asegurarse la subsistencia para sí mismo y para su familia, mediante el ejercicio de cualquier actividad productiva que no sea contraria a la ley, a la moralidad, a la salubridad o al orden público. Por lo tanto, esa libertad implica también la facultad de escoger el lugar donde se quiere trabajar.

Este derecho fundamental comprende dos aspectos:

☞ El que otorga al hombre la libertad o derecho para escoger profesión, oficio u ocupación, según su parecer, actitudes, gustos o aspiraciones; sin perjuicio de que la ley pueda imponer las obligaciones de competencia o habilitación requeridas de acuerdo con cada actividad. Pues la libertad de trabajar no es absoluta. Hay profesiones en las cuales el riesgo social impone la indispensable obligación de obtener el título.

☞ El que se refiere a que la libertad de trabajo no puede traer consigo el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre.

Los artículos 16 y 17 de la C.N., prevén el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, y la prohibición de la esclavitud y la servidumbre respectivamente, de cuya interpretación sistemática, se deduce la libertad de trabajo, en concordancia con lo previsto en el artículo 26 del mismo Estatuto Superior, según el cual toda persona es libre de escoger profesión u oficio.

Se entiende por libertad de trabajo, de acuerdo con la Carta, una expresión de la personalidad, voluntaria y no sometida a dominio o imposición ni del Estado ni de los particulares, para escoger profesión y oficio.

Según la Corte Constitucional *“El derecho al trabajo es una manifestación de la libertad del hombre y por tanto en último término tiene su fundamento en la dignidad*

de la persona humana. Este conlleva el derecho a obtener un empleo, pero ello no quiere decir, que este derecho implica que exista una prestación u ofrecimiento necesario de trabajo a todo ciudadano que se halle en condiciones de realizarlo. Aparece únicamente bajo la virtualidad que le presta el principio de acceso a los cargos según el mérito y capacidad de los aspirantes, requisitos que tienen su aplicación más rigurosa en el ámbito público. Este derecho fundamental no llega hasta el extremo de tutelar la aspiración de acceder a un empleo público o privado, pues ello desbordaría el legítimo alcance de su concepción y el marco de las demás libertades y garantías consagradas en el Estatuto Fundamental. El derecho del trabajo considerado como libertad de trabajo tiene el carácter de derecho fundamental, objeto por lo mismo de la acción de tutela”. (Sentencia T – 014 de 1992).

2.8. Principio del Derecho de Asociación

Definido como el derecho que tiene todo ser humano de asociarse libremente con otros hombres. En la norma laboral se expresa como la libertad de asociación sindical, que tiene tanto el empleador como el trabajador, garantizándolo en primera medida a los trabajadores.

La asociación de los trabajadores, tiene como finalidad la defensa de los intereses de los trabajadores afiliados, en primer lugar frente a los empleadores y en segundo lugar frente a las instituciones de la sociedad en la cual están inmersos.

El derecho genérico de asociación lo encontramos en el artículo 38 de la Constitución Política que establece: *“Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”.*

Y el derecho de asociación sindical en particular tanto para trabajadores como empleadores lo encontramos en el artículo 39 de la Constitución Política que establece: *“Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución. La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos. La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo proceden por vía judicial. Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública”.*

Sobre el derecho de asociación sindical la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente: *“La libertad de asociación sindical debe ser entendida no sólo en su sentido negativo tradicional, esto es, como el derecho a no ser compelido a pertenecer a un sindicato, sino también en un sentido positivo, como la posibilidad efectiva de todo trabajador de pertenecer a una organización que defienda sus intereses profesionales, con la sola condición de cumplir los requisitos estatutarios que no atenten contra el núcleo esencial del derecho de asociación sindical, haciendo ilusoria esa posibilidad. En esta segunda acepción, el derecho fundamental consagrado en el artículo 39 de la Carta implica la prohibición para los sindicatos de impedir arbitrariamente el ingreso de trabajadores que cumplan los requisitos establecidos en sus estatutos, y la imposibilidad Jurídica de establecer en éstos condiciones de afiliación que dejen al capricho de los miembros del sindicato la aprobación de la solicitud de ingreso de nuevos afiliados. Este derecho de que gozan los trabajadores puede ser efectivamente ejercido sólo en la medida en que los estatutos sindicales establezcan condiciones de admisión razonables, que no dejen a la discreción absoluta e inmotivada de los afiliados la posibilidad de acceder a él”*.

“El derecho de afiliación del que todo trabajador es titular, se hace efectivo sólo si es supeditado a condiciones cuya realización no depende de la voluntad de la organización sindical. Esto no impide, sin embargo, que el sindicato pueda evaluar la conducta de los trabajadores ya afiliados y decidir la expulsión de alguno de ellos, cuando dicha medida esté fundada en motivos razonables, previstos estatutariamente y compatibles con los principios democráticos”. (Sentencia T – 173 de 1995).

La Constitución Política en los artículos 38, 39, 55, 56; 200 del Código Penal; 12 y 354 del Código Sustantivo del Trabajo; los Decretos 2351 de 1965 y 1469 de 1978; garantizan el derecho de asociación por medio de la contratación colectiva, el fuero sindical y la protección de la estabilidad laboral en los contratos de los trabajadores cuando se presenta un pliego de peticiones.

2.9. Principio de la Seguridad Social

La Constitución en su artículo 48 establece que: *“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”*.

Con ello se puede definir a la seguridad social como el conjunto de elementos y acciones tendientes a lograr el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores y su familia y en general de los seres humanos de una sociedad determinada. apreciando no solamente la seguridad como seguro social, sino como una política integral de la sociedad en marcada en los siguientes principios:

- a. **EFICIENCIA.** Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;
- b. **UNIVERSALIDAD.** Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;
- c. **SOLIDARIDAD.** Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables.

- d. **INTEGRALIDAD.** Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley.

2.10. Principio de la Estabilidad

Este principio nace de la necesidad social y significa preeminencia en el tiempo de la relación laboral (conservación del puesto de trabajo), sin que se pueda declarar cesante a un trabajador por una causal no establecida en la ley.

Es una restricción al empleador al no poder despedir al trabajador por su sola voluntad, pero la estabilidad no es absoluta, por no implicar la inmovilidad en el cargo.

La estabilidad en el trabajo es un Principio que otorga carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador, sólo excepcionalmente de la del empleador, del incumplimiento grave de

las obligaciones del trabajador y de las circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación, que haga imposible su continuación.

Así entonces la estabilidad en el empleo crea una seguridad de trabajo y produce como natural consecuencia esa satisfacción, que debe mediar para que los sujetos a un salario, tengan la sensación de estar lo suficientemente definidos como para considerarse económicamente libres.

La estabilidad puede ser:

- a. **Propia:** Consiste en el derecho que tiene el trabajador a no ser despedido sino por concurrir una causa que lo justifique; típico de este sistema es el contrato a término indefinido, que es la mayor modalidad protectora de la estabilidad al trabajo.
- b. **Impropia:** A diferencia de la anterior, consagra la posibilidad de despedir, aun sin que medie justa causa, estableciendo a favor del trabajador indemnizaciones que varían según el tiempo de servicios, salarios, capital de la empresa y la clase de contrato.

Según el origen la estabilidad puede ser:

🔒📄 **Mínimo Legal:** Es lo consagrado y lo protegido por la ley, circunstancia que lo hace operar de pleno derecho. Se dice mínimo porque las partes no pueden pactar por debajo de lo establecido por la ley.

🔗📄 **Legal Convencional:** Es la estabilidad pactada por las partes, bien sea en el contrato de trabajo, por medio de convenciones colectivas o de pacto colectivo donde es permitido establecer cláusulas que mejoren los derechos que la legislación laboral otorga al trabajador, pero nunca disminuirlos, aun con el consentimiento del trabajador, puesto que en este caso dichas cláusulas se tendrán como ineficaces..

La Constitución Política (artículos 25, 39 y 53) y el Código Sustantivo del Trabajo (artículos 7, 9 y 11) instauran la obligatoriedad social del trabajo, protegiéndolo en las disposiciones sustantivas laborales con las causales de terminación de los contratos de trabajo (artículos 61, 62, 63 y 64).

La estabilidad de los empleados públicos se garantiza con la carrera administrativa (artículo 125 de la CP y Ley 909 de 2004); y la de los trabajadores oficiales con las causales de terminación de los contratos de trabajo, contemplados en la Ley 6 de 1945.

2.11. Principio de la Remuneración Mínima Vital y Móvil

El concepto de remuneración en el presente caso se tiene como equivalente a salario en el cual se entienden integradas 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.

El concepto de mínimo vital ha ocupado la atención de la Corte Constitucional en múltiples oportunidades. En efecto, la sentencia T-011 de 1998, lo definió como aquellos “requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano”¹. Luego, la sentencia SU-225 de 1999² dijo que el mínimo vital es una “institución de justicia elemental que se impone aplicar, en situaciones humanas límites producidas por la extrema pobreza y la indigencia cuando quiera que frente a las necesidades más elementales y primarias, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente y dejan de notificarse de las afectaciones más extremas de la dignidad humana”.

Posteriormente, en reciente sentencia de unificación de jurisprudencia, la Corte Constitucional sostuvo que el mínimo vital se identifica con el “mínimo de condiciones decorosas de vida” del trabajador. Por consiguiente, este concepto no significa que deba realizarse una valoración cuantitativa del salario o de los gastos del empleado sino que se refiere a una consideración cualitativa de los mismos, lo cual se evalúa en cada caso concreto. De ahí pues, que el mínimo vital no necesariamente coincide con el concepto de salario mínimo ni con el estrato que ocupa el individuo ni 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”³.

¹ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.-

² M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

³ Sentencia SU-995 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

En el seno de una economía inflacionaria, no puede menospreciarse la importancia de la movilidad del salario, expresada como la capacidad de reajustar una asignación dada, estimando las fluctuaciones monetarias e intentando mantener el poder adquisitivo real de los salarios. Al respecto la Corte ha afirmado: "Los incrementos salariales, que en cualquier momento y de acuerdo con distintos criterios puede fijar el Gobierno pueden tornarse útiles o indispensables para atender a las necesidades de los trabajadores, golpeados por el proceso inflacionario, o para restablecer condiciones económicas de equilibrio en áreas de la gestión pública en las que ellas se hayan roto por diversas razones"

2.12. Principio de Protección Especial a la Mujer, a la Maternidad.

El fundamento constitucional lo encontramos en los artículos 42 y 43 cuando establecen:

Artículo 42: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. // El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables".

Artículo 43: "La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia".

Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 12 semanas en la época del parto, remunerado con el salario que devengue al entrar a disfrutar el descanso. Igual derecho tiene la madre adoptante o el padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente, de niño menor de 7 años. Y en caso de partos prematuros viables.

Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo del embarazo o lactancia.

Durante el embarazo y los tres (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto, solamente podrá efectuarse el retiro de la trabajadora con justa causa comprobada, para lo cual se requerirá permiso del Ministerio de la Protección Social o resolución motivada en la cual se indique la justa causa para las empleadas oficiales.

Se presume que el despido se ha efectuado por motivo del embarazo o lactancia, cuando tiene lugar durante el embarazo o los tres meses subsiguientes al parto o aborto.

Para que se configure la protección a la maternidad, debe el empleador ser informado del estado de embarazo y el parto, salvo que estemos frente a los periodos en que dicha situación es notoria.

La jurisprudencia ha establecido el derecho al reintegro de la mujer embarazada despedida durante el embarazo, en la licencia de maternidad o durante la lactancia, en este último evento la carga de la prueba corresponde a la trabajadora; en estos eventos la trabajadora tiene derecho, a demás del reintegro al servicio, a que se le reconozca la indemnización, la suma de dinero correspondiente a la licencia remunerada, siempre y cuando el despido impida el goce de la misma, y al pago del tiempo comprendido entre la desvinculación del cargo y el reintegro, descontando lo atinente al tiempo de la licencia remuneradas

Igual derecho tiene la madre adoptante, de niño menor de 7 años.

Para autorizar la licencia por enfermedad y por maternidad, se procederá de oficio o a solicitud de parte, pero se requerirá siempre de la certificación médica expedida por la respectiva entidad de previsión a la que esté afiliada la empleada.

Al vencerse cualquiera de las licencias o sus prórrogas, el empleado debe reincorporarse al ejercicio de sus funciones, y si no las reasume incurrirá en abandono del cargo.

Licencia de Paternidad.

En los siguientes eventos tendrá derecho a la licencia de paternidad:

El padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente, de niño menor de 7 años, tiene derecho a las 12 semanas de licencia.

El padre biológico cuya esposa o compañera permanente haya fallecido durante el parto o dentro de los tres meses siguientes a este.

De acuerdo a la Ley María, cuando ocurra el parto de la esposa o compañera permanente de un trabajador, este tendrá derecho a una licencia remunerada de paternidad, presentando como prueba el registro civil de nacimiento del hijo a la EPS dentro de los 30 días siguientes a la fecha de nacimiento del menor así:

Cuatro (04) hábiles días en el caso que solamente el trabajador cotice al sistema de salud.

Ocho días (08) hábiles cuando tanto el trabajado como su cónyuge o compañera permanente coticen al sistema de salud.

La trabajadora o el trabajador deben indicar al empleador, el día desde el cual va a iniciar la licencia, teniendo en cuenta que lo puede hacer desde dos semanas antes del parto o de la fecha en que reciba el menor en adopción.

2.13. Principio de Protección Especial al Trabajador Menor de Edad.

El fundamento constitucional lo encontramos en los artículos 44 y 45 cuando establecen:

Artículo 44. “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. // La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. // Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Artículo 45: “El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. // El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud”.

Por lo tanto tenemos entonces que, la Constitución Política de Colombia consagra como derecho fundamental del niño la protección contra toda forma de explotación económica y trabajos riesgosos (art. 44) y la formación integral (art. 45). De lo anterior se desprende entonces que el trabajo de los menores no es querido por el derecho laboral y restringido por la Organización Internacional del Trabajo.

La normatividad sobre el menor trabajador colombiano ha sido el resultado del reconocimiento de la realidad y el proceso del camino que debe propiciarse para mejorar las condiciones de vida de la niñez.

El trabajo del menor se encuentra reglamentado en el Código Sustantivo del Trabajo y el Código del Menor o Decreto 2737 de 1989, que en términos generales han establecido lo siguiente:

Los menores de edad son las personas que no han cumplido 18 años.

Para que el niño colombiano pueda trabajar se requiere de autorización por el Ministerio de la Protección Social (Inspector del Trabajo) o en su defecto de la primera autoridad local a petición de los padres de aquel o en su ausencia del defensor de familia.

La protección contractual y legal del menor frente al trabajo, protegiéndolo en su salud física y mental y su explotación económica.

Garantizando la seguridad social en forma automática y obligatoria.

Garantizando una jornada máxima de trabajo de 4 horas diarias para los menores entre 12 y 14 años, de 6 horas diarias para los menores entre 14 y 16 años, 8 horas diarias para menores entre 16 y 18 años, quedando absolutamente prohibido el trabajo nocturno.

Se le garantizan todos los derechos laborales.

Se prohíben trabajos en actividades específicas, como trabajos en temperaturas anormales y sustancias tóxicas.

2.14. Principio del Medio Ambiente.

Aunque no está consagrado expresamente como principio, doctrinariamente se lo considera como tal por la importancia de la relación hombre-naturaleza en la vida y en la integridad física y mental del trabajador.

En lo que respecta al medio ambiente la Constitución en su artículo 79, establece que: *“Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. // Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”*.

El trabajador en desarrollo de su trabajo se encuentra dentro del contexto social, económico y político que lo hace responsable a él y a su empleador de la conservación del medio ambiente.

El derecho al trabajo consagra normas sobre seguridad industrial y salud ocupacional, entendida como la protección integral del ser humano frente a sus necesidades individuales y familiares, en los diferentes sectores de trabajo.

El derecho ambiental procura el manejo integral y coordinado de los recursos naturales. Son estas las razones que explican porque debe considerarse el medio ambiente como principio fundamental del derecho laboral, principio que debe ser tutelado no solamente por el Estado sino por los trabajadores y empleadores.

Este principio consagra también las normas sobre recursos naturales, instalación de empresas y contaminación ambiental.

El medio ambiente debe ser considerado como parte integral de la relación laboral con el objeto de proteger al ser humano (trabajador) y el ambiente donde se desarrolla su actividad.

CAPITULO SEGUNDO

LA LEY LABORAL EN EL TIEMPO Y EL ESPACIO

Aplicación de la Ley Laboral en el Espacio

En cuanto a la aplicación territorial de la ley laboral, el CST en su artículo segundo (2º) establece: *“El presente Código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad.”*

Aplicación de la Ley Laboral en el Tiempo: El Art. 16 consagra la regla de la aplicación inmediata de las normas laborales; se explica porque las relaciones laborales no se resuelven de un día para otro, normalmente se desenvuelven en el tiempo, son de tracto sucesivo, no se resuelven en un solo acto sino que se desenvuelven en una etapa más o menos larga en el tiempo; entonces se plantea el problema: qué pasa con la ley que cambia el régimen del contrato.

Normalmente el principio general del derecho contractual es que los contratos se rigen por la ley vigente a la celebración del contrato; entonces como esa ley puede ser determinante de la voluntad de las partes debe mantenerse hasta la culminación del contrato. Esto trasladado al derecho del trabajo, esa figura de la congelación de las normas a la fecha de celebración del contrato de trabajo es razonable.

Sin embargo el artículo 16 establece la aplicación inmediata de la ley por el carácter de orden público de las normas laborales, es decir, se contradice el principio que los contratos se rigen por las normas vigentes a su celebración.

Aquí opera la progresividad de las normas laborales, que consiste en que se parte

de la idea de que las normas laborales contienen un mínimo de garantías para los trabajadores y que solamente irían a cambiar para mejorar las condiciones laborales de los trabajadores, entonces si se congelaban las normas, les iba mejor a los nuevos que a los antiguos. Esto era lo que se pensaba en el año 1950.

Algunas Consideraciones Sobre Interpretación del Derecho Laboral

EL CONTRATO DE TRABAJO

Precedente Histórico

En la edad media las relaciones de trabajo se presentan bajo la figura de arrendamiento, así entonces el trabajo es considerado como un objeto susceptible de ser arrendado.

El desarrollo de la sociedad industrial permite que a principios del siglo XX nazca el concepto de contrato de trabajo.

Definición Legal del Contrato de Trabajo: (art. 22 C.S.T.)

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

SUPUESTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Que las partes se han CAPACES para celebrar el contrato; que las partes hayan prestado su CONSENTIMIENTO en forma adecuada, libre los vicios del consentimiento (error, fuerza, dolo); debe tener OBJETO y CAUSA LICITAS.

▪ CAPACIDAD

La legislación laboral ha fijado la regla general de que tienen capacidad para celebrar el contrato los mayores de 18 años, siendo igual a la legislación común, pero antes en esta la mayoría estaba en 21 años. El código regula exclusivamente lo relacionado con la capacidad del trabajador por edad, no se habla de la capacidad del empleador. Y allí se dice que son capaces de los mayores de 18 años.

La legislación establece el régimen de menores, que no es querido en el derecho

laboral, es un trabajo proscrito; la OIT ha dedicado muchos de sus esfuerzos a combatirlo, sin embargo esto no depende de la legislación, sino de la situación económica y social; los menores que trabajan lo hacen por extrema necesidad y normalmente lo hacen por fuera del control del Estado. El Ministerio del Trabajo tiene la facultad de controlar el trabajo en los menores, pero desafortunadamente la capacidad de acción es muy reducida, incluso trabajan en condiciones infrahumanas; la legislación trata de controlar la situación estableciendo unos requisitos, dicen por ejemplo que no se puede trabajar con menos de 14 años, sin embargo establece como mínimo 2 meses; establece también la autorización del Ministerio del Trabajo para el menor de 18 por solicitud de los padres y en su falta por el defensor de familia; establece jornada especial y debe entenderse, aunque la ley no lo dice, que los menores no pueden trabajar horas extras, ni de noche y en el Código del Menor hay un catálogo de labores no permitidas.

El problema es que se contrata sin permiso y el trabajo se realiza sin control del inspector del trabajo; entonces teóricamente el contrato serían nulo, pero la labor cumplida por el menor no puede quedar en el desamparo; los efectos de la nulidad son que el contrato no produce efectos, y habría que retroceder las cosas al estado anterior, en este sentido la legislación ha definido que el trabajo cumplido por el menor produce todos los efectos, estableciendo un mecanismo y es la posibilidad que tiene el Ministerio del Trabajo de intervenir la relación, por denuncia o de oficio, pudiendo disponer que se termine inmediatamente y procediendo a sancionar al empleador. Pero esta terminación del contrato no implica pérdida de ningún derecho para el menor; no hay sanción a favor del menor, simplemente le paga lo que ordinariamente le paga a cualquier trabajador, tampoco hay indemnización por terminación del contrato por parte del Ministerio del Trabajo, quien declara nulo el contrato para el futuro; si es conveniente el trabajo para el menor el Ministerio del Trabajo puede regular el contrato de trabajo, concediendo el permiso.

La ventaja del menor que trabaja con permiso es que es un trabajo regular, está habilitado para reclamar por sí mismo todos sus derechos laborales, lo que no puede hacer quien no tiene permiso, quien tiene que recurrir son sus representantes.

El régimen laboral nada dice sobre el trabajo de los otros incapaces: el demente, sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, los pródigos; habría que partir del concepto que todos son capaces a menos de que se demuestre lo contrario, y entonces mientras las personas sean capaces de trabajar, hay que dejarlas laborar; capaz en el sentido de que pueda desarrollar una actividad laboral, teniendo todas las garantías laborales. Eventualmente si algún pariente del incapaz quisiera hacer una reclamación laboral o pedir la nulidad del contrato por falta de capacidad, tendría que demandar ante la justicia laboral ordinaria.

En lo que tiene que ver con la capacidad del empleador nada dice la legislación y por lo tanto debe entenderse que debe ser capaz y si es menor, contratará a través de su representante.

EI CONSENTIMIENTO

Se estudia aquí lo relacionado con los vicios del consentimiento como son: el error, la fuerza, el dolo.

El error: implicaría que las partes se equivocan en algunos aspectos del contrato; para lo laboral este tema tampoco ha sido regulado y habría que adaptarlo de la teoría general; en términos prácticos es difícil que pueda alegarse un error en materia de contrato de trabajo; se ha dicho por doctrina que el caso que podría alegar el emperador sería cuando contrata a una persona en la creencia de que es otra, o que tiene unas capacidades o habilidades que no tiene, y por error lo contrata, pero por error, porque si el trabajador engaña al patrón haciéndolo creer lo que no es ello da lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador por engaño del trabajador.

En caso de error habría nulidad del contrato, pero se tropezaría que mientras la justicia declara la nulidad va a transcurrir mucho tiempo; otra alternativa sería despedir al trabajador indemnizándolo.

La fuerza y el dolo o engaño: normalmente no ha tenido trascendencia, pues se estaría ante una justa causa para dar por terminado contrato: cesó la violencia, termino el contrato con justa causa; igualmente cuando se establece el dolo, la parte afectada podrá alegar esta causa para terminar el contrato con justa causa.

En todos los casos la nulidad produce efectos hacia el futuro y el trabajo que se haya realizado en virtud de un contrato que haya tenido algún vicio y el trabajo realizado tiene todas las consecuencias de un trabajo común y corriente: todas las prestaciones, todas las garantías; el juez lo que puede hacer es declarar la nulidad y eventualmente establecer algún perjuicio y/o indemnizaciones, pero el contrato produce todos sus efectos laborales hasta cuando sea declarado nulo por el juez, o en caso de los menores por el Ministerio del Trabajo.

▪ CAUSA LÍCITA

Hay una norma importantísima en esta materia que es el Art. 43 CST, que nos define cual es el efecto de esas nulidades. Si se lee detenidamente esta norma se puede

llegar a una conclusión en lo que respecta al objeto y la causa lícita; como causa del contrato se ha mirado lo que motiva la contratación, en el fondo es que hay una necesidad, se necesita una determinada fuerza de trabajo, un trabajo en determinada área, en determinada materia; la empresa es la causa del contrato; tanto el objeto del contrato como la causa –la empresa- deben ser lícitos.

▪ EL OBJETO

Se identifica como la actividad que se va a desarrollar en virtud del contrato o sea el tipo de trabajo que va aportar el empleador a la empresa, actividad que debe ser lícita. El objeto sería ilícito cuando se contrata a una persona para una actividad que por su naturaleza es ilícita, bien sea porque implique delito o porque sea socialmente inaceptable como actividad; en estas condiciones el contrato no puede producir los efectos normales; cuando se cumple una actividad ilícita no hay ninguna garantía de las que corresponden a un contrato de trabajo, sería inexistente; igualmente si la actividad es lícita pero la causa es ilícita: si la persona aporta su fuerza de trabajo en una actividad que objetivamente es lícita pero para una causa ilícita, una persona que trabaja en una actividad lícita –contador, abogado, chofer-, pero para una causa ilícita la empresa es ilícita –narcotráfico-; si esto es así, el trabajo no está amparado, a menos que el trabajador no conociera la causa, el objeto de la empresa.

Cualquier trabajo realizado aún cuando el contrato se ha invalidado produce los efectos ordinarios: genera toda la protección del contrato de trabajo, lo que ocurre es eventualmente ese contrato puede ser terminado por la autoridad correspondiente, bien sea del Ministerio del Trabajo o el juez; pero si se trata de una actividad ilícita bien sea porque la actividad en sí misma sea así o porque la empresa lo sea, en este evento, señala el artículo 43 no hay protecciones laborales, la ley no garantiza ningún derecho, a menos que el trabajador desconozca la situación.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Desde el punto de vista del contrato de trabajo como un hecho que se da en la realidad, como una relación real, la legislación hace un análisis que ubica en nuestro medio como la definición de los elementos esenciales.

Cuando la ley define los elementos esenciales, está definiendo una modalidad de relación de trabajo que la ley considera contrato de trabajo independientemente de cualquier formalismo; desde este enfoque el contrato de trabajo se mira como una

realidad, como un hecho que está siendo regulado por la ley.

El Art. 23 CST define cuales son los elementos esenciales, la ley los denomina: actividad personal, subordinación y dependencia continuada del trabajador con respecto al empleador y un salario. una vez se den estos elementos se entenderá que existe un contrato de trabajo cualquiera que sea el nombre que se le de. Esta es la teoría del contrato realidad, que supone que una vez se den los elementos señalados hay que entender que existe contrato de trabajo sin importar la denominación que las partes le hayan dado, lo importante es que se den los elementos señalados para que surjan todas las consecuencias de ese tipo de contrato.

No se debe perder de vista que hay distintas clases de relaciones de trabajo personales; ya se vio que hay relaciones de trabajo independientes, subordinadas y dentro de estas hay distintas modalidades de relaciones.

Las características de las relaciones de trabajo dependientes son actividad personal, subordinación y remuneración., las de la independiente actividad personal, remuneración pero no hay subordinación, pero de todas maneras hay relación de trabajo.

El concepto de relación de trabajo tiene un sentido amplio y uno restringido; el amplio abarca todo tipo de relaciones las independientes y las subordinadas; la ley dice siempre que haya subordinada, existe contrato de trabajo; sin embargo la ley que tiene excepciones, como es el caso de los empleados públicos en quienes la ley dice que no existe contrato laboral, sino una relación legal y reglamentaria, no contrato de trabajo.

No hay que confundir el concepto de relación de trabajo, que es un término muy genérico con los elementos esenciales; el concepto relación de trabajo abarca tanto las que tienen subordinación como las que no lo tienen; cuando se habla de relación de trabajo subordinada ahí sí se dan los tres elementos esenciales.

El concepto relación de trabajo, entonces, es muy amplio y abarca tanto las independientes como las subordinadas, también la relación legal y reglamentaria. También puede darse el caso de que se celebre un contrato de trabajo pero nunca se ejecute, el contrato puede darse independientemente de la relación efectiva de trabajo.

- ***Actividad personal del trabajador***

Es el elemento más esencial o importante porque sin la actividad personal no podría aceptarse la posibilidad del contrato de trabajo, lo básico es que haya trabajo, es el elemento más esencial; sin embargo es un elemento compartido con todos los contratos que impliquen prestación de servicios.

La actividad debe ser humana y libre (Art. 5º), debe tratarse de una actividad que implique cierta habitualidad, pero no en una intensidad determinada; la persona puede ser contratada para laborar un día a la semana, o mediodía, o para estar pendiente que lo llamen en el momento en que sea requerido, o puede laborar libremente manejando su jornada de acuerdo una planificación propia. En este artículo 5º se destaca que la actividad puede ser material o intelectual, no se regula en forma diferente el trabajo material del intelectual, cosa que si ocurría antes, que se daban prestaciones a los trabajadores según desarrollaran actividades materiales e intelectuales; con el CST se eliminó esa discriminación.

La actividad personal no implica forzosamente una actividad, porque para algunos casos la ley lo que plantea como exigencia es la disponibilidad más que la actividad en si; el compromiso del trabajador es el estar disponible para la prestación del servicio, para atender las órdenes, e incluso el legislador establece la posibilidad de que el empleador le diga al trabajador que no preste el servicio o que se de el primer elemento sin la prestación del servicio, en este sentido tenemos el Art. 140. El elemento actividad personal se cumple o con la actividad, que es lo típico, o con la disponibilidad porque en un momento determinado, por su culpa o por su disposición del empleador puede determinar que no haya prestación del servicio.

▪ ***La subordinación***

Es el más característico del contrato de trabajo, porque es el que distingue el contrato de trabajo de los demás que implican prestación de servicio.

El contrato de trabajo es prestación de servicios en subordinación; los demás son prestación de servicios sin subordinación. Sin embargo hay prestaciones de servicio como las de los empleados públicos que no son contrato y que si implican subordinación.

La subordinación es la potestad que tiene el empleador de manejar la fuerza del trabajo del trabajador, e implica al empleador de imponer órdenes que son obligatorias para el trabajador.

En un contrato común de prestación de servicios las obligaciones están definidas en el contrato. En el contrato de trabajo el empleador tiene una potestad importantísima

que es la subordinación que lo faculta para establecer obligaciones permanentemente; normalmente las obligaciones se convienen entre las partes en el momento de celebrar el contrato, pero la potestad de subordinación tiene la característica que permite al patrono imponer obligaciones, crear obligaciones en el momento en que lo decida para realizar el trabajo, dando órdenes, impartiendo instrucciones en torno al modo y época de realizar el trabajo, y esas órdenes e instrucciones son obligatorias.

La subordinación debe ser continuada, no se agota esa subordinación con las instrucciones que se dan en un momento dado, sino que pueden ser cambiadas en cualquier momento; para que haya contrato de trabajo debe existir la posibilidad de impartir órdenes e instituciones en toda la vigencia del contrato; es un poder de dirección, sin embargo tiene una ejecución permanente; en otros términos, el empleador puede dar ordenes, pero para que exista contrato no significa que tenga que estar dando ordenes; en muchos casos el empleador no da si no una sola orden en toda la relación laboral, una carta en la cual le indica sus funciones para que las desarrolle el trabajador; no se requiere una ejecución continua, sino una posibilidad permanente de darlas.

La subordinación es una potestad esencialmente delegable y lo normal es que se delegue; la potestad de subordinación no la cumple exclusivamente el empleador, sino que él tiene un esquema que contempla jerarquías, jefes, subjeses, personas que controlan, etc.

El poder de subordinación es fundamentalmente laboral, lo que implica que no puede meterse en la vida personal del trabajador, ni dar instrucciones de tipo personal, cuáles deben ser sus amigos, a dónde debe ir, etc.; pero si la vida personal del trabajador trasciende el ámbito de la empresa, entonces sí, porque si se emborracha, hace escándalos y se sabe en qué empresa trabaja, si tiene un mal comportamiento social, en estos casos la subordinación puede llegar hasta allí y decirle al trabajador o se compone o se va.

La subordinación se pueda ser más o menos antes, según lo que se determine en el contrato.

Ya se dijo que el empleador en ejercicio de la facultad de subordinación tiene un poder bastante importante cual es de imponer obligaciones constantemente, pero ese poder está restringido por el contrato, pues no puede imponer obligaciones diferentes a las que le permita imponer el contrato, es decir, si una persona se ha contratado para chofer no le puede poner a hacer otro tipo de cosas sin violar el contrato; en el contrato se suele poner un poder de subordinación lo más amplio posible, pero también se restringe, como cuando se fijan las funciones del cargo,

pues solamente podrá impartir obligaciones relacionadas con ellas; si el empleador da unas instrucciones que se salen del contrato, corresponderá al trabajador decidir si las acata o no.

Tradicionalmente se ha distinguido, o se ha caracterizado la subordinación del contrato de trabajo como una subordinación jurídica, en el sentido de que el patrono puede dar órdenes e instrucciones y cambiarlas a voluntad, y esas órdenes e instrucciones son obligatorias, es una potestad jurídica que emana del contrato de trabajo; no se trata la subordinación del contrato de trabajo de la subordinación técnica que puede darse entre el empleador y el trabajador en el sentido de que si el empleador conoce muy bien el trabajo puede decirle al trabajador haga las cosas de tal manera, la subordinación no es eso, la subordinación laboral no es la posibilidad de decirle al trabajador cómo debe hacer técnicamente el trabajo, si tiene la posibilidad de hacerlo, lo puede hacer, pero no se identifican las dos cosas, es decir, la potestad de subordinación no es una potestad técnica, más bien lo usual es que la potestad ignore las particularidades, la especialidad, la técnica de la labor y para eso contrata al trabajador para que desarrolle las labores que el empleador no puede hacer, se dice que hay más bien una subordinación invertida: el que esta subordinado es el empleador que no sabe cómo se hace el trabajo, y el trabajador si sabe; pero como no se identifican la parte técnica con el concepto de subordinación, eso no impide que haya subordinación, porque el empleador tiene la posibilidad de decirle hágame esto o lo otro, no se cómo lo hace, pero hágalo.

Igualmente la subordinación no se identifica con la subordinación económica. A veces se piensa que para que haya subordinación el trabajador debe ser económicamente dependiente de ese trabajo, es decir que viva del trabajo, que de él obtenga su sustento; esto es cierto en la mayoría de los casos, el trabajador trabaja porque lo necesita, y porque vive del trabajo, y existe una dependencia económica respecto del patrono, pero esa dependencia económica no es la subordinación que se exige como elemento del contrato de trabajo. El que haya dependencia económica puede aclarar en determinados casos, que haya o no contrato de trabajo, porque en algunas modalidades contractuales la subordinación jurídica no es muy clara y entonces es necesario acudir a otros elementos para decidir si hay o no subordinación; uno de los elementos auxiliares de una verdadera subordinación, es la dependencia económica; muy frecuentemente se hace referencia a los trabajos a domicilio, cuando personas trabajan en su propia casa, frente a solicitudes que hace el empleador; por ejemplo el empleador suministra la materia prima y solicita unos trabajos que ejecuta el trabajador en su propia casa; el empleador esta distante, no puede ejercer una subordinación directa en lo que tiene que ver con la cantidad, tiempo y modo de trabajo; será el trabajador quien fije sus propios ritmos de trabajo, su propio modo, su propia cantidad de acuerdo a sus necesidades, siendo en estos casos difícil establecer la subordinación; se ha llegado

a la conclusión de que si hay dependencia económica sí hay subordinación; la dependencia económica sería que el trabajador labore únicamente para un empleador y que derive su sustento de ese trabajo; si se logra establecer esto, se despejan las dudas sobre la subordinación.

Pero no se puede identificar la subordinación como elemento del contrato de trabajo con la subordinación económica del trabajador. Incluso puede darse el contrato sin subordinación económica, como cuando el trabajador es pudiente económicamente pero trabaja, nada impide que haya contrato de trabajo, no es supuesto esencial del contrato que el trabajador necesite del trabajo.

Una cosa interesante es que la misma ley ha dicho que aún en los servicios independientes hay alguna modalidad de subordinación; jurídicamente se puede distinguir entre la subordinación del contrato de trabajo con la subordinación que hay en los contratos que impliquen prestación de servicios, de todas maneras hay subordinación; hay una terminología que es clara que dice que lo que pasa es que cuando hay contrato independiente la subordinación es al contrato, cuando hay contrato de trabajo la subordinación es al empleador; entonces si soy contratista independiente un trabajador independiente, mis servicios se subordinan al contrato, y por eso el interventor o contralor ejercen el control para que la persona cumpla conforme lo convenido en el contrato; es importante tener claro que en los contratos de prestación de servicios hay una modalidad de subordinación, pero es el contrato.

El ius variando

Es un tema relacionado con la subordinación es el relacionado con el denominado. En Colombia no hay una norma que lo regule, que diga es tal cosa, pero por vía de interpretación jurisprudencial, acogiendo la doctrina de los tratadistas argentinos y uruguayos, ***se dice que es la potestad que se deriva de la subordinación de variar algunas condiciones mínimas del contrato.***

Se refiere a cambios de lugar, de horario, de otras circunstancias de trabajo, que en un momento dado podrían parecer estables, porque de pronto el empleador no ha modificado las instrucciones iniciales. Pero el empleador nunca pierde la posibilidad de cambiar esas instrucciones iniciales, entonces puede ubicar al trabajador en otro trabajo, cambiarlo de sitio de trabajo, puede cambiar el horario, pero esto no es términos absolutos, sino tiene que hacerlo de tal manera que no viole el contrato.

Si una persona la contratan para trabajar en una sede, el empleador no lo puede cambiar sin el consentimiento del trabajador. Si se pacta en el contrato la libertad del empleador para utilizar el ius variandi, es ineficaz. Si se pacta que se puede

trasladar al trabajador a cualquiera de las sedes que existen en el país, y no se hizo uso de ella por varios años, hay que entender que esa cláusula cayó en desuso, caduca la posibilidad de hacer uso de ella. Si es una cláusula dinámica, entonces sí, porque el trabajador sabe a qué atenerse. Si no se usa y al cabo del tiempo se cambia de sede, es una modificación del contrato inicial, porque la cláusula no se usó; simplemente el contrato se novó y se violó el inicial, además que se está afectando la situación inicial del trabajador.

Debe tratarse de modificaciones moderadas dentro de los límites contractuales, porque el exceso conduce a lo que en doctrina se conoce como alteración del contrato, cuando el ius variandi es abusivo, la doctrina de los rio platenses lo denominan alteración. Si el empleador usa el ius variandi y el trabajador no lo cumple, está violando el contrato, y eventualmente podría ser despedido por justa causa; si el empleador abusa del ius variandi, el trabajador tiene derecho a resistir la orden; el trabajador se recibe una orden abusiva, puede cumplirla caso en el cual se dará una novación del contrato; puede resistir la orden abusiva, caso en el cual lo pueden despedir, pero será sin justa causa; también puede dar por terminado el contrato con justa causa (despido indirecto); también puede aceptar la orden, pero se reserva el derecho a reclamar y demandar para que el juez decida.

La posición de la jurisprudencia en torno al ius variandi ha sido aceptando que no está reglamentada, pero que se acoge la doctrina citada. La Sala Laboral ha sido amplia con el empleador en el manejo de esta figura, porque le ha permitido que si encuentra razones válidas para producir la alteración, la puede hacer. Si se trabaja en Bogotá y se traslada a Leticia, en principio es una alteración que no está obligado a aceptar; pero la jurisprudencia ha dicho que si el empleador establece que no puede mantener económicamente la empresa, y que tiene que reducirse, el trabajador estaría obligado a aceptar el traslado; si hay una justa causa para el traslado el trabajador tiene que aceptar el cambio. Pero ello no debe ser así porque que el trabajador no tiene por qué asumir los riesgos de la empresa. También es importante tener en cuenta que es cierto que el trabajador no está obligado a cumplir órdenes e instrucciones ajenas al contrato, de pronto en aras de las buenas relaciones, los trabajadores no deben ser tan estrictos, pero tampoco tan amplios, con el fin de mantener unas relaciones armoniosas; también hay que tener en cuenta que la alteración no siempre es desfavorable, sino que puede ser favorable, como cuando se le asciende con mejor salario, con mejores condiciones; en este caso el trabajador jurídicamente no estaría obligado a aceptar el cambio.

También hay que aclarar que en oportunidades el trabajador está obligado a aceptar órdenes ajenas al contrato, como cuando se está en situaciones de emergencia, la ley establece como una obligación implícita de la buena fe del contrato que el trabajador está obligado a cierto tipo de obligaciones y deberes que exceden a

veces lo contratado, pero en este caso se requiere una cosa real, una fuerza mayor, un caso fortuito que justifique esa situación, lo que no se puede hacer es volverlo permanente.

En conclusión: ante una orden abusiva, si el trabajador acepta, se produce la novación; si acepta con reserva, el trabajador tiene que demandar, sino demanda, se nova; si se resiste, lo pueden despedir con justa causa o el patrono se resigna; si renuncia, despido indirecto.

▪ ***La Remuneración***

Es un elemento implícito, siempre que haya actividad personal y subordinación (Art. 27); la ley presume que el salario está implícito a la subordinación. Si estoy subordinado, así no cobre, tengo el derecho a cobrar; si cobro me tienen que pagar porque he estado sometido a la subordinación, si no cobro me pueden prescribir el derecho, pero no es que pierda el derecho por el hecho de no cobrar.

Se dan trabajos voluntarios sin recibir remuneración, pero aquí está en duda, para que exista contrato de trabajo, si hay subordinación, porque en un momento dado se imparte una instrucción que se puede desatender porque no existe la forma de hacerla cumplir; mientras exista la posibilidad de la subordinación, no puede decirse que no hay salario; si hay derecho a salario, si hay contrato.

No se puede perder de vista todas las normas de protección al salario que conducen a concluir que todo trabajador dependiente debe recibir salario: 131 que prohíbe la propina como salario; o cuando la norma dice que se prohíbe el pago de mercancías salvo el salario en especie; esto está diciendo que siempre el trabajador debe recibir un salario.

El trabajador independiente sí puede trabajar gratis; como trabajador subordinado no lo puedo hacer, el salario es irrenunciable; si no se pacta nada se sobreentiende que es remunerado.

CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO.

El contrato de trabajo presenta las siguientes características que lo diferencia de otros contratos:

Intuitu Personae o personalísimo respecto del trabajador: ya que se contrata a la persona del trabajador y no a otro; el empleador si puede ser sustituido por otro dentro en ejecución del mismo contrato, pero el trabajador no.

De medio no de resultado: Toda vez que en el contrato de trabajo se contrata es la fuerza del trabajador por parte del empleador pero no haciendo referencia al logro de un objetivo por parte del trabajador; lo que si es posible es que haya un propósito del logro de objetivo por parte del empleador.

Es decir, el contrato de trabajo es un medio que utiliza el empleador para lograr los fines de la empresa.

Autónomo: no depende de la existencia de ningún otro contrato.

Nominado: su estructura y sus efectos están establecidos en la ley.

Consensual: No necesita ningún requisito de forma ; simplemente se perfecciona con el válido consentimiento.

Solo deben constar por escrito los siguientes contratos: contrato de aprendizaje, contratos con extranjeros no residentes en el país, enganches colectivos para trabajo en el exterior, los contratos a término fijo.

Bilateral: Se celebra entre dos partes, empleador y trabajador, surgiendo obligaciones y derechos para ambos.

Conmutativo: cada una de las partes recibe de la otra, prestaciones iguales o proporcionales. Una parte da a la otra dinero o bienes en especie, y la otra presta un servicio personal.

Oneroso: El contrato de trabajo presenta una utilidad para cada una de las partes.

De tracto sucesivo: en la medida que se ejecuta se va pagando.

De adhesión: No hay libre discusión de los términos del contrato; el empleador impone las condiciones que el trabajador acepta o no.

En la vinculación de los trabajadores altamente calificados, especializados, o de dirección, confianza o manejo se puede presentar acuerdos sobre condiciones salariales o prestaciones extralegales.

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO.

Para este estudio sólo tendremos en cuenta, la clasificación de los contratos de trabajo según su forma y su duración:

Según la Forma: Los contratos de trabajo pueden ser verbales o escritos; para su validez no requiere solemnidades salvo que la norma laboral exprese lo contrario. (art. 37 C.S.T)

Verbales (art. 38 y 40 del C.S.T.)

Cuando el contrato es verbal las partes deben estar de acuerdo por lo menos en la índole del trabajo, el lugar de su realización, el salario y la forma de pago.

Escritos.

Las partes estarán de acuerdo por encima de las cláusulas obligatorias, pactando condiciones superiores.

Se deben identificar las partes, el lugar y fecha de la contratación, lugar de prestación del servicio, salario y forma de pago, estimación del salario en especie, duración y cláusulas de terminación.

Obligatoriamente deben constar por escrito los contratos a término fijo, los de enganche colectivo para el exterior, los de enganche colectivo dentro del país que impliquen una movilización mayor a 200 Km del domicilio del trabajador (ver art. 71, 72 y 73 C. S. T.), con extranjeros no residentes en el país, los sindicales, y el contrato de aprendizaje.

Según su Duración:

Los contratos de trabajo según su duración se pueden clasificar en:

Contratos de Trabajo a Término Fijo (art. 46 del C. S. T.): Estos contratos deben constar por escrito no tienen término mínimo de duración pero no podrán ser superior a tres años.

Estos contratos pueden terminar antes del cumplimiento del plazo señalado por las partes por mutuo acuerdo, decisión unilateral; o por vencimiento del plazo inicialmente pactado siempre y cuando haya mediado un preaviso de una de las partes de su intención de no continuar con la relación laboral, preaviso que deberá realizarse dentro de un término no inferior a 30 días antes al vencimiento del plazo, salvo en tratándose de contratos a término igual o inferior a 30 días, de lo contrario

el contrato se prorroga automáticamente por un periodo igual al inicialmente pactado.

Los contratos de trabajo celebrados a término inferior a un año, solo pueden prorrogarse por periodos iguales o inferiores al inicialmente pactado hasta por tres veces consecutivas, en ese caso la cuarta prórroga debe hacerse por un periodo igual o superior a un año y así sucesivamente.

Los contratos de trabajo cuyo término de duración sea inferior a 30 días no requieren preaviso para su terminación.

Los contratos de trabajo a término fijo no se convierten en contratos a término indefinido, a menos que no se señale expresamente el término de duración o el contrato no se celebre por escrito.

Dentro de un contrato de trabajo, la cláusula que establezca la terminación del contrato de trabajo si no se acuerda su prórroga con la debida antelación de orden legal, es ilícita e ineficaz.

Contrato a Término Indefinido: (art. 47 C.S.T.): En este tipo de contrato no se estipula el término de duración:

El contrato de trabajo a término indefinido se puede presentar por dos circunstancias:

Que las partes expresamente manifiesten su voluntad que el contrato de trabajo es por tiempo indefinido.

Que el contrato de trabajo se haga en forma verbal.

Que el contrato de trabajo se haya suscrito por escrito y en la estipulación del término de duración se haya establecido un termino superior a tres años.

El contrato de trabajo a término indefinido, tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen; sin embargo el trabajador podrá darlo por terminado mediante aviso escrito al empleador, con antelación no inferior a 30 días.

Contrato por duración de la obra: Este contrato de trabajo se considera a término fijo, en razón a que su término está condicionado al tiempo que dure la obra contratada.

Contrato con trabajadores en misión: (art. 74 y 77 Ley 50/ 1990): Por medio de este tipo de contrato se puede vincular a trabajadores para:

- ❖ Trabajos ocasionales menores de un mes.
- ❖ Reemplazar a personal en vacaciones, licencia o incapacidad.
- ❖ Para incremento de la producción, transporte, ventas, los periodos estacionales de cosechas.

LOS SUJETOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Los sujetos directos y visibles en un contrato de trabajo, son: el trabajador y el empleador.

EL TRABAJADOR

Es toda persona natural, vinculada o no por una relación laboral, que presta sus servicios en el sector privado u oficial.

Clasificación de los Trabajadores.

Los trabajadores se clasifican en dos grandes grupos:

Trabajadores Independientes: Es toda persona natural que realiza personal y directamente una actividad económica sin estar sujeta a un vínculo laboral.

Trabajadores Dependientes: son aquellas personas naturales que prestan sus servicios en situación de dependencia respecto de la persona directamente beneficiaria del trabajo. El trabajador presta sus servicios de un modo correspondiente a la división del trabajo dispuesta por el empleador, adaptando su conducta a las directivas que recibe y al orden imperante en la empresa.

De acuerdo al empleador los trabajadores se clasifican en:

SERVIDORES PÚBLICOS: son las personas naturales que prestan sus servicios al Estado o en las Instituciones Públicas; estos a su vez se clasifican en:

Empleados Públicos: Son todas las personas vinculadas a la administración pública, mediante una elección o una relación legal y reglamentaria, para cumplir funciones propias de la actividad administrativa y política del Estado. Que se pueden clasificar en:

Empleados públicos de elección popular.

Empleados públicos de elección colegiada o corporativa.

Empleados públicos de libre nombramiento y remoción.

Empleados públicos de Carrera Administrativa General y Especiales.

Trabajadores Oficiales: Son todas las personas naturales vinculadas a la administración pública cuya actividad es de construcción y sostenimiento de obras públicas o están vinculadas a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta.

La relación laboral de los trabajadores oficiales esta regulada por la Ley 6ª de 1945 y su Decreto Reglamentario 2127 de 1945.

TRABAJADORES PARTICULARES DEPENDIENTES: son todas las personas naturales que prestan sus servicios en forma subordinada a las personas naturales o jurídicas del sector privado.

La normatividad aplicable a los trabajadores dependientes del sector privado es la contenida en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen adicionen y / o complementen.

EL MENOR TRABAJADOR.

El trabajo de los menores no es querido por el derecho laboral y restringido por la Organización Internacional del Trabajo.

La Constitución Política de Colombia consagra como derecho fundamental del niño la protección contra toda forma de explotación económica y trabajos riesgosos (art. 44) y la formación integral (art. 45).

La normatividad sobre el menor trabajador colombiano ha sido el resultado del reconocimiento de la realidad y el proceso del camino que debe propiciarse para mejorar las condiciones de vida de la niñez.

El trabajo del menor se encuentra reglamentado en el Código Sustantivo del Trabajo y el Código del Menor o Decreto 2737 de 1989, que en términos generales han establecido lo siguiente:

- Los menores de edad son las personas que no han cumplido 18 años.
- Para que el niño colombiano pueda trabajar se requiere de autorización por el Ministerio de la Protección Social.
- La protección contractual y legal del menor frente al trabajo, protegiéndolo en su salud física y mental y su explotación económica.
- Garantizando la seguridad social en forma automática y obligatoria.

- Garantizando una jornada máxima de trabajo de 4 horas diarias para los menores entre 12 y 14 años, de 6 horas diarias para los menores entre 14 y 16 años, 8 horas diarias para menores entre 16 y 18 años, quedando absolutamente prohibido el trabajo nocturno.
- Se le garantizan todos los derechos laborales.
- Se prohíben trabajos en actividades específicas, como trabajos en temperaturas anormales y sustancias tóxicas.

EL EMPLEADOR.

Es la persona natural o jurídica que recibe la prestación del servicio por parte del trabajador y que está obligada a pagar la remuneración por el trabajo realizado.

Clasificación de los Empleadores

Los empleadores se clasifican en:

Personas Naturales.

Personas Jurídicas: Públicas y Privadas.

SUSTITUCION DE EMPLEADORES (art. 67 C. S. T.)

Se entiende por sustitución de empleadores todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir cuando este no sufra variaciones esenciales en el giro de sus negocios o actividades.

Los contratos de trabajo no terminan a pesar de producirse la mutación del empleador por otro, ya sea por cambio de dueño, firma o razón social, absorción de una empresa por otra, afiliación o incorporación de una empresa a otra; es decir el vínculo laboral no se extingue por el hecho de que la empresa pueda cambiar de titular o transformarse de cualquier manera.

Elementos de la Sustitución de Empleador:

Cambio de un empleador por otro.

Continuidad de la relación de trabajo.

Continuidad de la empresa en el mismo giro de negocios y operaciones.

La figura de la sustitución de empleadores tiene como finalidad amparar al trabajador contra una imprevista e intempestiva extinción del contrato producida por el cambio de un patrono por otro. Por consiguiente los contratos de trabajo no se extinguen, son los mismos y deben continuar con el nuevo patrono. Por eso no puede haber solución de continuidad entre el contrato de trabajo que rigió entre el trabajador y el sustituido, respecto del contrato de trabajo que puede haber entre el trabajador y el sustituto. Por eso al terminarse la relación con el nuevo empleador, este deberá tener en cuenta, para efectos de la liquidación de prestaciones sociales, el tiempo acumulado entre el antiguo y nuevo empleador..

Para que no haya solidaridad entre el antiguo y nuevo empleador en el pago de prestaciones sociales y derechos laborales causados antes de la sustitución de empleador, el nuevo debe exigirle al antiguo estar a paz y salvo con los trabajadores por todo concepto y dejar un depósito para cubrir el tiempo transcurrido proporcional en tratándose de prestaciones y derechos que aún no se ha hecho exigible pero que ya empezó a transcurrir el tiempo para si exigibilidad.

La sustitución patronal no se presume debe ser demostrada por quien la alega.

REPRESENTANTES DEL EMPLEADOR (art. 32, 162, 190 del C. S. T.).

Por regla general son trabajadores al servicio de un empleador y ostenta la calidad de ser de dirección, administración confianza y manejo, y como tales reemplazan al empleador frente a los demás trabajadores, en cuanto al mando, organización y disciplina.

Los trabajadores representantes del empleador tienen restringidos unos derechos, como:

El pago de horas extras al no aplicárseles la jornada laboral ordinaria.

Sus vacaciones pueden ser acumuladas hasta por cuatro años.

Su asociación sindical puede ser limitada por los estatutos del sindicato.

No pueden ser miembros de las juntas directivas de los sindicatos.

Para ser representante del empleador se deben reunir a la vez tres requisitos:

Dirección: Dentro de la estructura de la empresa el cargo debe tener asignada funciones de vigilancia, control, planeación, ejecución y bajo su mando un número de trabajadores.

Confianza: todos los trabajadores vinculados a la empresa son confianza, pero en este caso la actividad se relaciona directamente con la vida de la empresa, sus realizaciones y ejecuciones.

Manejo: Custodiar bienes y valores de la empresa bajo su exclusiva responsabilidad.

EL SINDICATO COMO SUJETO EN LA RELACION LABORAL

Excepcionalmente el sindicato, como persona jurídica, es el sujeto de una relación laboral cuando celebra un Contrato Sindical.

Contrato Sindical: Es aquel celebrado por uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados. (art. 482 del C. S. T.).

Se trata de un contrato solemne, por cuanto uno de sus ejemplares debe depositarse en el Ministerio de la Protección Social, a más tardar dentro de los 15 días siguientes a la firma.

A través del contrato sindical, la organización sindical se compromete a ejecutar determinada obra por medio de sus afiliados, en beneficio de un tercero, pero tanto el beneficiario de la obra como el sindicato son responsables solidarios de los derechos laborales que se produzcan en favor de los trabajadores sindicalizados, con ocasión del contrato sindical.

Por expresa disposición legal, el contrato sindical se rige, en cuanto a su duración y terminación, por las normas que regulan estas situaciones en tratándose de contratos individuales de trabajo.

El contrato sindical es diferente a la Convención o Pacto Colectivo, ya que en estos últimos son la expresión de un acuerdo entre los trabajadores representados en el sindicato o los miembros del pacto y el empleador, sobre las condiciones laborales individuales y colectivas.

LA EMPRESA EN EL DERECHO LABORAL

DEFINICIÓN DE EMPRESA (Art. 194 C. S. T.):

Desde el punto de vista jurídico económico, la empresa es la organización de los dos factores de la producción: capital y trabajo. No es requisito esencial para que ella exista, que persiga un fin de lucro.

La empresa tiene los siguientes rangos distintivos:

Se presenta como una sociedad jerárquica. Tiene un jefe, el empresario que dispone de amplias prerrogativas y tiene un puesto preeminente.

La empresa debe asegurar el bien de todos sus miembros. Empleador y asalariados forman parte de un mismo organismo, sus intereses son solidarios, su acción debe encaminarse al interés común.

El sujeto del contrato laboral sigue siendo el empleador, la persona jurídica o natural, pues la empresa, considerada como un sistema de organización entre el capital y el trabajo, no es sujeto de derecho.

UNIDAD DE EMPRESA (Art. 194 C. S. T.):

Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.

La Unidad de Empresa tiene como objeto, evitar fraudes a la ley, finalidad que se logra eludiendo el fraccionamiento de las actividades económicas similares, conexas o complementarias, que son consideradas como una sola unidad de explotación económica, y gravando a la empresa en si misma considerada con las demás prestaciones sociales a favor de sus trabajadores, sin tener en cuenta al propietario, usuario o poseedor, quien puede variar sin que ello haga desaparecer la obligación de pagar dichas obligaciones.

ELEMENTOS DE LA UNIDAD DE EMPRESA.

Varias unidades de explotación económica dependen económicamente de una misma persona natural o jurídica, cuando respecto de tales unidades se cumplen las siguientes condiciones:

1. Que la actividad de cada unidad sea una manera mediante la cual una sola persona natural o jurídica lleva a cabo producción de bienes y / o servicios;
2. Que cada unidad, en última instancia, esté bajo una dirección y una responsabilidad correspondiente a una sola persona natural o jurídica;

3. Que el capital con el que funciona cada unidad, pertenezca en última instancia a una misma persona natural o jurídica.
4. Que el capital con el que se desarrollan, pertenezca en última instancia a una unidad patrimonial, correspondiente a una sola persona natural o jurídica.
5. Que de hecho se den dos o más personas jurídicas, cuya relación sea de principal a filial y / o subsidiaria, de manera que la primera predomine económicamente en la segunda y que todas cumplan actividades similares o complementarias.
6. En cuanto a que las actividades, sean similares, conexas o complementarias, se deben reunir las siguientes condiciones:
7. Que haya una sociedad principal o vinculada a ella y filiales y / o subsidiarias;
8. Que las principal o vinculada a ella forme con las filiales y / o subsidiarias una organización dedicada a la explotación de bienes y / o servicios;
9. Comunidad de intereses.
10. Conexidad de los objetos sociales.
11. Concentración de la responsabilidad jurídico-laboral y autoridad y dirección final en el capital.

CONSECUENCIAS DE LA UNIDAD DE EMPRESA.

Son consideradas como una sola y única empresa, como una misma entidad para efectos del derecho del trabajo.

El tiempo trabajado en cada una de las entidades consideradas como una misma empresa, se estima en su totalidad ocurrido únicamente respecto de la unidad, para todos los efectos laborales.

OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES DE LAS PARTE EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Celebrado el contrato de trabajo, surgen los derechos, obligaciones o deberes y las prohibiciones para los sujetos de la relación laboral, es decir, el trabajador y el empleador. Son creadores de derechos y obligaciones para los sujetos de la relación laboral: la ley en su sentido genérico, la convención y el pacto colectivo, el laudo arbitral, el reglamento interno de trabajo y las demás fuentes del derecho laboral.

El ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y la no violación a las conductas y actuaciones prohibida para cada uno de los sujetos de la relación laboral, debe estar guiada siempre por el principio de la Buena Fe.

El contrato de trabajo debe ejecutarse de buena fe, y por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella.

La buena fe como principio se encuentra consagrada en los artículos 83 de la Constitución Política y 55 del C. S. T.

En materia laboral la buena fe es entendida como la conducta sincera de un convencimiento de la razón, es la creencia o la convicción de actuar conforme a unos parámetros preconcebidos en la normatividad laboral.

OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN GENERAL (Art. 56 C. S. T.)

De modo general incumbe al empleador obligaciones de protección y seguridad para con los trabajadores y a estos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el empleador.

Las obligaciones de protección y seguridad a cargo del empleador hace relación a la vida profesional y social del trabajador, a su aspecto humano, y fundamentalmente, a la prevención de accidentes y enfermedades profesionales o que tengan por causa condiciones de trabajo que pueden ser mejoradas para evitar la enfermedad o accidente.

La obligación de obediencia y fidelidad del trabajador para con el empleador debe entenderse, como sinónimo de lealtad, honradez y buen fe que obliga por igual tanto a los trabajadores como a los empleadores. La fidelidad debe entenderse entonces como **buena fe-lealtad** que se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber, en un sentido ético y moral.

La buena fe lealtad tiene en el campo laboral un carácter recíproco entre los miembros de la relación laboral, es decir, trabajadores para con los empleadores y

viceversa y de los trabajadores entre si, que tiene como finalidad preservar un ambiente de armonía en el desarrollo de la relación laboral.

El deber de obediencia y lealtad del trabajador para con el empleador, no exige que el trabajador este siempre y en un todo de acuerdo con sus superiores. Estos se pueden equivocar y el trabajador puede llamarles la atención en tales casos. La dignidad de l trabajador le impide alquilar su conciencia y renunciar a su personalidad propia.

La obligación de fidelidad del trabajador para con el empleador, se concreta en la prohibición a éste de comunicar a terceros, salvo autorización expresa, las informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación puede ocasionar perjuicios al empleador; como por ejemplo revelar secretos técnicos o comerciales o asuntos de carácter reservado que es sancionado con la pérdida del auxilio de cesantía cuando el empleador de por terminado el contrato de trabajo por esta causa (Art. 250-c C. S. T.).

OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES ESPECIALES DEL EMPEADOR

Las obligaciones especiales de carácter legal de los empleadores encuentran consagradas en el artículo 57 del C. S. T. y son las siguientes:

Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores.

Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud.

Prestar inmediatamente los primeros auxilios en caso de accidente o de enfermedad. A este efecto en todo establecimiento, taller o fábrica que ocupe habitualmente más de diez (10) trabajadores, deberá mantenerse lo necesario, según reglamentación de las autoridades sanitarias.

Pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos.

Guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, a sus creencias y sentimientos.

Conceder al trabajador las licencias necesarias para el ejercicio del sufragio; para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación; en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada; para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización o para asistir al entierro de sus compañeros, siempre que avise con la debida oportunidad al empleador o a su representante y que, en los dos (2) últimos casos, el número de los que se ausenten no sea tal que perjudique el funcionamiento de la empresa. En el reglamento de trabajo se señalarán las condiciones para las licencias antedichas. Salvo convención en contrario, el tiempo empleado en estas licencias puede descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, a opción del empleador.

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

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

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

Las prohibiciones especiales de carácter legal de los empleadores encuentran consagradas en el artículo 59 del C. S. T.; así entonces, Se prohíbe a los empleadores:

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

- a. Respeto de salarios, pueden hacerse deducciones, retenciones o compensaciones en los casos autorizados por los artículos 113, 150, 151, 152 y 400; es decir en los siguientes eventos:
- ❖ Cuando el empleador imponga multas al trabajador por retrasos o faltas al trabajo sin excusa suficiente; no puede exceder de la quinta (5a) parte del salario de un (1) día, y su importe se consigna en cuenta especial para dedicarse exclusivamente a premios o regalos para los trabajadores del establecimiento.
 - ❖ Los descuentos y retenciones por conceptos de cuotas sindicales y de cooperativas y cajas de ahorro, autorizadas en forma legal;
 - ❖ Las cuotas con destino al seguro social obligatorio., y de sanciones disciplinarias impuestas de conformidad con el reglamento del trabajo debidamente aprobado.
 - ❖ Las autorizaciones escritas dadas por los inspectores de trabajo, a solicitud conjunta del empleador y del trabajador, y previa calificación de cada caso, por concepto de préstamos, anticipos, deducciones, retenciones, o compensaciones del salario, aunque haya de afectarse el salario mínimo o la parte inembargable, o aunque el total de la deuda supere al monto del salario en tres (3) meses. En la misma providencia en que autorice la operación, el funcionario debe fijar la cuota que puede ser objeto de deducción o compensación por parte del empleador, y el plazo para la amortización gradual de la deuda.
 - ❖ En los convenios sobre financiación de viviendas para trabajadores puede estipularse que el empleador prestamista queda autorizado para retener del salario de sus trabajadores deudores las cuotas que acuerden o que se prevean en los planos respectivos, como abono a intereses y capital, de las deudas contraídas para la adquisición de casa.
 - ❖ Las cuotas ordinarias o extraordinarias con que aquellos deben contribuir que debe contribuir el trabajador al sindicato, las federaciones o confederaciones sindicales. La retención de las cuotas extraordinarias requiere copia autenticada del acta de la asamblea sindical en que fueron aprobadas. Para la retención de las cuotas ordinarias bastará que el secretario y el fiscal del sindicato comuniquen certificadamente al (empleador) su valor y la nómina de sus afiliados
- b. Las cooperativas pueden ordenar retenciones hasta de un cincuenta por ciento (50%) de salarios y prestaciones, para cubrir sus créditos, en la forma y en los casos en que la ley las autorice.
2. Obligar en cualquier forma a los trabajadores a comprar mercancías o víveres en

almacenes o proveedurías que establezca el empleador.

3. Exigir o aceptar dinero del trabajador como gratificación para que se le admita en el trabajo o por otro motivo cualquiera que se refiera a las condiciones de éste.
4. Limitar o presionar en cualquier forma a los trabajadores en el ejercicio de su derecho de asociación.
5. Imponer a los trabajadores obligaciones de carácter religioso o político, o dificultarles o impedirles el ejercicio del derecho del sufragio.
6. Hacer, autorizar, o tolerar propaganda política en los sitios de trabajo.
7. Hacer o permitir todo género de rifas, colectas o suscripciones en los mismos sitios.
8. Emplear en las certificaciones de que trata el ordinal 7o. del artículo 57 signos convencionales que tiendan a perjudicar a los interesados, o adoptar el sistema de "lista negra", cualquiera que sea la modalidad que utilicen, para que no se ocupe en otras empresas a los trabajadores que se separen o sean separados del servicio.
9. Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad.
10. El artículo 9 del decreto 2351 de 1965 que establece: "Es prohibido al patrono el cierre intempestivo de su empresa. Si lo hiciere, además de incurrir en las sanciones legales, deberá pagarle a los trabajadores los salarios, prestaciones e indemnizaciones por el lapso que dure cerrada la empresa así mismo, cuando se compruebe que el patrono en forma ilegal ha retenido o disminuido colectivamente los salarios de los trabajadores, la cesación de actividades de éstos será imputable aquél y dará derecho a los trabajadores para reclamar los salarios correspondientes al tiempo de suspensión de labores".

Así mismo encontramos en el artículo 260 del Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor; establece las siguientes prohibiciones a los empleadores:

- ❖ Despedir a trabajadores menores de edad cuando se encuentren es estado de embarazo o durante la lactancia, sin autorización de los funcionarios encargados de la vigilancia y control del trabajo de menores. El despido que se produjere sin esta autorización no produce efecto alguno.

- ❖ Igualmente se prohíbe a los empleadores de trabajadores menores de dieciocho (18) años de edad, trasladarlos del lugar de su domicilio, sin el consentimiento de sus padres o guardadores o, en su defecto, del Defensor de Familia, salvo temporalmente y sólo cuando se trate de participar en programas de capacitación.

De igual manera en el artículo 1o. de la Ley 13 de 1972, encontramos la siguiente prohibición a los empleadores: “En los formularios o cartas para la solicitud de empleo tanto en los organismos oficiales o semioficiales como en el sector privado, no podrá exigirse la inclusión de datos acerca del estado civil de las personas, del número de hijos que tengan, la religión que profesan o el partido político al cual pertenezcan, salvo en este último caso de empleos o cargos para los cuales sea indispensable tener en cuenta la paridad y mientras exista”.

OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR

Las obligaciones especiales de carácter legal del trabajador encuentran consagradas en el artículo 58 del C. S. T., norma que establece lo siguiente, Son 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 establecimiento.
7. Observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes o de enfermedades profesionales.

Las prohibiciones especiales de carácter legal del trabajador encuentran consagradas en el artículo 60 del C. S. T., norma que establece lo siguiente, se prohíbe a los trabajadores:

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

El incumplimiento de las obligaciones y la violación a las prohibiciones por parte de cada una de los sujetos de la relación laboral, puede acarrear sanciones al incumplido o trasgresor a las prohibiciones; a demás de una posible ruptura de la relación laboral con las consecuencias indemnizatorias a los daños y perjuicios que con su conducta se causen a la otra parte.

SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO.

La suspensión del contrato de trabajo es aquella situación en la que, por la ocurrencia de hechos previstos en la ley, se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido y para el empleador la de pagar el salario, sin perjuicio de las obligaciones surgidas con anterioridad y de las que competen al empleador por muerte y enfermedad del trabajador.

La finalidad de la suspensión del contrato de trabajo es garantizar la continuidad de la relación de trabajo, en circunstancia en las cuales se impondrían la rescisión o terminación del contrato.

CAUSALES DE SUSPENSION. (Art. 51 del CST, subrogado por el artículo 4o. de la Ley 50 de 1990)

El contrato de trabajo se suspende:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución. Con el aviso al Ministerio de la Protección Social acompañado de las respectivas justificaciones.
2. Por la muerte o la inhabilitación del empleador, cuando éste sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo. Previa calificación del Ministerio de la Protección Social.
3. Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores.
4. Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria.
5. Por ser llamado el trabajador a prestar el servicio militar. En este caso el empleador está obligado a conservar el puesto del trabajador hasta por seis

meses (6) después de terminado el servicio. Dentro de este término el trabajador puede reincorporarse a sus tareas, cuando lo considere conveniente, y el empleador está obligado a admitirlo tan pronto como éste gestione su reincorporación.

6. Por detención preventiva del trabajador que no exceda de ocho (8) días por cuya causa no justifique la extinción del contrato.
7. Por huelga declarada en la forma prevista en la Ley. Bajo el entendido de que la huelga suspende los contratos de trabajo por el tiempo que dure y, en consecuencia, el empleador no tiene la obligación de pagar salarios y demás derechos laborales durante este lapso. Pero habrá lugar al pago de salarios y prestaciones cuando ésta sea imputable al empleador, por desconocer derechos laborales legales o convencionales, jurídicamente exigibles. Y que en todo caso, le sea o no imputable la huelga deberá el empleador garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social de los trabajadores que participaron en el cese de actividades mediante el pago de los correspondientes aportes para salud y pensiones.

REANUDACION DEL TRABAJO (Artículo 52 del CST)

Desaparecidas las causas de la suspensión temporal del trabajo, el empleador debe avisar a los trabajadores, en los casos de que tratan los tres (3) primeros ordinales del artículo 51 del CST, la fecha de la reanudación del trabajo, mediante notificación personal o avisos publicados no menos de dos veces en un periódico de la localidad, y debe admitir a sus ocupaciones anteriores a todos los trabajadores que se presenten dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación o aviso.

CONSECUENCIAS DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO O LA NO PRESTACION DEL SERVICIO POR PARTE DEL TRABAJADOR POR CULPA EXCLUSIVA DEL EMPLEADOR (Artículo 140 del CST y Artículo 9 del Decreto 2351 de 1965)

Durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del empleador.

Así mismo cuando el empleador realice el cierre intempestivo de su empresa, además de incurrir en las sanciones legales, deberá pagarle a los trabajadores los salarios, prestaciones e indemnizaciones por el lapso que dure cerrada la empresa así mismo, cuando se compruebe que el patrono en forma ilegal ha retenido o disminuido colectivamente los salarios de los trabajadores, la cesación de actividades de éstos será imputable aquél y dará derecho a los trabajadores para reclamar los salarios correspondientes al tiempo de suspensión de labores

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Causas Generales.

El Código Sustantivo del trabajo en su artículo 61 subrogado por el artículo 5o. de la Ley 50 de 1990. Dispone que:

1. El contrato de trabajo termina:
2. Por muerte del trabajador;
3. Por mutuo consentimiento;
4. Por expiración del plazo fijo pactado;
5. Por terminación de la obra o labor contratada;
6. Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento;
7. Por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días;
8. Por sentencia ejecutoriada;
9. Por decisión unilateral en los casos de los artículos 7o., del Decreto Ley 2351/65, y 6o. de esta Ley, e
10. Por no regresar el trabajador a su empleo, al desaparecer las causas de la suspensión del contrato.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR LAS PARTES.

Las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo tanto por el empleador como por el trabajador de manera general se encuentran consagradas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965

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

La terminación del contrato de trabajo por parte del empleador se denomina despido; en un enfoque jurídico laboral se conoce como despido el acto por el cual el empleador le notifica al empleado su decisión de terminar el contrato de trabajo que los liga; es decir es la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador.

Naturaleza del despido.

1. Es un acto jurídico en tanto se traduce en una manifestación de voluntad tendiente a romper la relación jurídica contractual laboral.
2. Es un acto jurídico unilateral pues sólo proviene del patrono.
3. Es recepticio en tanto que supone como requisito de eficacia que el trabajador sea notificado o tenga conocimiento de la decisión.
4. No es solemne ya que no se haya sometido a formalidades especiales indispensables para su validez como acto decisorio.

Modalidades del despido.

Como fenómeno jurídico el despido puede presentarse de diversas maneras e importa en este punto, para facilitar su estudio, determinar algunas de ellas, así:

Despido inmotivado o arbitrario: Es el que ocurre por el simple capricho del empleador, quien se abstiene de expresar los motivos que pudo haber tenido para tomar la determinación.

Despido motivado. Sucede cuando el empresario prescinde de los servicios del trabajador explicándolo que lo hace por algún motivo específico diferente de su propia voluntad o capricho, que a su juicio impide la continuidad de la relación.

Despido con justa causa. Se da cuando el patrono invoca como motivo del despido una circunstancia real que se halla prevista en la ley u otra fuente legalmente permitida como justa causa para la terminación unilateral del vínculo.

Despido sin justa causa. Se presenta en el caso del despido inmotivado, pero también puede darse en el evento del despido que se motiva en hechos que no constituyen justas causas de terminación unilateral o que configurando justas causas no son reales o no se pueden demostrar.

Despido regular. Es aquel que cumple con todos los requisitos que la ley u otra fuente normativa autorizada le pueda imponer, como llamados preliminares de atención al trabajador, agotamiento de trámites previos o posteriores, o el preaviso.

Despido irregular. Se traduce en el incumplimiento de los requisitos que la ley u otra fuente normativa autoriza para la procedencia del despido.

Despido indirecto. No es un despido sino la renuncia con justa causa por parte del trabajador. Acontece entonces cuando el trabajador renuncia fundado en justas causas previstas en la ley u otra fuente normativa autorizada y que hayan ocurrido realmente.

Despido colectivo. Se produce cuando el empresario despide sin justa causa a un conjunto significativo de sus trabajadores, llevado por un mismo motivo que generalmente obedece a razones de índole técnica, económica o a la reorganización empresarial.

Despido ilícito. Es aquel despido que la ley u otra fuente normativa autorizada prohíbe expresamente.

Despido ineficaz. Es la modalidad a la cual la ley u otra fuente normativa autorizada niegan cualquier eficacia jurídica, esto es que se tiene por no hecho, sin la necesidad teórica de que lo declare así la justicia laboral u otra autoridad.

Despido anulable. Es aquel que acontece en circunstancias que si bien no lo hacen ineficaz si dan lugar a una acción del trabajador que le permite solicitar su anulación a la justicia laboral.

Justa Causa por Parte del Empleador.

Según el artículo 62 literal a) del Código Sustantivo del Trabajo, Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, por parte del empleador:

1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.
2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el {empleador}, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.

3. Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del {empleador}, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores.
4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.
5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.
6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.
7. La detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto.
8. El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.
9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador.
10. La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.
11. Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento.
12. La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del {empleador} o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes.
13. La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.
14. El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa; siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión se le notifique debidamente al trabajador su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

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

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

Justas Causas por Parte del Trabajador

Según el artículo 62 literal b) del Código Sustantivo del Trabajo, Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, por parte del trabajador:

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

Cuando el trabajador da por terminado el contrato de trabajo amparado en una justa causa, este acto que se constituye en una renuncia motivada del trabajador se considera un despido indirecto

JORNADA DE TRABAJO

Es el tiempo en que el trabajador tiene la obligación de prestar un servicio determinado en virtud de sus obligaciones estipuladas en el contrato de trabajo o las normas que regulen la relación laboral, y por la cual tiene derecho al pago de la remuneración o salario legal o convencional.

Trabajo Diurno.

Es el que se realiza entre las 6 a.m. Y las 10 p.m. del mismo día

Trabajo Nocturno.

Es que se realiza entre las 10 p.m. y las 6 a.m. del día siguiente.

Jornada Ordinaria.

Es el tiempo de trabajo convenido por las partes, que necesariamente debe ser igual o inferior a la jornada legal de trabajo.

Jornada Legal de Trabajo.

Por regla general la jornada legal de trabajo es la de máxima de 8 horas diarias de 48 horas semanales, con el trabajo en seis días a la semana

Excepciones a la Jornada Máxima Legal de Trabajo.

La regla general es que la jornada máxima legal es de ocho horas diarias en todas las actividades públicas y privadas, es decir, en todas las actividades que se ocupe el Estado por medio de sus organismos o la empresa privada. Salvo en los siguientes casos:

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

La duración máxima de la jornada laboral del menor se sujeta a las siguientes reglas:

El menor entre 12 y 14 años solo puede trabajar en actividades ligeras un máximo de 4 horas diarias y 24 horas semanales.

Los mayores de 14 y menores de 16 años, sólo podrán trabajar en una jornada máxima de 6 horas diarias y 36 horas semanales.

La jornada del menor entre 16 y 18 años no podrá exceder de 8 horas diarias y 48 horas semanales.

El trabajador y el empleador pueden acordar la organización de turnos de trabajos sucesivos, que permitan operar a la empresa o secciones de la misma sin solución de continuidad durante todos los días de la semana, siempre y cuando el respectivo turno no exceda de 6 horas diarias y 36 horas semanales en este caso no habrá derecho a recargo nocturno ni por trabajar en dominicales y festivos. Pero el trabajador devengará el salario ordinario legal o convencional y a un día de descanso obligatorio.

El empleador y el trabajador pueden acordar que la jornada máxima de 48 horas semanales se distribuya en máximo seis días, con un día de descanso con un horario de trabajo de 4 horas hasta 10 diarias continuas entre las 6 a.m. y las 10 p.m. del mismo día. Sin que ello implique el pago de trabajo suplementario o con recargos de cualquier índole.

Es prohibido a los empleadores, aun con el consentimiento del trabajador, contratarlo para que realice mas de un turno en el mismo día, salvo en las labores de supervisión, dirección, confianza y manejo.

La jornada laboral de los empleados del servicio doméstico es de un máximo de 10 horas diarias.

No están sujetas a la jornada máxima legal los empleados de dirección confianza y manejo; los que realicen actividades discontinuas o intermitentes o de simple vigilancia cuando residan en el mismo lugar de trabajo.

En el caso de los vigilantes o celadores cuando residan en el mismo lugar de trabajo no tienen límite de jornada laboral es decir es de 24 horas semanales.

Pero si no residen en el mismo lugar de trabajo su jornada laboral se supedita a la general es decir máximo 8 horas diarias y 48 horas semanales. Salvo los casos de establecimientos de turnos.

En los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, de amenaza u ocurrencia de algún accidente o cuando se indispensable el trabajo urgente que deba efectuarse en las máquinas o en la dotación de la empresa, sin permiso del ministerio de Trabajo se puede exceder la jornada máxima legal; pero en todo caso el empleador debe pagar el trabajo suplementario con los respectivos recargos.

trabajo por turnos. Cuando la naturaleza de la labor no exija actividad continua la jornada diaria podrá aumentarse en más de ocho horas diarias o 48 horas semanales siempre que el promedio de las horas durante tres semanas no exceda de 48 horas semanales. En estos casos tampoco habrá lugar a recargos por trabajo suplementario.

Trabajo sin solución de continuidad: se autoriza que en aquellos trabajos que se deban realizar sin solución de continuidad, por turnos sucesivos de trabajadores sin que exceda de 56 horas semanales. Esta estipulación es contraria a los derechos de los trabajadores.

Horas Extras o Trabajo Suplementario

El trabajo suplementario o de horas extras no podrá exceder de 2 horas diarias ni 12 horas semanales; y se debe realizar previa autorización por escrito del empleador o sus representantes.

PAGOS LABORALES

De acuerdo con la ley, la doctrina y la jurisprudencia los distintos pagos y beneficios que el trabajador recibe del empleador, se clasifican en los siguientes conceptos: salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones, descansos y pagos no salariales.

EL SALARIO

El salario es uno de los tres elementos esenciales para la existencia del contrato de trabajo.

El salario es la remuneración económica más inmediata o directa que debe pagar el empleador directamente al trabajador o a la persona que él autorice por escrito, como retribución por la prestación subordinada de servicios personales al empleador.

El salario está integrado, por todo lo que el trabajador recibe en dinero o en especie de modo permanente o habitual que, directa o indirectamente, implique remuneración de sus servicios.

La denominación que las partes den al salario es un aspecto formal, por lo tanto el salario no pierde su naturaleza por la denominación que le den las partes en razón a que es la ley la que lo define y caracteriza. Aunque la ley faculta a los sujetos de la relación laboral para manifestar que determinados pagos no constituyen salario ello significa que dicha autorización se haga contraviniendo la misma ley.

Clasificación de los salarios:

Según la forma de pago el salario puede ser en dinero o en especie:

Salario en Dinero: es el pago recibido por el trabajador en moneda legal o extranjera, en caso de que el pago sea por esta última puede pedir que se le pague el equivalente en moneda legal a la tasa de cambio vigente al momento en que se deba realizar el pago.

Salario en Especie: Es el pago que recibe el trabajador como contraprestación a sus servicios, representado en bienes y servicios.

El salario en especie no puede ser superior al 30% cuando el trabajador devengue hasta un salario mínimo; y puede ser hasta el 70% cuando el trabajador devengue más de un salario mínimo legal mensual vigente.

Cuando el trabajador devengue como salario una suma superior al salario mínimo legal mensual vigente se le puede pagar hasta el 50% del salario en especie siempre y cuando el 50% pagado en dinero no sea inferior al equivalente del 70% del salario mínimo legal mensual vigente.

Salario Fijo: Consiste en la remuneración por unidad de tiempo, que retribuye la duración del trabajo, sin tener en cuenta la cantidad o calidad de trabajo realizado.

Salario variable: es aquella forma de salario por obra o destajo, por comisión o por participación en las utilidades que remunera el trabajo efectuado.

Otras formas de salario.

- b) **Salario por unidad de tiempo:** la unidad de tiempo es el factor que se utiliza con mayor frecuencia para determinar el valor del salario en los contratos de trabajo. en este caso el salario se pacta teniendo en cuenta sólo el tiempo. Por ejemplo: \$2.000 por hora, \$12.000 diarios, \$84.000 semanales, \$180.000 quincenales, \$360.000 mensuales; es decir lo que identifica la unidad de tiempo es la hora, el día, la semana, la quincena o el mes.

El salario toma denominaciones particulares según se pacte por días o por períodos mayores: se denomina entonces:

- **Jornal:** Se denomina jornal el salario estipulado por días.
- **Sueldo:** Se denomina sueldo el salario estipulado por períodos mayores.

Por lo tanto la expresión salario es genérica y las voces jornal y sueldo son específicas.

- c) **Salario por unidad de obra o destajo:** Consiste en pagar cierta cantidad por cada pieza o unidad que fabrique el trabajador.

Esta forma de estipulación no es siempre posible y depende de la índole de la labor; una secretaria recepcionista, por ejemplo, no podría pactar así su salario.

En tratándose del salario a destajo no son aplicables las normas sobre salario mínimo legal si el trabajador no está obligado a cumplir la jornada ordinaria; pero si lo está debe recibir dicho salario mínimo legal aunque el valor de las unidades producidas o procesadas no alcance a dicho límite.

- d) **Salario por tarea:** según esta modalidad, el trabajador se compromete a realizar una determinada cantidad de obra o trabajo en la jornada o período de tiempo establecido, por ejemplo, 5 vestidos diarios, y el empleador se obliga a pagar una suma de dinero determinada, por ejemplo \$8.000 el día, entendiéndose que el trabajador cumple con su jornada cuando termina la tarea.
- e) **Salario mixto por tarea:** Es la combinación de los dos últimos sistemas y consiste generalmente en que, a partir del cumplimiento de la tarea, el trabajador empleado gana por unidad de obra adicional, una proporción mucho mayor que por la unidad de obra dentro de la tarea.

- f) **Otras formas mixtas de remuneración**, muy usadas en los últimos tiempos, consiste en un salario básico por unidad de tiempo y porcentajes, o sobrerremuneraciones por unidad de obra, o bonificaciones porcentuales o progresivas de acuerdo con los planes fijados para periodos anuales o semestrales de acuerdo con la producción o las ventas.
- g) **Salario integral: Artículo 132-2 del CST**: cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.

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

Criterios que permiten establecer si los pagos recibidos por el trabajador son o no salarios

De acuerdo con los artículos 127 y 128 del C. S. T., los criterios que permiten establecer si las sumas o especies dadas por el empleador al trabajador constituyen salarios son los siguientes:

- **El Carácter Retributivo u Oneroso**: el pago debe corresponder en forma directa a la prestación de un servicio, cualquiera que fuere la forma o denominación que se adopte, como horas extras, bonificación habitual, comisiones, sobresueldos pagados por fuera de nómina, etc.
- **El Carácter de no Gratuidad o Liberalidad**: este principio guarda correlación con el anterior. En consecuencia, no constituyen salario los pagos que ocasionalmente o por mera liberalidad recibe el trabajador, como primas y bonificaciones ocasionales.
- **El Carácter de Ingreso Personal**: Los pagos deben ingresar realmente al patrimonio del trabajador, enriqueciéndolo como dice la ley, de tal manera que con ese ingreso pueda subvenir a sus necesidades. No son salarios de acuerdo

con este principio, los medios de transporte y los elementos de trabajo, gastos de representación, es decir aquello que recibe el trabajador para desempeñar a cabalidad con sus labores.

PERIODOS DE PAGO (Artículo 134 del CST)

1. El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal. El período de pago para los jornales no puede ser mayor de una semana, y para sueldos no mayor de un mes.
2. El pago del trabajo suplementario o de horas extras y el del recargo por trabajo nocturno debe efectuarse junto con el salario ordinario del período en que se han causado, o a más tardar con el salario del período siguiente.

ESTIPULACION EN MONEDA EXTRANJERA (Artículo 135 del CST).

Cuando el salario se estipula en moneda o divisas extranjeras, el trabajador puede exigir el pago en su equivalente en moneda nacional colombiana, al tipo de cambio oficial del día en que debe efectuarse el pago.

PROHIBICION DE TRUEQUE (Artículo 136 del CST).

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

VENTA DE MERCANCIAS Y VIVERES POR PARTE DEL EMPLEADOR (Artículo 137 del CST).

Se prohíbe al empleador vender a sus trabajadores mercancías o víveres a menos que se cumpla con estas condiciones:

- a). Libertad absoluta del trabajador para hacer sus compras donde quiera, y
- b). Publicidad de las condiciones de venta.

LUGAR Y TIEMPO DE PAGO (Artículo 138 del CST).

1. Salvo convenio por escrito, el pago debe efectuarse en el lugar donde el trabajador presta sus servicios, durante el trabajo o inmediatamente después de que este cese.
2. Queda prohibido y se tiene por no hecho, el pago que se haga en centros de vicios o en lugares de recreo, en expendios de mercancías o de bebidas alcohólicas, a no ser que se trate de trabajadores del establecimiento donde se hace el pago.

SALARIO SIN PRESTACION DEL SERVICIO (Artículo 140 del CST).

Durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del empleador.

SALARIOS BASICOS PARA PRESTACIONES (Artículo 141 del CST).

Solamente en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales pueden estipularse salarios básicos fijos que sirvan para liquidar la remuneración correspondiente al descanso dominical, y las prestaciones proporcionales al salario, en los casos en que éste no sea fijo, como en el trabajo a destajo o por unidad de obra o por tarea.

IRRENUNCIABILIDAD Y PROHIBICION DE CEDERLO (Artículo 142 del CST).

El derecho al salario es irrenunciable y no se puede ceder en todo ni en parte, a título gratuito ni oneroso pero si puede servir de garantía hasta el límite y en los casos que determina la ley.

A TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL (Artículo 143 del CST).

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.
2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.

FALTA DE ESTIPULACION (Artículo 144 del CST).

Cuando no se haya pactado expresamente salario, se debe el que ordinariamente se paga por la misma labor, y a falta de éste, el que se fijare tomando en cuenta la

cantidad y calidad del trabajo, la aptitud del trabajador y las condiciones usuales de la región.

SALARIO MINIMO (Artículo 145 del CST)

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.

FACTORES PARA FIJARLO (Artículo 146 del CST).

1. 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.
2. 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.
3. 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.

PROCEDIMIENTO DE FIJACION (Artículo 138 del CST, modificado y subrogado por el artículo 19 de la ley 50 de 1990 y el artículo 8 de la ley 278 de 1996).

1. El salario mínimo puede fijarse en pacto o convención colectiva o en fallo arbitral.
2. Las decisiones de la Comisión serán adoptadas por consenso. El voto de cada sector representativo será el de la mayoría de sus miembros.
3. Para la fijación del salario mínimo, la Comisión deberá decidir a más tardar el quince (15) de diciembre. Si no es posible concertar, la parte o partes que no están de acuerdo deben, obligatoriamente, explicar por escrito las razones de la salvedad dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes. Las partes tienen la obligación de estudiar esas salvedades y fijar su posición frente a ellas en el término de las siguientes cuarenta y ocho (48) horas. De nuevo, la Comisión deberá reunirse para buscar el consenso según los elementos de juicio que se hubieren allegado antes del treinta (30) de diciembre.

4. Cuando definitivamente no se logre el consenso en la fijación del salario mínimo, para el año inmediatamente siguiente, a más tardar el treinta (30) de diciembre de cada año, el Gobierno lo determinará teniendo en cuenta como parámetros la meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República y la productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; además, la contribución de los salarios al ingreso nacional, el incremento del producto interno bruto (PIB) y el índice de precios al consumidor (IPC).

Remuneración del Trabajo Suplementario y del Trabajo Nocturno.

Trabajo suplementario o extra Diurno: Se remunera con un recargo del 25% sobre el valor del trabajo ordinario diurno.

$$\text{Formula: V/r Hora Extra Diurna} = \frac{\text{Jornal diario} \times 1.25}{8}$$

Trabajo Nocturno: El trabajo por el simple hecho de ser nocturno se remunera con un recargo del 35% sobre el valor del trabajo ordinario diurno.

$$\text{Formula: V/r Hora Nocturna} = \frac{\text{Jornal diario} \times 1.35}{8}$$

Trabajo Suplementario o extra Nocturno: El trabajo extra nocturno se remunera con un recargo del 75%

$$\text{Formula: V/r Hora Extra Nocturna} = \frac{\text{Jornal diario} \times 1.75}{8}$$

En ningún caso se entiende incorporado dentro del salario mínimo legal el valor del trabajo suplementario o horas extras y los recargos.

Si no existe ninguna actividad en la misma empresa que sea equiparable a la que se realiza de noche, las partes pueden pactar una suma promedio equivalente al recargo nocturno o tomar la referencia de otro establecimiento en el cual se realicen actividades similares.

PRESTACIONES SOCIALES

Definición: prestaciones sociales es lo que debe el empleador al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del empleador, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma.

Las prestaciones sociales se diferencian del salario en que no son retributivas de los servicios prestados.

Se diferencian de las indemnizaciones laborales en cuanto no reparan perjuicios causados al trabajador.

Igualmente se entiende como prestaciones sociales como el mecanismo de seguridad social ideado por el legislador nacional para cubrir los riesgos que afectan el desempleo, la salud y la vida del trabajador.

Las prestaciones sociales a cargo exclusivo del empleador son las siguientes:

1. Calzado y Vestido de Labor
2. Auxilio de Transporte.
3. Cesantías
4. Intereses a las Cesantías.
5. Prima de Servicios.
6. Subsidio Familiar.

Calzado y Vestido de Labor

Consiste en la obligación de todo empleador de suministrar a sus trabajadores una dotación consistente en calzado y vestido apropiados a la labor que desempeña el trabajador.

El calzado y vestido de labor o dotación debe ser suministrado a los trabajadores tres veces al año, en las siguientes fechas:

30 de abril
31 de agosto.
20 de diciembre.

Tienen derecho a esta prestación los trabajadores que a la fecha de la entrega hayan laborado por lo menos tres meses al servicio del empleador.

El trabajador está obligado a destinar a su uso en las labores contratadas el calzado y vestido que le suministre el patrono, y en el caso de que no lo haga queda eximido el empleador de realizarle la entrega en el periodo siguiente.

La dotación o vestido y calzado de labor se entrega a los trabajadores que devenguen hasta dos veces el salario mínimo, sin importar la actividad que realicen.

En el caso de los trabajadores que de acuerdo con las normas de seguridad industrial requieran ropa y elementos especiales de trabajo, el empleador estará obligado a suministrar dichos implementos de trabajo a todos los trabajadores que lo requieran y estos usarlos como mecanismos de protección contra los diversos riesgos a que están expuestos.

Los zapatos y vestidos de labor pasan a ser propiedad del trabajador desde el momento en que le son entregados, aun en el supuesto caso en que el trabajador sea despedido al día siguiente ñeque le fueron entregados y el patrono no puede exigirle su devolución

Durante al vigencia del contrato de trabajo la dotación de calzado y vestido de labor debe pagarse siempre en especie, es decir, que está prohibido para los patronos pagar en dinero la dotación, durante la vigencia del contrato de trabajo.

Si durante la vigencia del contrato de trabajo el empleador no suministró o incumplió el suministro de la dotación de calzado y vestido de labor al trabajador en los términos de ley, el trabajador puede pedir su pago equivalente en dinero a título de indemnización.

AUXILIO DE TRANSPORTE.

Es la suma de dinero fija que deben entregar todos los empleadores en forma directa y por mensualidades anticipada a sus trabajadores, en el cual se presume se encuentra incluido el costo de transporte público utilizado por el trabajador para desplazarse desde su residencia hasta el lugar de trabajo.

El auxilio de transporte es fijado por el gobierno nacional, pero igualmente puede ser fijado por la convención, el pacto colectivo, el reglamento interno, el contrato el laudo arbitral, caso en el cual se regirá por las disposiciones especiales en que se fijó.

Cuando el empleador preste el servicio de transporte a sus trabajadores directa y

gratuitamente, está exento del pago del auxilio de transporte.

Tienen derecho al auxilio de transporte todos los trabajadores dependientes que cuya remuneración mensual sea hasta dos veces el Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

Cuando el salario percibido por el trabajador es variable, se toma en cuenta el promedio de lo devengado en el mes inmediatamente anterior, o todo el tiempo anterior, si éste fuere menor de un mes, para los efectos de determinar si el trabajador devenga hasta dos veces el Salario Mínimo Legal Mensual Vigente o más.

No hay lugar al pago del auxilio de transporte en forma obligatoria para el empleador, si el trabajador no lo necesita realmente, como por ejemplo cuando reside en el mismo lugar de trabajo o cuando el traslado a este no le implica ningún costo ni mayor esfuerzo o cuando es de aquellos trabajadores que no están obligados a trasladarse a una determinada sede del empleador para cumplir con sus funciones.

El auxilio de transporte se tiene como base en conjunto con el salario para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales, pero no para la liquidación de los aportes a la seguridad social ni para los aportes parafiscales..

3. PRIMA ANUAL DE SERVICIOS

Es la prestación social que deben pagar los empleadores con carácter de empresa permanente, a cada uno de sus trabajadores dependientes cualquiera sea el monto del salario que perciban.

Se entiende que una empresa tienen carácter permanente cuando su finalidad es la de desarrollar actividades estables o de larga duración, cuando menos por un tiempo no inferior a un (1) año. (Art. 291 C.S.T.).

El pago a que tienen derecho los trabajadores por concepto de prima de servicios consiste en un mes de salario por cada año de servicios, pagaderos por semestre calendario pagaderos en la siguiente forma: una quincena el último día de junio y otra quincena en los primeros 20 días del mes de diciembre (prima de navidad), a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado. (Art. 306 C.S.T.)

La prima de servicios no es salario, no se computará como factor del salario en

ningún caso (Art. 307 C.S.T.).

La prima de servicios sustituyó la participación de utilidades y la prima de beneficios que establecía en la legislación anterior.

Inicialmente el C.S.T. establecía que debía laborar el trabajador como mínimo tres meses dentro del semestre respectivo para tener derecho al pago proporcional de la prima de servicio; además la posibilidad de pérdida de derecho cuando el trabajador fuere despedido con justa causa por parte del empleador, lo anterior fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-042 del 28 de enero de 2003.

Así mismo el C.S.T. en la consagración de la prima de servicios, establece un valor de capital de las empresas obligadas al pago de la prima de servicios así: las que tienen un capital mayor a \$200.000 pagaran un mes de salario y las que tienen un capital menor sólo pagaran quince días como prima de servicios, esta discriminación en la actualidad no tiene importancia, toda vez, que de seguro todas las empresas tienen un capital mayor a la cifra indicada por lo tanto se ratifica que el valor de la prima de servicios equivale un mes de salario.

La prima de servicios es uno de los factores prestacionales que podrá ser incluido en el salario integral.

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

4. AUXILIO DE CENSANTIA.

El auxilio de cesantía consiste en que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, como auxilio de cesantía un mes de salario por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracción de año.

Antecedentes:

La Ley 10 de 1934, artículo 14, literal c), establecía: “En caso de despido que no sea originado por la mala conducta o por incumplimiento del contrato comprobado el trabajador tendrá derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicios”.

La Ley 6ª de 1945 extiende el auxilio de cesantía a los empleados pertenecientes al sector privado y a todos los trabajadores oficiales de carácter permanente.

La Ley 65 de 1946 acaba con el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que ésta se debe pagar se cual fuere el motivo de retiro del trabajador. De esta forma deja de ser sanción para el empleador y se convierte en una prestación social.

Sistemas de Auxilio de Cesantía

Con la expedición de la Ley 50 de 1990, quedan establecidos en la legislación laboral colombiana tres sistemas de cesantía así:

El Régimen Tradicional del Código Sustantivo del Trabajo, consagrado en el Art. 249 y siguientes:

Este sistema es el denominado régimen retroactivo de cesantía, y que consistía en la obligación de todo empleador de pagar a sus trabajadores al término del contrato de trabajo un mes de salario por cada año de servicio, y proporcionalmente por fracción de año.

Tienen derecho a la retroactividad de la cesantía los trabajadores vinculados con anterioridad al 01 de enero de 1991 y que no se hayan acogido al nuevo sistema creado mediante la Ley 50 de 1990.

En este sistema las cesantías deben liquidarse:

- a. Con carácter definitivo, a la terminación del contrato de trabajo;
- b. Con carácter definitivo cuando el trabajador y el empleador pactan salario integral, hay liquidación de las cesantías causadas hasta la fecha en que se pacta el salario integral.
- c. Con carácter parcial, pero definitivo, por prestación del servicio militar por parte del trabajador y en caso de sustitución patronal;
- d. Con carácter parcial pero como simple anticipo, para adquirir, construir, mejorar o liberar bienes raíces destinados a vivienda del trabajador.

El Sistema de Salario Integral:

Se aplica a todos aquellos trabajadores antiguos y nuevos que devenguen mas de 10 salarios mínimos mensuales, y pacten con su empleador el pago de un salario integral que comprenda además de la retribución ordinaria de servicios, el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales incluida la cesantía, a que tenga derecho el trabajador.

En este sistema la liquidación y pago de las cesantías es concomitante al pago del salario.

El Sistema de Liquidación Definitiva Anual de Cesantía:

Este sistema consiste en la obligación de los empleadores de pagar a sus trabajadores un mes de salario por cada año de servicio y que deberá ser liquidada a 31 de diciembre del respectivo año o en la fecha de terminación del contrato de trabajo si ello se produce antes del 31 de diciembre.

Liquidado el auxilio de cesantía a 31 de diciembre, existe la obligación legal al empleador de consignar el valor resultante a uno de los Fondos de Cesantías cuya existencia se fue creada por la Ley 50 de 1991, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente al periodo liquidado.

Este sistema de cesantía se aplica a todos los trabajadores vinculados a partir del 01 de enero de 1991 y a quienes habiéndose vinculado con anterioridad manifiesten por escrito al empleador su interés de trasladarse a este sistema.

En este sistema el dinero correspondiente al auxilio de cesantía es manejado por el Fondo de Cesantía al cual se encuentre afiliado el trabajador a diferencia del sistema tradicional donde las cesantías son manejadas por el empleador hasta que se producen los supuestos mediante el cual deben ser pagadas al trabajador.

En este sistema el trabajador puede retirar las sumas abonadas en su cuenta personal del fondo en los siguientes eventos:

Por las mismas razones y circunstancias establecidas para el sistema tradicional

Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En este evento los fondos giran directamente a la entidad educativa el valor de la respectiva matrícula y descontará del saldo del trabajador el anticipo desde la fecha efectiva de la entrega.

Cuando termine el contrato de trabajo, para lo cual bastará la solicitud del trabajador con prueba sumaria de la terminación de la relación laboral, y la Administradora de la Cesantía deberá proceder al pago en los cinco días siguientes a la presentación de la solicitud.

Salario Base Para la Liquidación de la Cesantía

Para liquidar el auxilio de cesantía se toma como base el último salario devengado por el trabajador (incluido el auxilio de transporte si tiene derecho), siempre que no haya tenido variación en los tres últimos meses. En el caso contrario y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año.

Ejemplo:

Pedro, entro a trabajar el 01 de octubre de 1990 en la compañía los dulces de Doña Tina, contrato de trabajo terminó el día 29 de septiembre de 2003, el último salario devengado fue la suma de \$400.000, incluido el auxilio de transporte; a cuanto equivale el auxilio de cesantía que se debe pagar al trabajador a la fecha de terminación de la relación laboral:

Salario mensual base X numero de días trabajados
Cesantía Definitiva: -----
360 (365)

Fecha de Ingreso: 01 de octubre de 1990
Fecha de Retiro : 29 de septiembre de 2003
Salario Base L : \$400.000.

Juan Antonio, entro a laborar en la empresa los vestidos del festival el día 01 de febrero de 2003, y fue el salario hasta el 31 de diciembre fue variable así: febrero a junio \$450.000 incluido el auxilio de transporte, julio \$600.000, agosto \$390.000, septiembre \$700.000, octubre \$400.000, noviembre \$650.000 y diciembre \$1'000.000, a cuanto asciende las cesantías del año 2003.

Fecha de Ingreso: 01 de febrero de 2003
Fecha de Retiro : 31 de diciembre de 2003
Salario Base L : \$544.446

Prohibición de pagos parciales de la cesantía (Art. 253 C. S. T.)

Es prohibido a los empleadores realizar pagos parciales de cesantía a los trabajadores en vigencia del contrato de trabajo, salvo los casos expresamente autorizados por la ley y con el lleno de los requisitos en ella establecidos.

Lo anterior tiene mayor preponderancia en tratándose del sistema tradicional de cesantía pero aun tiene plena vigencia en el sistema de liquidación anual de

cesantías, pues a pesar de que ellas se encuentran en la cuenta personal del trabajador en el Fondo Administrador de Cesantía, para poder realizar retiros parciales el trabajador debe mediar visto bueno del empleador dirigido al Fondo previa solicitud del trabajador.

De acuerdo con la ley el pago parcial o anticipos de cesantías solo procede para vivienda o educación superior así:

Vivienda

- Adquisición de vivienda con su terreno o lote
- Adquisición de terreno o lote solamente
- Construcción de vivienda cuando se haga sobre lote de terreno de propiedad del trabajador o de su cónyuge.
- Liberación de gravámenes hipotecarios o pago de impuestos que afecten la casa o terreno edificable del trabajador o su cónyuge.
- Adquisición de títulos de vivienda sobre planos de los empleadores o de los trabajadores para construcción de las mismas, contratadas con entidades oficiales o privadas.
- Ampliación, remodelación o mejora de la vivienda de propiedad del trabajador o de su cónyuge.
- Pagos de impuesto predial y valorización.

El trámite de la liquidación parcial de la cesantía del trabajador, para vivienda, debe cumplir con el siguiente procedimiento para que el pago sea válido:

Solicitud del trabajador al empleador, acompañada de prueba sumaria de que la cesantía se invertirá en los asuntos autorizados por la ley.

Carta solicitud del empleador pidiendo autorización al Ministerio de Trabajo para hacer la liquidación parcial o préstamo (el empleador puede realizar préstamos al trabajador con cargo a la cesantía, para los casos autorizados por la ley); en ella debe constar: el nombre del trabajador, el valor del anticipo de cesantía o del préstamo sobre esta y la personal afirmación del empleador de haber verificado y estar dispuesto a vigilar que el trabajador va a utilizar su cesantía, o el préstamo, en las inversiones permitidas por la ley.

La aprobación previa del Ministerio para hacer o autorizar el pago, cuando el trabajador labora en una entidad pública no necesita la autorización del Ministerio de la Protección Social, basta la autorización del jefe de la entidad o su delegado para tales efectos.

Educación

Opera para financiar estudios de educación superior en entidades reconocidas y aprobadas por el ICFES, para el trabajador, su cónyuge, compañero o compañera permanente y sus hijos.

El trámite de la liquidación parcial de la cesantía del trabajador, para educación, debe cumplir con el siguiente procedimiento para que el pago sea válido:

Comprobante de pago de la matrícula sin cancelar, donde se informe como mínimo: el nombre de quien se matricula (afiliado o beneficiario), valor de la matrícula y forma de pago, nombre y NIT de la entidad de educación superior. En caso de no estar preimpreso el nombre y NIT de la institución, se solicita una carta o certificado anexo que acredite esta información, expedido por la respectiva institución.

Demostrar la calidad de beneficiario con el respectivo registro civil, partidas eclesiásticas o declaraciones extrajuicio.

Documento de identidad del afiliado y otro que acredite la veracidad del afiliado.

Todos los retiros de cesantías para pago de educación superior deben ser girados a nombre de la entidad de educación superior.

Si en los trámites para la liquidación parcial de la cesantía se ha incurrido en irregularidades violatorias de las normas que regulan el anticipo de cesantía imputable al empleador, puede originarse la grave sanción para él de la pérdida de lo pagado o prestado.

Afiliación a los fondos de cesantía

Deben afiliarse a un fondo de cesantía, administrado por una sociedad debidamente autorizada por la Superintendencia Bancaria.

Todo trabajador particular vinculado mediante contrato de trabajo celebrado a partir del 01 de enero de 1991.

Las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado a partir del 27 de diciembre de 1996. (Ley 344 de 1996 art. 13 y 14).

Los trabajadores particulares vinculados mediante contrato de trabajo que hayan manifestado en forma expresa y por escrita su decisión de acogerse al sistema de liquidación definitiva anual de cesantía.

Pérdida del derecho a las cesantías

El trabajador perderá el derecho al auxilio de cesantía cuando el contrato de trabajo termina por alguna de las siguientes causas:

Todo acto delictuoso cometido contra el empleador o sus parientes dentro del segundo grado de consaguinidad y primero de afinidad, o el personal directivo de la empresa.

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

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

En los anteriores eventos se presentan dos situaciones:

En un primer momento se produce la retención de las cesantías por parte del empleador, para lo cual no se necesita autorización especial, basta la formulación de la denuncia y la iniciación de la respectiva investigación penal.

En el segundo momento se produce la pérdida efectiva de la cesantía, para lo cual se requiere la existencia del fallo judicial ejecutoriado, mediante el cual se declare responsable al trabajador del hecho ilícito que se le imputa.

Trabajadores que no tienen derecho al auxilio de cesantía:

A los trabajadores de la industria puramente familiar; entendida como tal a aquella en la que sólo trabajan el jefe de familia, su cónyuge y sus descendientes.

A los trabajadores accidentales o transitorios; hay que tener especial cuidado toda vez que a los trabajadores en misión se le debe reconocer proporcionalmente al tiempo laborado sus prestaciones sociales sea cual fuere el tiempo laborado.

A los artesanos que trabajan personalmente en su establecimiento, y no ocupen más de cinco trabajadores permanentes extraños a su familia.

5. INTERESES A LA CESANTIA. (Ley 52 de 1975)

Consiste en la obligación para todos los empleadores de pagar a sus trabajadores, independientemente de que esté o no afiliados a un Fondo de Cesantías, intereses legales del 12% anual sobre el valor que cada trabajador tenga acumulado a 31 de diciembre de cada año.

Estos intereses son de carácter legal, y son distintos de los intereses o rendimientos financieros que los fondos de cesantías deben reconocer a sus afiliados sobre el monto de sus ahorros por concepto de cesantías.

Cuando se paga el los intereses a las cesantías:

Los empleadores obligados deberán reconocer y pagar intereses del 12% anual en los siguientes casos:

Durante la vigencia del contrato de trabajo, evento en el cual la liquidación deberá hacerse sobre el monto de cesantía que tenga cada trabajador el 31 de diciembre de cada año y el pago a más tardar el 31 de enero del año siguiente, tanto en el sistema tradicional como en el nuevo.

En la fecha de terminación del contrato, sobre los saldos de cesantía que el trabajador tenga a su favor.

Con el pago parcial de cesantía.

Como se liquida los intereses a las cesantías:

El valor de los intereses a las cesantías será el resultado de multiplicar el saldo de las cesantías por la tasa de interés del 12% anual.

Si el trabajador no ha laborado el año completo, el saldo de las cesantías se multiplica por el tiempo transcurrido en el respectivo año hasta el 31 de diciembre y este factor a su vez se multiplica por la tasa del 12% anual y se divide por 360 días.

$$\text{Intereses a las Cesantías} = \frac{\text{V. C.} \times \text{D. L.} \times 0.12 (12\%)}{360}$$

SUBSIDIO FAMILIAR (Ley 21 de 1982 y Ley 789 de 2002)

Es una prestación social que se paga en dinero, especie y servicio a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

El subsidio familiar no es salario, ni se tienen como factor salarial para ningún efecto.

El subsidio familiar es pagado por las Cajas de Compensación Familiar; que son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, que cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la Ley.

Tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable no sobre pase los cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre y cuando labore al menos 96 horas mensuales; y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a) permanente, no sobre pase seis salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando el trabajador preste sus servicios a más de un empleador, se tendrá en cuenta para efectos del cómputo de las horas mensuales laboradas, la suma del tiempo laborado para todos los empleadores y lo pagará la Caja de Compensación Familiar a la que está afiliado el empleador de quien el trabajador reciba mayor remuneración mensual. Si las remuneraciones son iguales, el trabajador debe escoger la Caja de Compensación. En todo caso el trabajador no puede recibir doble subsidio.

El trabajador beneficiario tendrá derecho a recibir el subsidio familiar en dinero (cuota monetaria) durante el periodo de vacaciones anuales y en los días de descanso o permiso remunerado de ley, convencionales o contractuales; periodos de incapacidad por motivo de enfermedad no profesional, accidente de trabajo, maternidad y enfermedad profesional.

Son beneficiarios del subsidio familiar en dinero las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios enumerados a continuación:

Los hijos e hijastros que no sobrepasen la edad de 18 años. Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad del beneficiario.

Los hermanos huérfanos de padres que no sobrepasen los 18 años y convivan y dependan económicamente del trabajador y que se encuentre estudiando.

Los padres del trabajador beneficiario mayores de 60 años, siempre y cuando ninguno de los dos reciba salario, renta o pensión alguna y dependan económicamente del trabajador. Solo podrá recibir el subsidio un hijo trabajador por sus padres.

Los padres, los hermanos huérfanos de padres y los hijos, que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar y que convivan y dependan económicamente del trabajador, causarán el doble del subsidio familiar, sin limitación de su edad.

En caso de muerte de una persona a cargo por la cual el trabajador estuviere recibiendo subsidio familiar, se paga un subsidio extraordinario en el mes que ello ocurra, equivalente a 12 mensualidades del subsidio en dinero que se estuviere recibiendo por el fallecido.

En caso de muerte del trabajador beneficiario la Caja de Compensación Familiar, continuará pagando durante 12 meses el monto de subsidio por persona a cargo, a la persona que acredite haber asumido la responsabilidad de la guarda, sostenimiento o cuidado de ellos. El empleador debe dar aviso inmediato a la Caja de la muerte del trabajador afiliado.

Podrán cobrar simultáneamente el subsidio familiar por los mismos hijos el padre y la madre cuyos ingresos mensuales sumados no excedan de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Tienen derecho a subsidio familiar en especie y servicios para todos los demás servicios sociales los trabajadores cuya remuneración mensual fija o variable, no sobrepase los cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DESCANSOS OBLIGATORIOS

Comprenden el descanso diario, el descanso dominical remunerado, los descansos remunerados en otros días festivos y las vacaciones anuales remuneradas.

Descanso Diario.

Según el artículo 167 del C.S.T., las horas de trabajo de la jornada deben distribuirse al menos en dos secciones, de modo que entre ellas quede al trabajador un periodo

corto de descanso, que se adapte racionalmente a la naturaleza del trabajo y a las necesidades de los trabajadores.

Quiere la anterior norma impedir la fatiga del organismo humano, que se produciría al someterlo sin solución de continuidad a un régimen de trabajo constante de 8, 9, o 12 horas según el caso, y proporcionarle a cambio la oportunidad para tomar sus alimentos y un reposo adecuado a la naturaleza del oficio, que lo haga apto para continuar la jornada productivamente.

El tiempo de este descanso, no se computa dentro de la jornada para los efectos del salario. Por ello el trabajador debe al regresar a su labor completar el tiempo necesario para cumplir con la jornada laboral diaria. Lo anterior significa que el tiempo de este descanso no es remunerado, pues al trabajador se le paga de acuerdo a la jornada de trabajo a que está obligado a laboral.

Descanso Dominical.

Por regla general, los empleadores están obligados a dar descanso dominical remunerado a sus trabajadores, cuya duración será de 24 horas, según la Ley 789 de 2003, el empleador y el trabajador pueden convenir que el día de descanso obligatorio sea un sábado o un domingo; se utiliza la expresión dominical para denotar el día de descanso obligatorio en razón a la semana de trabajo.

Así entonces son días laborables por regla general de lunes a sábado, pero en nuestro país existe la costumbre de laborar de lunes a viernes, lo no laborable del día sábado se debe entender como prestación extra legal por parte de los empleadores.

El fundamento del descanso dominical es triple:

Fundamento de Carácter Fisiológico: Es la necesidad de procurar al organismo del trabajador una recuperación conveniente después de un número de jornadas continuas de trabajo.

Fundamento de Carácter Cultural: Se apoya en la aspiración de proporcionar a los asalariados una oportunidad en la semana para dedicarse a labores instructivas, artísticas, de recreación, etc., que mental y espiritualmente son indispensables al ser humano.

Fundamento de Carácter Familiar: Encuentra su justificación en la necesidad de que el trabajador –hombre o mujer- pueda disponer de un día completo, para realizar actividades propias a la atención, cuidado y compañía de su familia.

Para que el dominical sea remunerado se condiciona a dos hechos:

Que el trabajador se haya obligado a laborar todos los días de la semana.

Que los haya trabajado, a menos que no hubiere podido hacerlo por justa causa o por culpa o disposición del empleador.

Son justas causas el accidente, la enfermedad, la calamidad doméstica, la fuerza mayor, el caso fortuito.

No tienen derecho al descanso dominical remunerado, los trabajadores que deban recibir por ese mismo día un auxilio o indemnización en dinero por enfermedad o accidente de trabajo.

Los días de fiestas no laborables no interrumpen la continuidad y se computan como si en ellos se hubiera prestado el servicio por el trabajador.

Cuando la jornada de trabajo convenida por las partes, en días u horas, no implique la prestación del servicio en todos los días laborables de la semana, el trabajador tiene derecho a la remuneración del descanso dominical en proporción al tiempo laborado.

Excepciones al descanso dominical: Se permite la retribución o descansos compensatorios remunerados, por los días de descanso obligatorio en los siguientes eventos:

En aquellas labores que no sean susceptibles de interrupción por su naturaleza o por motivos de carácter técnico; lo anterior para evitar graves perjuicios a la empresa y la producción industrial.

En las labores destinadas a satisfacer necesidades inaplazables, como los servicios públicos, el expendio y la preparación de medicamentos y alimentos.

En las labores del servicio doméstico y los chóferes particulares.

En el caso de las jornadas de 36 horas semanales en las cuales el trabajador sólo tiene derecho a un descanso compensatorio.

Remuneración del descanso dominical:

El salario que se toma para remunerar el descanso dominical, es el ordinario de un día de trabajo.

Para los salarios fijos, sean sueldos o jornales, el día de descanso remunerado equivale al jornal ordinario de un día de trabajo.

Cuando se trata de salarios variables, es preciso tomar el promedio del valor pagado en un día. A lo anterior se llega al tomar lo pagado en la semana inmediatamente anterior, (que es la que culmina con el dominical que se va a remunerar), sumado todo lo percibido por el trabajador y dividiéndolo por seis, si ha trabajado todos los días de ella, o por la cifra inferior si el no trabajo se debe a culpa o disposición del empleador o a justa causa.

En los sueldos mensuales se entiende incorporado en ellos los valores correspondientes a los descansos dominicales.

El derecho al descanso remunerado no se pierde por el hecho en que en el curso de la semana, se interponen uno o varios días de descanso obligatorio en razón a fiestas civiles o religiosas señaladas en la ley, pues ello se debe por disposición de autoridad competente, ajena al trabajador.

Remuneración del Trabajo Dominical.

El trabajo en dominicales y festivos se remunera con un recargo del 75% sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas; es decir equivale al 1.75% del salario ordinario.

Para los casos en que el trabajo dominical sea excepcional, se aplica una de dos reglas:

O se da un descanso posterior remunerado ordinariamente

O se paga el salario equivalente a 2.75% del salario ordinario en proporción a las horas laboradas.

Cuando se trate de los turnos de 36 horas semanales o el trabajo en domingos sea habitual y de carácter permanente, los trabajadores sólo tendrán derecho a un descanso compensatorio cuando laboren en día domingo.

Cuando el trabajo en dominicales es habitual en razón a que los trabajos son habituales de carácter permanente, para evitar el riesgo de paralización de la unidad productiva o causar daños a las maquinarias, necesariamente debe haber un descanso compensatorio remunerado. Las razones para la habitualidad del trabajo en dominical deben ser calificadas por el Ministerio de la Protección Social.

Cuando se trate de trabajo especial, como el relacionado con los viajes fluviales o marítimos, en los cuales el personal de la nave no puede descansar el dominical en los términos de ley; los trabajadores tienen derecho, a su elección, descansar el mismo número de días remunerados, o exigir la remuneración del dominical laborado, en los términos ya vistos.

Descanso y Remuneración en Otros Días Festivos. (art. 177, 178 C. S. T.)

Todos los trabajadores, tiene derecho al descanso obligatoria remunerado en los siguientes días de fiestas civil o religiosa: 01 de enero, 06 de enero, 19 de marzo, 01 de mayo, 29 de junio, 20 de julio, 07 de agosto, 15 de agosto, 12 de octubre, 01 de noviembre, 11 de noviembre, 08 de diciembre y 24 de diciembre, además los días jueves y viernes santos, Ascensión del Señor, Corpus Christi y Sagrado Corazón de Jesús.

Cuando las siguientes fiestas no caigan día lunes o caigan en domingo el descanso remunerado se trasladará al lunes siguiente de dicho día: 06 de enero, 19 de marzo, 29 de junio, 15 de agosto, 12 de octubre, 01 de noviembre, 11 de noviembre, Ascensión del Señor, Corpus Christi y Sagrado Corazón de Jesús.

Las prestaciones y derechos para el trabajador por laborar en los días festivos de descanso obligatorio serán en los mismo términos del dominical.

Cuando por voluntad exclusiva del empleador se declaren como festivos otros días diferentes a los ya señalados, está obligado a pagar el, salario de ese día como si se hubiera laborado. No está obligado a pagarlo cuando hubiere convenio entre las partes o su compensación en otro día o cuando la suspensión o compensación está prevista en el reglamento interno, la convención, pacto colectivo o fallo arbitral. El trabajo compensatorio se remunerará como trabajo ordinario sin que ello implique ser considerado como trabajo suplementario o de horas extras

Licencia de Maternidad. (art. 236 a 238 C. S. T.)

Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 12 semanas en la época del parto, remunerado con el salario que devengue al entrar a disfrutar el descanso. Igual derecho tiene la madre adoptante o el padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente, de niño menor de 7 años. Y en caso de partos prematuros viables.

Cuando se trate de salarios variable se toma el promedio del último año de servicio o todo el tiempo si fuere menor de un año.

La trabajadora o el trabajador deben indicar al empleador, el día desde el cual va a iniciar la licencia, teniendo en cuenta que lo puede hacer desde dos semanas antes del parto o de la fecha en que reciba el menor en adopción.

Igualmente la trabajadora que en el curso del embarazo sufra un aborto o un parto prematuro no viable tiene derecho a una licencia de dos a cuatro semanas, remuneradas con el salario que devengaba en el momento de iniciarse el descanso. Para disfrutar de esta licencia la trabajadora debe presentar al empleador certificación médica sobre lo siguiente:

La afirmación de que la trabajadora ha sufrido un aborto o un parto prematuro no viable, indicando el día en que haya tenido lugar.

La indicación del tiempo de reposo que necesita la trabajadora.

Al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la maternidad son asumidas por la EPS a la cual se encuentre afiliada la o el trabajador según el caso.

Descanso Remunerado Durante la Lactancia.

Consiste en el derecho que tienen las madres lactante a que se les otorgue durante la jornada de trabajo diaria, dos descansos remunerados de 30 minutos para amamantar a su hijo, durante los primeros 6 meses de edad.

En caso que por prescripción médica se necesite mas descansos el empleador debe concederlo.

Licencia de Paternidad.

Consiste en que cuando ocurra el parto de la esposa o compañera permanente de un trabajador, este tendrá derecho a una licencia remunerada de paternidad, presentando como prueba el registro civil de nacimiento del hijo a la EPS dentro de los 30 días siguientes a la fecha de nacimiento del menor así:

Cuatro (04) hábiles días en el caso que solamente el trabajador cotice al sistema de salud.

Ocho días (08) hábiles cuando tanto el trabajador como su cónyuge o compañera permanente coticen al sistema de salud.

La licencia de paternidad igualmente es a cargo de la EPS, siempre y cuando el padre haya cotizado durante las 100 semanas anteriores al reconocimiento de la licencia.

VACACIONES ANUALES REMUNERADAS.

Por regla general las vacaciones son un derecho al cual tienen derecho los trabajadores que presten en forma continua un año de servicio y consiste en un descanso de 15 días hábiles.

Excepcionalmente, en los siguientes casos pueden concedérsele vacaciones a los trabajadores por laborar un tiempo inferior a un año, estos casos son:

Los profesionales o ayudantes que trabajan en campañas antituberculosas.

Los mismos cuando se dedican a trabajo con rayos x.

Estos dos grupos de trabajadores tienen derecho a 15 días hábiles de vacaciones por cada seis meses continuos de servicios.

Los trabajadores de la construcción tienen derecho a 15 días hábiles de vacaciones por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones cuando hayan laborado por lo menos un mes para el mismo empleador.

Cuando en la empresa donde labora el trabajador el día sábado no es laborable no se tiene como día hábil para contar los quince días de vacaciones, pero si es laborable se tendrá en cuenta.

Por ser las vacaciones un descanso remunerado; no constituyen una prestación social, tampoco se pueden considerar como factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales.

Computo del Tiempo de Servicios.

Para el cómputo del año de servicios, pueden descontarse por disposición legal, los periodos de suspensión del contrato, tales como huelga, suspensión disciplinaria, fuerza mayor y las faltas injustificadas al trabajo por el trabajador.

Otorgamiento y prescripción.

El empleador tiene la facultad de otorgar las vacaciones al trabajador dentro del año siguiente en que se han causado, si pasado el año el empleador no ha otorgado las vacaciones al trabajador las cuales debe informarle con no menos de 15 días de anticipación el trabajador puede pedir las pasadas el año que tiene el empleador.

Así entonces el término de prescripción del derecho a las vacaciones es de cuatro años desde que se causa el derecho o de tres años contados al vencimiento del año que tiene el empleador para concederlas al trabajador.

Compensación en Dinero de las Vacaciones

Por regla general es prohibida la compensación en dinero de las vacaciones durante la relación laboral, pero excepcionalmente pueden compensarse en dinero hasta la mitad de su valor en los siguientes eventos:

Cuando pueda resultar un perjuicio para la economía nacional.

Cuando pueda causarse un perjuicio a la industria.

Así mismo se pueden compensar las vacaciones cuando termine el contrato de trabajo sin que el trabajador haya hecho uso del descanso que ellas comportan.

En todo caso el salario base para la compensación de las vacaciones es aquel que se encuentre devengando el trabajador al momento de la compensación..

La Acumulación de las Vacaciones:

Es el hecho en virtud del cual, y por razones de orden legal, las partes convienen en que el trabajador disfrute en un sola oportunidad de aquellos descansos anuales que por regla general le correspondían al término de cada año de servicios, o dentro del año siguiente si así lo dispone el empleador.

En todo caso, el trabajador debe gozar anualmente por lo menos de seis días hábiles de vacaciones por cada año de servicio pudiendo acumular el resto como se verá a continuación.

Los eventos en los cuales el artículo 190 del C. T. S., establece la posibilidad de la acumulación de las vacaciones son los siguientes:

Para los trabajadores ordinarios, se pueden acumular hasta dos periodos de vacaciones.

Para trabajadores técnicos, especializados, de confianza, de manejo, o extranjeros que presten sus servicios en lugares distintos a los de la residencia de su familia, se pueden acumular hasta cuatro periodos de vacaciones

Interrupción de las Vacaciones.

Si se presenta interrupción en las vacaciones por disposición del empleador el trabajador no pierde el derecho a disfrutar el tiempo que le faltare.

Si durante las vacaciones el trabajador se enfermase, las vacaciones se interrumpen por el tiempo en que dure su incapacidad y una vez este haya terminado continuará con el disfrute de sus vacaciones por el tiempo que le faltare.

Vacaciones colectivas.

Esta permitido al empleador otorgar vacaciones colectivas a sus trabajadores. Si se dan vacaciones colectivas antes de que el trabajador complete un año de servicios, es decir en forma anticipada, se debe tener en cuenta lo siguiente:

Que se deben remunerar con el salario que esté devengando el trabajador al entrar a disfrutarlas.

Que si el contrato de trabajo termina antes de que se complete el año de servicios no podrá exigírsele al trabajador que reintegre el valor recibido por las vacaciones que disfrutó en forma anticipada.

Que cuando el trabajador cumpla con el año de servicios no tendrá derecho a que se le otorgue un nuevo periodo de vacaciones; además en este caso el trabajador tampoco tendrá derecho a que se le reajuste con el último salario lo que ya recibió por vacaciones anticipadas.

Compensación proporcional de las vacaciones.

A la terminación del contrato de trabajo el trabajador tiene derecho a la compensación proporcional de las vacaciones cualquiera que fuere el tiempo laborado.

INDEMNIZACIONES EN MATERIA LABORAL

Indemnización por Despido Injusto o Despido Indirecto (Art. 64 del CST)

En caso de despido injusto o indirecto el empleador está obligado a pagar al trabajador la siguiente indemnización:

En los contratos a término fijo la indemnización equivale al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado en el contrato, o el lapso determinado por la duración de la obra o labor contratada, caso en el cual la indemnización no podrá ser inferior a 15 días de salario.

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

Para los trabajadores vinculados antes del 27 de diciembre de 1992, es decir los que a la entrada en vigencia de la Ley 789 del 27 de diciembre de 2002, llevaren diez o más años de servicio a un mismo empleador; se les aplica la siguiente tabla:

Cuarenta y cinco (45) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un año.

Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le debe pagar quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básico del literal a) , por cada uno de los años de servicio subsiguiente al primero, y proporcionalmente por fracción.

Si el trabajador tuviere más de cinco (5) años de servicio continuo y menos de diez (10), se le debe pagar veinte (20) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básico del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguiente al primero, y proporcionalmente por fracción.

Si el trabajador tuviere más de diez (10) años de servicio continuos, se le debe pagar cuarenta (40) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco (45) básico del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguiente al primero, y proporcionalmente por fracción.

Para los trabajadores vinculados después del 27 de diciembre de 1992 se les aplica la siguiente tabla:

Para los trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se les pagará una indemnización así:

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

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

Para los trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se les pagará una indemnización así:

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

Si el trabajador tiene más de un año de servicios, se le pagará quince (15) días adicionales sobre los veinte (20) del primer año, por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción de año.

Los trabajadores que a 01 de enero de 1991 llevaran laborando en forma continua para el mismo empleador diez o más años pueden optar o por la indemnización establecido para los vinculados antes del 27 de diciembre de 1992 o el reintegro a un cargo igual o superior al que ocupaban al momento de ser despedido; este es el llamado reintegro por antigüedad y pedido en la demanda queda a criterio del juez o conceder la indemnización o el reintegro.

Desaparece de la nueva norma la indemnización a favor del empleador establecida en el artículo 64, numeral 5° del C.S.T., subrogado por el artículo 6° de la Ley 50 de 1990, cuando es el trabajador quien da por terminada la relación de trabajo sin justa causa; por lo que si el empleador con la conducta del trabajador al terminar sin justa causa el contrato de trabajo sufre algún perjuicio deberá acudir a la justicia en su reclamo teniendo que demostrar el perjuicio y su monto; toda vez que desaparece ya la indemnización preestablecida en el Código en la norma que desaparece.

Hay quienes opinan que al desaparecer la norma comentada anteriormente el empleador no tiene ninguna acción en contra del trabajador que renuncie a su cargo en forma instantánea sin previo aviso.

Otros por el contrario afirman que en virtud del artículo 47 del C.S.T. subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965 artículo 5°, que no fue modificado por la Ley 789 de 2002 algunos opinan que puede el empleador reclamar los perjuicios que le causen el trabajador con su retiro sin preaviso

Indemnización por el no pago oportuno de los Intereses a las Cesantías.

Si llegado el 31 de enero del año siguiente o a la terminación de la relación laboral el empleador no paga los intereses a las cesantías a uno, varios o a sus trabajadores deberá pagar a título de sanción indemnizatoria una suma igual a la cual equivalía los intereses sobre las cesantías liquidadas a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior o a la terminación de la relación laboral.

Indemnización por el no pago oportuno de las Cesantías.

Si llegado el 14 de febrero el empleador no consigna las cesantías al fondo al cual se haya afiliado o escogido e indicado el trabajador, el empleador deberá pagar al trabajador a título de sanción una indemnización de un día de salario por cada día de retraso en que se demore en consignar las cesantías.

Esta indemnización se causa desde el día 15 de febrero del año siguiente a las cesantías liquidadas hasta el día en que el empleador cumpla con su obligación de consignar las cesantías o termine el contrato de trabajo.

El salario que se tiene en cuenta para efectos de esta indemnización es aquel que esté devengando el trabajador en cada año en que se demore la consignación.

Indemnización por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, excepto dotación, a la terminación de la relación laboral.

Si a la terminación de la relación laboral, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones sociales, excepto dotación, debidos, salvo los casos autorizados por la ley o convenido por las partes, deberá pagar una indemnización al trabajador así:

Debe pagar el empleador al trabajador una indemnización de un día de salario por cada día de retraso, en el pago de las acreencias laborales adeudadas, hasta el día en que se haga efectivo el pago total de lo adeudado en los siguientes eventos:

Cuando el trabajador devengue un salario inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

O cuando sea cual fuere el salario el trabajador presente la demanda reclamando sus acreencias laborales dentro de los veinticuatro (24) siguientes a la terminación de la relación laboral.

Debe pagar el empleador al trabajador una indemnización de un día de salario por cada día de retraso, en el pago de las acreencias laborales adeudadas, hasta el mes veinticuatro (24) cuando el trabajador no haya presentado la demanda dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación de la relación laboral. A partir del mes veinticinco (25) de la mora en el pago de los derechos laborales, el empleador deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria.

A partir del mes veinticinco (25) de la mora en el pago de los derechos laborales, los intereses moratorios, sustituyen la indemnización de un día de salario por cada día de retraso en el pago.

Se exonera el empleador de la sanción moratorio si ante la renuencia por parte del trabajador de recibir lo liquidado el empleador consigna a órdenes del juzgado lo que creé deber; siempre y cuando no se entienda como una burla a la norma consignando un asuma irrisoria frente a lo realmente adeudado.

Las modificaciones hechas sobre la indemnización por falta de pago que después de los 24 meses se deben pagar intereses hizo que dicha indemnización recobre el sentido de objetivo que le había quitado la Corte Suprema de Justicia, pues, por vía jurisprudencial a través del tiempo hizo prácticamente inocua la sanción establecida en el artículo 65 del C.S.T., ya que pasó de presumir la mala fe del empleador cuando a la terminación de la relación laboral no pagaba lo adeudado al trabajador a

presumir la buena fe con un elemento demasiado fácil en el sentido en que se corroboraba la buena fe cuando desde la contestación de la demanda el empleador negaba adeudar suma alguna al trabajador o simplemente presentaba una consignación con lo que supuestamente consideraba adeudar.

Se establece en el párrafo primero del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que para proceder a la terminación del contrato de trabajo, establecido en el artículo 64 del C. S. T., el empleador deberá informar por escrito al trabajador a la última dirección registrada, dentro de los 60 días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes que lo certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones dentro de los sesenta (60) días siguientes con los intereses de mora.

Lo anterior podría interpretarse una estipulación a favor del trabajador, pues de no cumplirse lo allí estipulado se produciría la ineficacia del despido; pero recordemos que la Ley 6° de 1945 establece una figura igual para el caso de que a los trabajadores oficiales a la terminación de la relación laboral se le adeuden salarios y prestaciones y la Corte Suprema de Justicia por vía de jurisprudencia no ha permitido que se produzcan los efectos de la ineficacia en tales eventos ójala que esta consagración conduzca a la Corte a la corrección de la jurisprudencia. Pero en el fondo lo que se pretende es garantizarse los recursos mas a las instituciones del sistema de seguridad social que beneficiar al trabajador, salvo el aspecto arriba mencionado, pues el pago de las cotizaciones es a la institución a la cual se encuentre afiliado el trabajador pues en estricto sentido tendría efecto favorable al trabajador después de su salida que se le consignen lo concerniente a las cotizaciones en pensiones ya que suma tiempo para su pensión, además, el tiempo para que el empleador pague es bastante generoso, por lo tanto los efectos de la ineficacia solo se podría pedir la aplicación después de los 60 días establecidos en la norma.

Otras Indemnizaciones

Si a la terminación de la relación laboral el empleador adeudare al trabajador dotaciones debe a título de indemnización pagarle al trabajador el equivalente en dinero de las dotaciones.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MORALES

La legislación laboral en forma expresa no establece la posibilidad de pedir la indemnización por perjuicios morales que con el despido o cualquier actuación en desarrollo de la relación laboral le cause el empleador al trabajador.

Pero en virtud de lo establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que a la letra dice establece: *“Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”*.

Y el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en relación con los perjuicios morales en materia laboral, expresó entre otras consideraciones lo siguiente: *“Si el derecho civil ha reconocido la posibilidad de que se lesione el patrimonio moral de las personas por razón de un incumplimiento contractual, no se ve entonces la razón para que el derecho laboral le niegue a quien vive de la transmisión de su fuerza de trabajo esta posibilidad. Cerrarle el paso a la posibilidad de que esta clase de daños ocurra y exonerar por consiguiente a quien los causa, constituiría una grave afrenta para el ser humano que trabaja, pues sería tanto como decir que el trabajador no tiene, por la sola circunstancia de serlo, un patrimonio moral, como si lo tendría, en cambio, en tanto en cuanto actúa en desarrollo de contratos civiles o mercantiles”*(CSJ, Cas. Laboral, Sent. Diciembre 12 de 1996, Rad. 8533. M.P. Rafael Méndez Arango).

Por lo tanto en virtud de la actividad integradora de las normas y la función que cumple la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico a partir de 1991, es viable la reclamación de indemnización de perjuicios morales por parte del trabajador en virtud del desarrollo mismo de la relación laboral.