

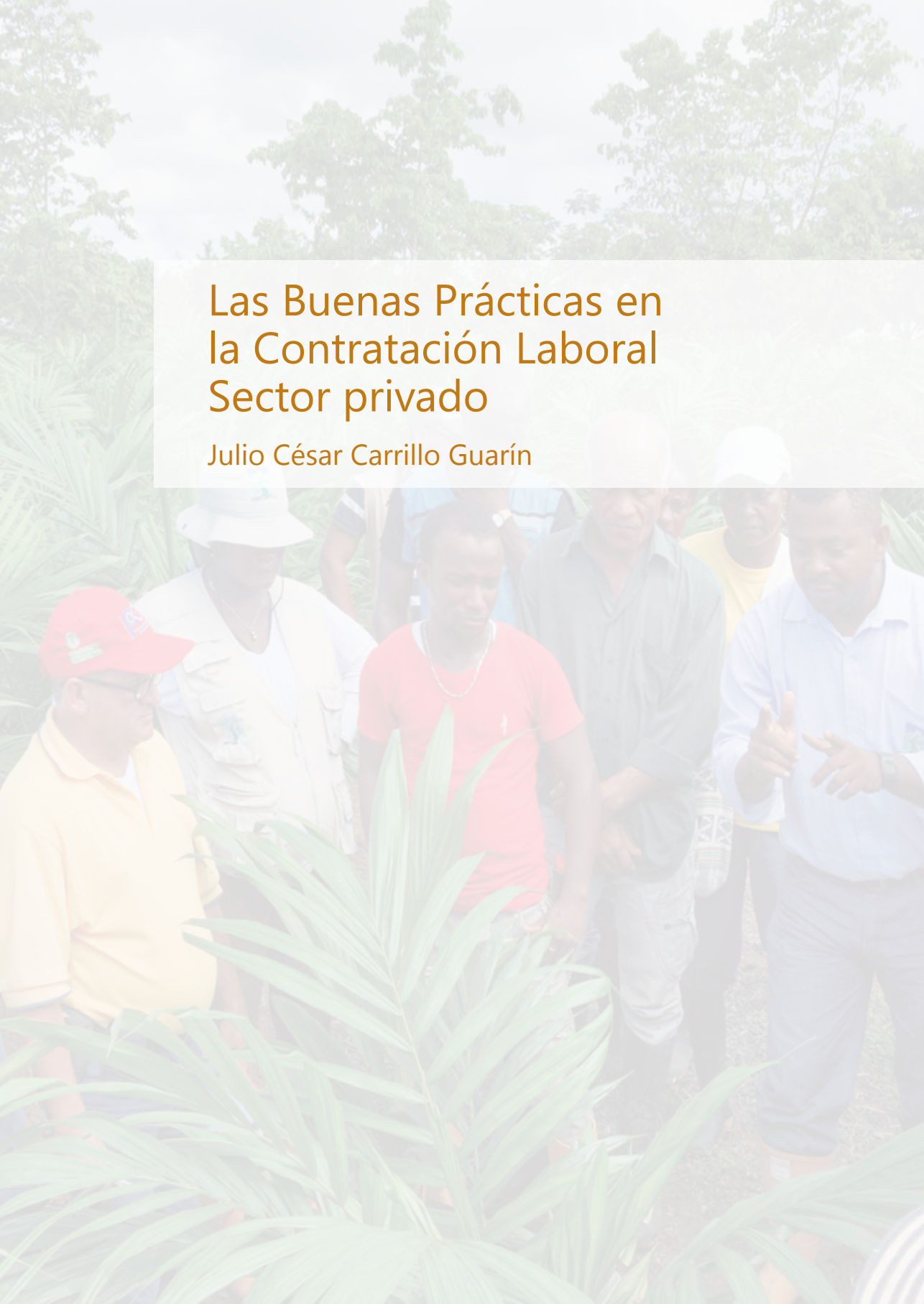
Las Buenas Prácticas en la Contratación Laboral Sector privado

Guía básica. Tomo I

Julio César Carrillo Guarín

Foto: Toro, F. (2014) Cordeagropaz.
Colección fotográfica Fedepalma





Las Buenas Prácticas en la Contratación Laboral Sector privado

Julio César Carrillo Guarín

Las Buenas Prácticas en la Contratación Laboral
Sector privado
Guía básica. Tomo I

Federación Nacional de Cultivadores
de Palma de Aceite, Fedepalma

Jens Mesa Dishington
Presidente Ejecutivo

Andrea Carolina González Cárdenas
Directora Unidad de Planeación Sectorial y
Desarrollo Sostenible

Myriam Carolina Martínez Cárdenas
Líder Social

Myriam Conto Posada
Secretaría Jurídica

Boris Hernández Salame
Secretario General

Autor
Julio César Carrillo Guarín

Edición de textos
Myriam Carolina Martínez Cárdenas

Bogotá, Colombia

Contenido

Introducción	8
Reflexión para iniciar el camino	10
Siglas	13
I. Las Buenas Prácticas en lo Laboral: un reto de humanidad	15
A. La empresa como comunidad	16
B. ¿Qué son las buenas prácticas?	17
C. ¿De qué se habla cuando se mencionan las buenas prácticas en lo laboral?	18
II. Opciones posibles para la contratación laboral	21
A. Principios orientadores	22
1. Primacía de la realidad	22
2. Favorabilidad	23
B. Alternativas	23
1. El contrato de trabajo	23
2. El contratista independiente	23
III. La relación contractual de trabajo	27
A. Al inicio	28
1. ¿Cuándo hay contrato de trabajo? (elementos)	28
2. Modalidades	30
3. Requerimientos para un comienzo motivante	34
B. Durante	40
1. Pagos periódicos	41
a. Los que son Salario	42
b. Los que se reconocen como prestación social legal o extralegal	45
• El auxilio de transporte	45

• El auxilio de cesantía	46
• Los intereses sobre el auxilio de cesantía	49
• La prima de servicios	49
• El calzado y vestido de labor	50
c. Los que remuneran el descanso (vacaciones)	52
d. Los que se entregan para reparar un perjuicio (indemnizaciones)	55
• Indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa	55
• Indemnización moratoria	56
• Indemnización plena	57
2. Políticas especiales	60
a. Permisos en general	60
b. Permisos con reglamentación específica	62
1) Licencia por maternidad	62
2) Licencia por paternidad	64
3) Licencia por luto	65
c. Trabajo en día dominical y festivo	68
d. Recargo por trabajo nocturno y horas extras	71
• Recargo por trabajo nocturno	71
• Horas extras	72
e. Préstamos y descuentos	75
f. Horas Ley 50	78
g. Seguimiento laboral (régimen disciplinario)	79
h. Estabilidad reforzada	82
• Respetto del fuero sindical	82
• Respetto del fuero por maternidad	83
• Respetto a los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos en estado de debilidad manifiesta	84
- En materia de criterios generales	87
- Respetto de la estabilidad reforzada	88
- Respetto de la reubicación	88
- Respetto del despido en general	89
- Frente al discapacitado antes de la vinculación contractual	89

- Frente a quien adquiere la condición de disminuido físico, sensorial o psíquico durante la vigencia del contrato	90
3. Recomendaciones para tener en cuenta	91
a. Promueva el buen trato (Protección Legal frente al acoso laboral)	92
• Bienes protegidos	94
• ¿Qué es el acoso laboral?	94
• Tratamiento correctivo, punitivo y procesal	96
b. Sea riguroso con las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social (el IBC y la UGPP)	100
• Las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social	101
• El Ingreso Base de Cotización (IBC)	103
• Aportes parafiscales	107
• La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)	108
c. Oriente sobre movilidad y portabilidad en salud	110
• Conceptos	110
• Respecto al regimen de la portabilidad nacional	110
• El régimen de la movilidad	112
• Consideración final	113
d. Expida reglamentos	114
• Reglamento Interno de Trabajo (RIT)	114
• Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial	116
4. El derecho de asociación y la negociación colectiva	120
a. Criterios generales	120
b. La negociación como vida	122
C. La terminación	127
1. Modos legales de terminación	127
2. La liquidación final	134
Recomendaciones finales	139

Introducción

Hace unos años, con el apoyo del Dr. Julio César Carrillo Guarín y con el aval de la Universidad del Rosario, se publicó la Cartilla- Guía denominada “Gerencia de contratación laboral”, a través de la cual se buscaba ilustrar a los empresarios del sector de la agroindustria de la palma de aceite, sobre las diferentes modalidades que la ley ponía a su disposición para realizar la contratación dependiente o independiente de los trabajadores.

Se hacía el comentario en el momento de la publicación de esta cartilla sobre la dificultad de aplicar la ley laboral al sector agrícola, ya que la misma había sido expedida teniendo en cuenta el trabajo en zonas urbanas, en donde las condiciones laborales son completamente diferentes, y las necesidades de los trabajadores, en comparación con los trabajadores del campo, también lo son.

La legislación colombiana no contempla, en su ámbito laboral, que las actividades agrícolas deben ser llevadas a cabo en condiciones diferentes a las condiciones urbanas, no se cuenta en el campo con la infraestructura adecuada para llegar a los lugares de trabajo, las labores deben ser desarrolladas a campo abierto bajo temperaturas que impiden que la jornada laboral de inicio a las horas en las cuales los trabajadores en las ciudades suelen hacerlo. Por otro lado, las estacionalidades o ciclos de producción de los cultivos, requiere de un movimiento continuo de personal que tampoco es considerado por nuestra legislación.

Desde el 2010 a la fecha, la situación laboral en Colombia no ha sufrido cambios que permitan manifestar o reconocer algún tipo de adaptación de la normatividad a las necesidades del campo. Por el contrario, se han emitido normas que han estigmatizado formas legales de contratación, haciendo aún más difícil la contratación laboral en las zonas rurales para actividades agrícolas, reduciendo, en consecuencia las posibilidades de generar empleo.

En este contexto, Fedepalma, como representante del sector palmero y de los palmicultores, se dio a la tarea de tratar de comprender las dificultades que se presentan en el sector en materia de contratación laboral y relaciones laborales. Generando, luego de un trabajo conjunto con los palmeros de las diferentes zonas una estrategia gremial laboral.

La estrategia tiene como finalidad de apoyar la gestión de los palmicultores y promover las buenas prácticas laborales que conviertan al sector en un buen lugar para trabajar que genere bienestar integral a los trabajadores y sus familias (calidad de vida, oportunidades de educación, desarrollo, salud, seguridad e inclusión), contribuyendo, de esta manera, a la competitividad y sostenibilidad del campo colombiano.

Para alcanzar esta finalidad la Estrategia contempla tres tipos de lineamientos para su despliegue: competitividad, sostenibilidad y bienestar laboral / social. En desarrollo de estos tres lineamientos, Fedepalma solicita la realización de la presente cartilla, la cual se espera, aporte a cada uno de los palmicultores, sin importar su tamaño, las herramientas necesarias para ejercer unas buenas prácticas en la contratación laboral, y sirva como base en la ejecución de la estrategia.

Esta cartilla es el primer tomo dentro de la colección de buenas prácticas laborales, el cual tiene su enfoque en los trabajadores dependientes, dentro del sector privado, explicando cómo el empleador debe iniciar la relación laboral, los requisitos que se deben llenar y los consejos para que el inicio del contrato laboral se lleve de la mejor manera, generando eficiencia en las labores y buenas condiciones para el trabajador. Así mismo, se explican los aspectos a tener en cuenta en el desarrollo del contrato de trabajo, finalizando con las formas de terminación del mismo, abarcando de esta manera todos los pormenores que rodean la contratación laboral.

El segundo tomo tendrá, en consecuencia, su foco en los trabajadores independientes del sector privado. Cubriendo de esta manera todas las posibles formas de contratación y los conceptos asociados a cada una.

Se agradece al Dr. Julio Cesar Carrillo Guarín, quién en términos humanos y sencillos, ha plasmado su conocimiento para contribuir a que el sector palmero siga siendo un buen lugar para trabajar. Esperamos que esta cartilla sea útil para todos los palmeros y para el público en general.

Reflexión para iniciar el camino

Muchas veces en el transcurso de las experiencias de nuestra vida hemos encontrado como fuente valiosa para la realización de nuestros proyectos y sueños, la relación con las personas dentro de un espíritu de lo correcto.

Esta aspiración, que es fuente de felicidad, es decir, de paz interior como núcleo motivante para promover paz efectiva en el universo de la interacción con las demás personas, tiene múltiples caminos para materializarse y, al mismo tiempo, para asegurar el desarrollo sostenible de nuestros proyectos.

Lo correcto no es moda, no es una invención reciente, es una aspiración siempre actual, un anhelo que permanece a lo largo de los tiempos, en medio de egoísmos; de guerras y confrontaciones; de soberbias y arrogancias.

En esta perspectiva, en nuestra búsqueda por alcanzar felicidad resultan de particular importancia todas aquellas actividades que se sustentan en el anhelo de promover, fomentar y diseñar proyectos productivos rentables, competitivos, dinámicos y sostenibles, con altura humana.

Esta tarea cuando está enmarcada en el ámbito de lo empresarial y, por ende, vincula una sana pretensión de bien vivir, de crecimiento, de volumen cuantitativo en términos de ingresos; es decir, que envuelve un comprensible deseo por la ganancia, por el tener; encuentra su verdadero valor cuando tal aspiración se sustenta en la búsqueda de bienestar para todos los seres humanos involucrados en dichos proyectos, a saber: el inversionista, el trabajador, el proveedor, quienes viven en las áreas de influencia, las familias y, en fin, en el bienestar de un ser humano como nosotros que desea ser feliz, estar tranquilo, ser bien tratado y que, como bien lo sabemos, no es eterno ni omnipotente ni, por consecuencia, lo puede todo por sí solo.

Esta dinámica propia de nuestra naturaleza implica hacer alianzas, generar vínculos, recibir del otro sus cualidades, compensar flaquezas y, lo más impor-

tante, canalizar las diferentes aspiraciones humanamente valiosas, en forma tal que la diversidad de los proyectos y las aspiraciones de cada quien, con sus virtudes y defectos, pueda interactuar con los proyectos y las aspiraciones de quienes los rodean, sin dañar, sin manipular, sin instrumentalizar..., en últimas, ¡respetando dignidad!

Pero... ¿Cómo actuar bien, cómo hacer que las palabras se conviertan en hechos reales de cumplimiento? ¿Cómo darles efectividad para evitar que los buenos deseos se queden solamente en eso? ¿Cómo impedir que en el cruce de proyectos perdamos el sentido de lo correcto y terminemos adorando dioses falsos, llevados por una ambición exclusiva del tener, hasta el punto de perder de vista el anhelo de una felicidad real con y para el otro?

Es en este punto en donde el derecho, a través de su instrumento normativo, genéricamente llamado ley, en sus distintas manifestaciones, adquiere particular importancia porque permite orientar la libertad de cada ser humano en la interacción, en forma tal que sin perder diversidad pueda hacer efectivos los proyectos conjuntos de manera conviviente.

Por ello, cuando lo anterior tiene como propósito el universo del trabajo -“lo laboral”-, nos encontramos con las denominadas relaciones laborales en las que los acuerdos de voluntades para que todos ganen son la esencia cualitativa, la materia prima del llamado contrato, a partir del cual los seres humanos que intervienen en la relación adquieren derechos y obligaciones. Es allí donde el derecho en su función orientadora adquiere valor fundamental.

Visto así, aplicar la ley en materia de contratación, y especialmente en lo laboral, es el camino para hacer lo correcto.

De esta manera, con el propósito de orientar a los empresarios en su esfuerzo por promover felicidad en el universo del trabajo, hemos diseñado esta Guía básica para apoyar el deseo de construir en la cotidianidad buenas prácticas en el tejido de interacciones de humanidad a que da lugar el contrato de trabajo, como camino para invertir en lo correcto, para realizar el sueño de una actividad productiva rentable gracias a una vida laboral digna de ser vivida.

No es el propósito de esta Guía agotar el tema, lo que pretendo es acercar algunos elementos básicos de la organización laboral, desde lo jurídico, en forma tal que, aunque cambie la normatividad, tengamos una herramienta con criterios y principios que trascienden la dinámica propia de los cambios de la ley y hagan sentir al lector que esta es su amiga, una de sus mejores

socias, que verdaderamente es una herramienta de apoyo y no una compleja camisa de fuerza.

Ya habíamos dado un paso con la Cartilla – Guía titulada Gerencia de Contratación Laboral, publicada en el año 2010.

El presente texto, a modo de secuencia, recoge algunos aspectos iniciales de aquella Cartilla - Guía, pero incursiona con mayor énfasis en lo laboral desde el contrato de trabajo con nuevos aportes que buscan dar una visión más integral pensando en quien no es abogado o que, siéndolo, desea apoyar su experticio técnico en una visión sistémica de la norma, a modo de orientación práctica a lo largo de los momentos propios de la vida laboral, a que da lugar el contrato de trabajo, bajo la luz ética y, por tanto, siempre humana de las Buenas prácticas.

Con este objetivo desarrollaré, en primer lugar, una visión general de lo que significan las buenas prácticas como reto de humanidad, para luego observar el panorama acerca de qué queremos significar cuando hablamos de contrato de trabajo. Ello, con el fin de abordar posteriormente el terreno de lo que constituye la organización laboral básica en una relación contractual del trabajo, poniendo de presente aspectos por tener en cuenta al inicio, durante y a la terminación de dicha relación.

Siglas

ARL	Administradora de Riesgos Laborales
CP	Constitución Política
CREE	Impuesto sobre la renta para la Equidad
CST	Código Sustantivo del Trabajo
EPS	Entidad Promotora de Salud
FE	Factor Excedente
FM	Factor Máximo
FOSYGA	Fondo de Solidaridad y Garantía
IBC	Ingreso Base de Cotización
ICBF	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
IPS	Instituciones Prestadoras de Servicios
PI	Periodo inicial
PILA	Planilla Integrada de Liquidación de Aportes
POS	Plan Obligatorio de Salud
RIT	Reglamento Interno de Trabajo
SENA	Servicio Nacional de Aprendizaje
SG –SST	Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo
SMMLV	Salario Mínimo Mensual Legal Vigente
UGPP	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
TI	Total Ingresos
TNS	Total No Salarial
TS	Total Salarial

Foto: Toro, F. (2012) Monterrey.
Colección fotográfica Fedepalma





I. Las Buenas Prácticas en lo Laboral: un reto de humanidad

I. Las Buenas Prácticas en lo Laboral: un reto de humanidad

A. La empresa como comunidad

La referencia al ser humano en torno a esfuerzos productivos, que tejen sus proyectos y aspiraciones para sacar adelante proyectos conjuntos, constituye la esencia de la noción de empresa.

Es cierto que el Código Sustantivo del Trabajo la ha definido como una “unidad de explotación económica”, pero esta visión cuantitativa aparece superada por la mirada cualitativa, que pone de presente que el concepto de “empresa” está profundamente ligado al concepto de proyecto humano conjunto.

Desde esta perspectiva pretender la identificación de la empresa con la explotación económica es desvirtuar el bien interno de lo empresarial, hacerle perder su virtud y conducir su realidad por los linderos estrictamente cuantitativos.



Una empresa así considerada concede plena razón a quienes opinan que tal actividad es un campo propicio para la deshumanización, el sufrimiento, el egoísmo, el afán desmedido por tener, en el que es imposible que los sujetos encuentren autorrealización... Por el contrario, la empresa fundamentalmente es una comunidad de personas en torno a un propósito productivo, una historia tejida de historias, donde sujetos autónomos y plurales interactúan dinámicamente y en ese encuentro intersubjetivo descubren respuestas para su vida y ayudan a otros a lograr similares descubrimientos.¹

1 Carrillo Guarín, Julio César (1999). Derecho Laboral y Civilidad Empresarial - Apoyos para una carta de navegación. Revista Actualidad Laboral y Seguridad Social, No. 91. Bogotá: Legis, pp. 4-10.

B. ¿Qué son las buenas prácticas?

Si hablar de empresa significa hablar de seres humanos que integran una comunidad productiva para satisfacer un propósito conjunto, las buenas prácticas hacen referencia al ejercicio de todo aquello que contribuye a realizar ese propósito con calidad humana y técnica.

Por tanto, la visión, la misión, los objetivos estratégicos, la planeación, la evaluación y todas aquellas teorías que desarrollan metodologías para hacer efectiva a todo nivel la *calidad de la acción de esa comunidad*, constituye una buena práctica.

Hay calidad cuando quien hace empresa, en cualquiera de los roles que justifican su presencia en esta clase de comunidades productivas, tiene claro el bien interno, la razón de ser de su acción, y ordena a partir de allí sus planes y programas. Hay *calidad*, en suma, cuando hay *bondad*, y hay bondad cuando se satisfacen de manera adecuada y oportuna las necesidades humanas tangibles e intangibles que dan razón a su presencia.

Esa noción de lo bueno en cuanto satisface necesidades humanas, como una cualidad que anida en las personas o en las cosas para determinar su razón de ser, es lo que se denomina *el valor* de esa realidad.

De esta manera, actuar con calidad, es decir, expresar *valor* en torno a un esfuerzo productivo, es la medida final de la buena práctica.

Sin embargo, como las buenas prácticas no surgen automáticamente se requieren canales regulatorios o reglamentarios, es decir, compendios o manuales que orienten tales acciones, de manera tal que el efecto sea la tranquilidad, la paz interior, la felicidad; en últimas, la satisfacción, en este caso, de personas como el inversionista, el trabajador, el contratista, el proveedor y finalmente, el cliente.

No puede haber buenas prácticas cuando imperan el egoísmo, la soberbia, la ambición desmedida o el desconocimiento. Tampoco, por consecuencia, cuando esa clase de vicios de humanidad traen como efecto la violación de la ley.

Por lo mismo, no hay duda de las malas prácticas cuando se observa con evidencia el afán de instrumentalizar, de mercantilizar, de burlar la ley en una especie de carrera ciega por atesorar olvidando el *valor*, es decir, la bondad que se requiere para construir universos humanamente habitables, a propósito de actividades que requieren ser rentables con sustento en lo justo y en la certeza

de las reglas claras y de que la actuación de las personas se ajusta a lo legalmente establecido.

El problema surge cuando se generan aquellas zonas en las que, con la mejor de las intenciones, con el más noble de los propósitos, el desconocimiento de lo que debe hacerse conduce por linderos de incumplimiento de lo normativo que en lo técnico o en lo ético, terminan por generar como efecto una situación de inhumanidad que no promueve felicidad, es decir, no genera satisfacción en el ser humano del inversionista o del trabajador o de los contratistas o de las poblaciones de las áreas de influencia o en el destinatario del servicio. En suma, no responde al bien interno de esa comunidad empresarial, perdiendo así el rumbo y dejando al descubierto un afán por sobrevivir, olvidándose del vivir.

C. ¿De qué se habla cuando se mencionan las buenas prácticas en lo laboral?



Si las buenas prácticas invitan a promover calidad, es decir, bondad, es decir, valor, en torno al proyecto conjunto de humanidad que constituye el bien interno entendido como la razón de ser de un esfuerzo productivo de seres humanos, que construyen libremente satisfacción de necesidades tangibles e intangibles, y tal anhelo debe ser canalizado a través de específicas condiciones regulatorias, las buenas prácticas en lo laboral consisten esencialmente en aplicar este concepto en el universo de las relaciones de trabajo con sustento en lo legalmente previsto.

La comunidad empresarial nutre su acción rentable y competitiva gracias a un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones, es decir, gracias a un contrato.

Sin perjuicio de que este contrato, como se verá en el capítulo siguiente, pueda estar referido a un contrato laboral dependiente o a uno independiente, las buenas prácticas sobre la materia invitan a cumplir lo que normativamente canaliza lo correcto para materializar en el mundo del trabajo el sano propósito de lograr que los seres humanos interactuemos sin dañar ni ser maltratados, de suerte que las buenas prácticas en "lo laboral" comprendan el deber de construir con calidad humana todo el universo de modalidades posibles para vincu-

lar una labor, sin importar que la respectiva relación esté regulada por la legislación laboral o la civil o la mercantil, de acuerdo con el camino a que hubiere lugar, siempre y cuando este camino obedezca a la realidad.

En suma, las buenas prácticas en lo laboral constituyen una base, en medio de otras muchas acciones, para apoyar el esfuerzo empresarial y dar seguridad y confianza a los seres humanos que participan de esa comunidad, en cualquier modalidad en la que sea legalmente posible vincular el trabajo y hacer de él, como lo dispone la Constitución Política, uno de los principios fundantes de un Estado Social de Derecho (Art. 1°).

Foto: Toro, F. (2012) Manuelita.
Colección fotográfica Fedepalma





II. Opciones posibles para la contratación laboral

II. Opciones posibles para la contratación laboral

A. Principios orientadores

En primer lugar, es necesario considerar que existen en materia laboral dos principios que hoy tienen rango constitucional (Art. 53, CP), con fundamento en los cuales se suele evaluar por las autoridades judiciales y administrativas el acierto de una Gerencia de Contratación Laboral para no incurrir en simulaciones o diseños "hechizos".

Estos principios son el de la "primacía de la realidad" y el de la "favorabilidad".

1. Primacía de la realidad

En materia laboral, si en un documento se pacta que no hay contrato de trabajo sino prestación de servicios u otro mecanismo de contratación y en la realidad se configuran los elementos para establecer que hay contrato de trabajo, especialmente el elemento de la subordinación laboral, se entiende que, independientemente de lo que consagre el documento libremente suscrito por el contratista, hay contrato de trabajo, con los efectos consecuentes que de allí se derivan.

A este respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 de enero de 1989, explicó:

"Los datos formales que resultan de documentos contractuales o similares, aunque sean elaborados de buena fe o con todas las apariencias de legalidad que sean del caso, no necesariamente son definitivos para establecer la existencia o inexistencia del vínculo contractual laboral, ya que deben preferirse los datos que ofrece la realidad de la relación jurídica analizada, si contradice lo que informan los aludidos documentos."

2. Favorabilidad

Al principio de primacía de la realidad antes mencionado conviene agregar la consideración acerca del principio de favorabilidad, según el cual, en caso de duda en la aplicación e interpretación de una norma, se prefiere la que sea más favorable al trabajador (arts. 18, 20 y 21, CST, y 53, CP).

B. Alternativas

Según el Código Sustantivo del Trabajo, no existen sino *dos alternativas* para la contratación laboral:

1. El contrato de trabajo

Esta alternativa corresponde al acuerdo de voluntades en el que hay una relación laboral dependiente, así sea verbal.

Además de la prestación de un servicio y la remuneración por este, el elemento sustancial para determinar si se trata de una relación laboral dependiente y, por ende, si hay contrato de trabajo, es el elemento de la subordinación laboral del trabajador respecto del empleador para el cumplimiento de sus obligaciones; de suerte que, si se establece que *en la realidad* había una subordinación laboral, esta relación será considerada un contrato de trabajo (art. 23, CST).

2. El contratista independiente

Por contraste, cuando la ley laboral (Art. 34, CST) describe las características de un contratista independiente, por sí o a través de una persona jurídica, está poniendo de presente que sí hay personas, naturales o jurídicas, que prestan su servicio con plena autonomía técnica y directiva, con sus propios medios, asumiendo todos los riesgos; así haya prestación del servicio y remuneración, no hay subordinación laboral y la relación laboral es independiente y no se rige por el Código Sustantivo del Trabajo.

De no configurarse tales características, el vínculo laboral toma el camino de la relación dependiente de trabajo, es decir, el del contrato de trabajo y, por tanto, a la luz del principio de la primacía de la realidad, quien aparecía como contratista independiente o hubiera sido formalmente vinculado como tal, sin serlo, será calificado en la realidad como un trabajador dependiente regulado por lo previsto

en el Código Sustantivo del Trabajo, con los efectos consecuentes en materia de reliquidación de pagos laborales y, en algunos casos, de indemnizaciones.

Ello no significa que la contratación independiente haya desaparecido del marco legal y constitucional, como algunos de manera errónea o malintencionada lo pregonan.

Sigue siendo posible vincular contratistas independientes, personas naturales, sociedades, asociaciones o cooperativas de trabajo asociado.

Lo que se censura y está prohibido desde siempre es la simulación o manipulación de relaciones laborales que en la realidad son dependientes y que siendo correctos deben regularse por el contrato de trabajo, maquillándolas como si fueran independientes, para eludir pagos y obligaciones que la ley laboral establece para el contrato de trabajo.

Inclusive, bueno es precisar, cuando se presentan dudas acerca de si una relación laboral es dependiente o independiente, es decir, si se regula por la ley laboral o la ley mercantil o civil, la duda se resuelve, a la luz del principio de favorabilidad antes mencionado, para calificarla como relaciones laborales dependientes y que, por tanto, se rigen por las normas que regulan los contratos de trabajo.

Foto: Toro, F. (2012) Salamanca.
Colección fotográfica Fedepalma





III. La relación contractual de trabajo

III. La relación contractual de trabajo

Este capítulo constituye el núcleo de esta guía básica. Por ello, conviene recordar que las orientaciones prácticas aquí contenidas constituyen una luz para caminar por el sendero de lo correcto y, consecuentemente, pierden sentido si su lectura no está inspirada en el anhelo de las buenas prácticas.

Como toda relación, la relación laboral dependiente que se regula por el contrato de trabajo tiene un inicio, tiene un durante..., y como no hay realidad humana que pueda abrogarse la eternidad, tiene terminación posible.

Este ciclo que envuelve la dinámica vital de lo humano amerita, en materia de trabajo, tener en consideración algunas *pautas-guía* que si bien no pueden presumir de absolutas y dogmáticas, al menos aseguran que si usted se deja permear por ellas, recogerá el fruto de calidad que se cosecha cuando se siembra bondad.

A. Al inicio

1. ¿Cuándo hay contrato de trabajo? (elementos)

Recordemos:

El Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala que para que haya contrato de trabajo se requieren los siguientes tres elementos esenciales:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo.
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta al empleador para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos; facultad ésta que debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.
- c. Un salario como retribución del servicio.



De esta manera, en principio, se entiende que hay contrato de trabajo cuando se configuran los tres elementos antes mencionados.

No obstante, como en una relación de trabajo independiente, derivada de un contrato mercantil o civil, de obra o de prestación de servicios, también puede ocurrir que haya una prestación personal de servicio por parte del contratista y, además, es de su naturaleza que quien presta el servicio reciba una remuneración, que se suele denominar honorarios, en la práctica, como ya lo señalé, **el elemento especificante para determinar si hay o no contrato de trabajo, es el de la subordinación laboral**, ya que si se acredita la existencia de este elemento, resulta irrelevante que las partes hayan expresamente manifestado lo contrario y que a la remuneración se le haya dado el nombre de honorarios y no de salario, pues será un contrato de trabajo.

En efecto, el contrato de trabajo no requiere una formalidad específica para que exista como tal y, salvo los contratos a término fijo, respecto de los cuales la ley exige la formalidad escrita, basta el hecho de que una persona preste un servicio personal y demuestre la existencia del elemento de la subordinación laboral, para que dicha relación se entienda regida por un contrato de trabajo a término indefinido, con todos los efectos prestacionales, de seguridad social y fiscales que de esta circunstancia se pudieren derivar.

Inclusive, el hecho de no celebrarse por escrito un contrato a término fijo, no hace perder a la relación laboral el carácter de contrato de trabajo si hay subordinación laboral; simplemente se entenderá que es un contrato de trabajo a término indefinido.

Por esta razón, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo expresamente señala que **toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo**. Es decir que, en principio, una persona que está prestando un servicio personal se considera como trabajador dependiente, mientras no se demuestre lo contrario.

Por consiguiente, para demostrar que una prestación de servicio no está regida por el Código Sustantivo del Trabajo, no basta que en un documento escrito la persona que presta el servicio manifieste que es independiente y que en dicho documento las partes estén de acuerdo en afirmar que su relación no se rige por un contrato de trabajo, sino por un contrato civil o mercantil de servicios.

Es por esta razón por lo que adquiere trascendencia el tener en cuenta que la estipulación de las partes acerca de una relación de trabajo como independien-

te, regida por un contrato civil o mercantil de obra o de prestación de servicios, tiene que estar acompañada, además, por hechos reales y concretos de los cuales se pueda inferir que no existe la subordinación laboral y que permitan acreditar el cumplimiento de la condición de contratista independiente según las características de que trata el artículo 34 del CST, ya mencionadas anteriormente, a saber: prestación del servicio con plena autonomía técnica y directiva, utilizando el contratista sus propios medios y asumiendo el riesgo inherente al servicio materia del respectivo contrato civil o mercantil.

Por lo general, se establece que hay subordinación laboral cuando quien presta el servicio se encuentra fácticamente bajo el espectro permanente y continuado de la voluntad de quien lo ha vinculado.

Algunos hechos indicadores suelen ser:

- La disponibilidad de quien presta el servicio para atender en cualquier momento las directrices que imparta quien ha solicitado tal servicio de manera abierta e indeterminada "en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo" propio del cargo o tarea materia del contrato; inclusive aunque no haya exigencia de horario de trabajo.
- Estar obligado a cumplir los reglamentos o manuales específicos que "imponga" quien contrata el servicio (ausencia de autonomía técnica o directiva).
- La prestación razonablemente habitual del servicio con medios suministrados por el que lo solicita quedando sujeto, de manera continuada y permanente, a las indicaciones que se le impartan para la realización de la misma, inclusive aunque ordinariamente no preste tal servicio dentro de las dependencias del contratante.
- Impartir de manera continuada órdenes a quienes aparecen como trabajadores de la empresa o recibir órdenes de estos.

2. Modalidades

El portafolio de modalidades de contratos de trabajo que constituye el insumo sobre el cual aplicar una *Gerencia de Contratación Laboral* para los casos de las relaciones contractuales de trabajo, es decir, cuando hay subordinación laboral, se puede describir esquemáticamente así, tomando para ello las diferentes posibilidades de duración:

a. A término fijo

Modalidad esta que requiere pactarse por escrito y que puede ser de dos clases:

- No inferior a un año (ni superior a 3), aunque en la práctica solo se utiliza el término fijo de un año. Esta modalidad de contrato de trabajo puede ser renovada expresamente tantas veces como lo quieran las partes. Habrá lugar a la renovación tácita del plazo fijo pactado, cuando el empleador no da aviso con por lo menos 30 días de anticipación respecto de la fecha prevista para el vencimiento del mismo.
- Con período inicial (PI) inferior a un año. Este PI puede prorrogarse en 3 (tres) oportunidades por un término igual o inferior a dicho PI, bien sea por acuerdo expreso o tácitamente cuando el empleador no da aviso con por lo menos 30 días de antelación al vencimiento del período inicial o de cualquiera de las prórrogas o si, al final de la tercera prórroga, nada se acordare ni se diere tal aviso; en este último caso se entenderá que el contrato de trabajo continuará bajo la modalidad de contrato a término fijo de un año.

Cuando el PI es inferior a un mes, no se requiere el aviso previo para terminar el contrato una vez expire el plazo fijo así pactado.

b. Por obra o labor determinada

Modalidad esta que, aunque no tenga exigencia legal de la formalidad escrita, requiere en la práctica tal formalidad para consagrar:

- Una clara descripción de la obra o labor materia del servicio dependiente.
- Una metodología que permita establecer de manera objetiva y, en lo posible, por un tercero idóneo que así lo certifique, la culminación de la obra o labor contratada, de suerte que no pueda aducirse terminación unilateral sin justa causa para pretender la indemnización respectiva.

c. A término indefinido

Es decir, con vigencia hasta cuando culmine la causa que dio origen al contrato y la materia del trabajo.

Esta modalidad es la que suele considerarse cuando por virtud de la primacía de la realidad se llega a establecer que una pretendida relación de trabajo independiente era una relación de trabajo dependiente y, por tanto, se considera un contrato de trabajo verbal, o cuando se adopta la modalidad de duración fija y no se estipula por escrito.

No toda relación contractual de trabajo requiere la misma modalidad; depende de la dinámica operativa y de las necesidades o políticas del empleador.

Por ello, lo recomendable es tener a disposición una misma estructura básica del texto del contrato de trabajo, el cual, salvo casos especiales, tendría variación únicamente en la cláusula que contenga la estipulación de su duración y en la cláusula que establezca la calificación acerca de si el cargo que va a desempeñar el trabajador es de dirección, confianza y manejo, o no, calificación esta de la cual depende si hay obligación o no del empleador, de pagar remuneración adicional por laborar en tiempos que excedan el máximo legal diario de 8 horas o semanal de 48; pago este que se denomina horas extras.

Ello da lugar a ocho formas (F) posibles de modelos de contrato de trabajo con una misma estructura básica, así:

F-1 Contrato de trabajo a término indefinido para trabajadores que son de dirección, confianza y manejo.

F-2 Contrato de trabajo a término indefinido para trabajadores que no son de dirección, confianza y manejo.

F-3 Contrato de trabajo a término fijo no inferior a un año para trabajadores que son de dirección, confianza y manejo.

F-4 Contrato de trabajo a término fijo no inferior a un año para trabajadores que no son de dirección, confianza y manejo.

F-5 Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, para trabajadores que son de dirección, confianza y manejo.

F-6 Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, para trabajadores que no son de dirección, confianza y manejo.

F-7 Contrato por obra o labor determinada para trabajadores que son de dirección, confianza y manejo.

F-8 Contrato por labor determinada para trabajadores que no son de dirección, confianza y manejo.

Los espacios en blanco que aparezcan deberán ser diligenciados cuidadosamente. En particular destaco los relacionados con la información inicial, la indicación del cargo u oficio, la cuidadosa determinación del salario, el período de vigencia y la fecha desde la cual se reconoce que ingresó el trabajador al servicio del empleador, la cual puede ser diferente a la fecha en que se firma el documento.

Es cierto, como dijimos antes, que salvo el caso del contrato de trabajo a término fijo en cualquiera de sus modalidades, el contrato a término indefinido o el contrato por obra o labor no requiere la formalidad escrita. Sin embargo, como el período de prueba que es prudente incorporar al inicio de la relación contractual de trabajo, también requiere pactarse por escrito, en la práctica lo conveniente es formalizar documentalmente esta relación contractual. Además, para efectos relacionados con la claridad en las reglas del juego que dé seguridad al desarrollo del vínculo, lo recomendable es hacerlo de esta manera.

Cabe considerar que el período de prueba puede acordarse hasta por dos meses, con la excepción de los contratos a término fijo con PI, en los cuales el período de prueba solo puede ser hasta la quinta parte del PI. Esta consideración es relevante en la medida en que durante el período de prueba el empleador puede terminar el contrato de trabajo en forma unilateral con justa causa, sin que esta determinación cause indemnización. Según la jurisprudencia constitucional, la comunicación que se envíe en este sentido debe ser motivada.

Igualmente, no debe olvidarse tener a disposición en el sistema los modelos de prórrogas para cuando se celebren contratos de trabajo a término fijo inferior a un año (F-5, F-6), elaborados en concordancia con lo señalado anteriormente en el sentido de que, como se explicó, tales prórrogas solo pueden ser acordadas por períodos iguales o inferiores al período inicial (PI) pactado.

Entre las variables especiales en cualquiera de las ocho formas antes mencionadas puede incluirse en remplazo de la cláusula general sobre salario ordinario tradicional, la del salario integral, para cuando se celebre el contrato con trabajadores con los cuales se adopte esta modalidad, a la cual nos referiremos más adelante.

Si, aprovechando la sistematización, las áreas de personal deciden tener formatos con esta cláusula, para estipular salario integral, cada vez que se aplique a los ocho formatos antes mencionados, sugiero que el formato que resulte se identifique con el F respectivo y (*). Es importante tener en cuenta que para obtener este nuevo modelo, la cláusula de salario integral en cuestión debe remplazar en su totalidad la cláusula del formato ordinario a utilizar.

3. Requerimientos para un comienzo motivante

Todo inicio marca una visión importante para quien comienza la vida laboral.

El contrato de trabajo en cualquiera de sus modalidades es jurídicamente necesario según las exigencias de la actividad productiva de que se trate y, como ya vimos, la ocurrencia de los elementos que lo constituyen puede generar en la realidad su existencia, sin que sea indispensable el documento.

Sin embargo, la actitud empresarial que se materializa en la manera como se acoge a la persona, como se le presentan con claridad las reglas básicas que regirán la relación, como se hace la inducción, como se instruye a la persona en la cultura de la empresa en la cual desarrollará su actividad y, esencialmente, la forma como se conduce al ser humano en el afecto por lo que da razón de ser y sentido a esa actividad productiva en la comunidad, es decir, su bien interno, constituyen aspectos esenciales para sustentar con fortaleza ética la dinámica propia del ejercicio legal en materia de cumplimiento de derechos y obligaciones tanto por parte del trabajador como del empleador.

En el seno de la empresa, el cambio de orientación por el que la entendemos más como una cultura corporativa que como una pura y nuda institución legal, posibilita a quienes trabajan en ella saberse miembro de la corporación, más que asalariados de la institución... De ahí que sea preciso configurar esa cultura desde valores éticos que excluyen la instrumentalización...²

Como aporte a esta propuesta, considero importante formular las siguientes recomendaciones para moralizar a la persona del trabajador desde su inicio:

- a. Solicite al futuro trabajador, dentro de lo posible y con razonable antelación, a más tardar para el primer día de trabajo, documentos como los siguientes, ojalá con una lista previamente elaborada para el efecto:
 - Una (1) fotocopia de su cédula de ciudadanía.
 - Registro civil de nacimiento.
 - Para el examen médico preocupacional: cuadro hemático con su clasificación. No debe incluir prueba para determinar VIH, por estar prohibida.

2 Cortina, Adela (1998). Ciudadanos del mundo. Hacia una telaraña de la ciudadanía (2ª ed.) Madrid: Alianza Editorial S.A., p. 107.

- Los demás que exija cada empleador, según su propia política de selección y enganche, y lo que pudiere solicitar el médico en el examen preocupacional, según edad, labor a desarrollar y estado físico de la persona, así como los que se estimen necesarios para acreditar estudios y/o competencias y/o experiencias.
- b. Suscriba, en lo posible, el primer día de trabajo, el contrato a que hubiere lugar, para lo cual debe estudiarse el modelo a emplear, en términos similares a los ya señalados en el acápite acerca de las modalidades del mismo, a saber:
- Si el contrato será a término indefinido, o fijo inferior a un año o por tiempo superior, o por obra o labor determinada.
 - Si al trabajador se le vincula para un cargo que la empresa considera de dirección, confianza o manejo, o no, sin olvidar que tal calificación debe ser concordante con la naturaleza real de las funciones que desempeñará el trabajador, pues si se llegare a utilizar una modalidad de contrato de trabajo en la cual se afirma en el documento que el trabajador es de dirección, confianza y manejo y, por tanto, no causará pagos adicionales por horas extras, y se establece que en la realidad dicho trabajador no tiene tal calidad, aplicará el principio de primacía de la realidad, y prevalecerá lo que sucede en el terreno de los hechos sobre lo que se afirme en el documento contractual.
 - Si la vinculación incluye habitación o cualquier otra clase de salario en especie. En tal caso, determinar la suma en la cual las partes han apreciado dicho salario o si se estipula como beneficio de naturaleza no salarial.
 - Si se vinculará con salario integral o no. Esta modalidad salarial se explicará más adelante. Por ahora bástenos señalar que debe estipularse por escrito y que en ningún caso puede ser inferior a un salario ordinario fijo equivalente a 10 salarios legales mínimos mensuales vigentes, más el factor prestacional de la empresa, el cual no puede ser inferior a 30 % del monto de dicho salario ordinario fijo.
- c. Entregue al trabajador una copia del contrato suscrito y deje constancia de ello, si esta no aparece en el texto del mismo.
- d. Solicite al trabajador que informe acerca del régimen de pensiones y de la entidad administradora en la cual se encuentra afiliado o desea afiliarse, así como la Entidad Promotora de Salud (EPS) a la cual está afiliado o desea afiliarse.

- e. Inscriba al trabajador en las entidades administradoras de los sistemas de Pensiones, Salud y Riesgos laborales a que hubiere lugar. Esta diligencia debe cumplirse simultáneamente con la vinculación del trabajador, y para su cumplimiento se deben utilizar los formularios que tales entidades suministran para este efecto.

Inclusive, en materia de riesgos laborales, lo ideal es que la afiliación se produzca un día antes de la fecha en que el trabajador inicie la prestación de su servicio.

- f. Diligencie la afiliación del trabajador a la caja de compensación en la cual se encuentre inscrita la empresa.

En este caso basta tener preparado el formulario respectivo y pedir al trabajador, ojalá por escrito, los documentos que la Caja le exija para dicha afiliación y la de su familia.

- g. Informe al trabajador acerca de la Administradora de Riesgos Laborales (ARL) a la cual ha sido afiliado, y deje constancia de ello.

- h. Entregue al trabajador fotocopia autenticada de la copia sellada del documento que acredita su inscripción en las entidades administradoras de la seguridad social a que hubiere lugar. Esta copia sellada reemplazará transitoriamente el carnet.

- i. Después de lo anterior, revise que en la carpeta u hoja de vida del trabajador aparezcan, como mínimo, en su orden, de atrás hacia adelante, los siguientes documentos:

- Hoja de vida del trabajador debidamente diligenciada.
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía del trabajador.
- Registro civil de nacimiento.
- Original del contrato de trabajo suscrito por el trabajador y el empleador.
- Copia firmada por el trabajador en señal de recibido de la carta en la cual se le solicitó informar sobre su selección de regímenes y administradoras en los sistemas de pensiones y salud.
- Copias selladas por las entidades administradoras de la seguridad social que acreditan la afiliación del trabajador al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, Salud y, muy especialmente, como lo señalé antes, a Riesgos Laborales.
- Copia del formulario en el cual consta la afiliación del trabajador a la caja de compensación y/o la comunicación en la cual se le solicitaron los documentos exigidos por dicha Caja para tal afiliación y la de su familia.

- Constancia de haber recibido una formación introductoria con relación a las disposiciones establecidas por el empleador en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo y Seguridad Industrial.

j. En todo caso, haga una inducción motivante que permita al trabajador entender el bien interno de la empresa, su visión, misión y propósitos estratégicos, así como todas las actividades necesarias para que el trabajador se sienta *"formando parte de"*. Igualmente, permita la inclusión del trabajador en lo que, en materia del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo (antes, Salud Ocupacional) y Seguridad Industrial, tenga dispuesto la empresa para sus trabajadores, dejando constancia de ello.

Estos requerimientos, desde luego, no tienen la pretensión de agotar la temática propia de la creatividad en materia de planeación para dar inicio a una relación contractual de trabajo con altura humana en términos de seguridad jurídica, claridad en las reglas de juego, inclusión motivante en la actividad por desarrollar y, en fin, para hacer todo lo que sea necesario en orden a permitir al ser humano sentirse invitado a cumplir, no desde la supervivencia sino desde la vivencia de la oportunidad que se concede para prestar un servicio y para realizarse formando parte de un proyecto conjunto que sirve a otros seres humanos.

Por ello, lo antes expresado constituye una invitación a hacer del inicio del contrato de trabajo una oportunidad vital tonificante como experiencia bondadosa que no se olvida, como suele ocurrirnos cuando recordamos con magia positiva lo que todos solemos denominar "mi primer día", que para estos efectos puede ampliarse a mi primera semana, mi primer mes... para que posteriormente pueda aplicarse el postulado de lo que significa renovar sentido, cuando pasados los años lo hacemos todo como si se tratara del primer día de nuestra vida.

De esta reflexión se infiere, por el contrario, lo tormentoso que podría resultar para el inicio de una relación mantener en el recuerdo una triste experiencia negativa de ese "mi primer día", enmarcado en el desorden, el desasosiego, la instrumentalización, la indiferencia.

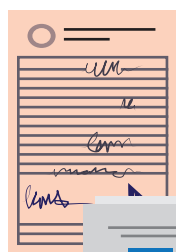
¿Qué esperará a una relación que así comienza?

Es mejor ni siquiera pensar en la respuesta.



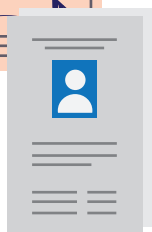
Inicio de la Relación Laboral

Documentos para la vinculación contractual



1

Suscripción contrato de trabajo



- ✓ Tipo de contrato
- ✓ Calificación de la función
- ✓ Salario y beneficios extralegales



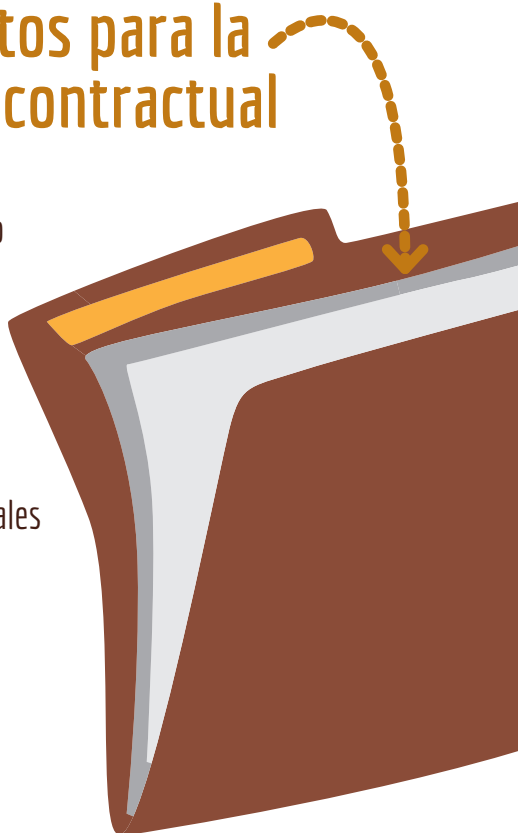
2

Entrega de copia del contrato al trabajador

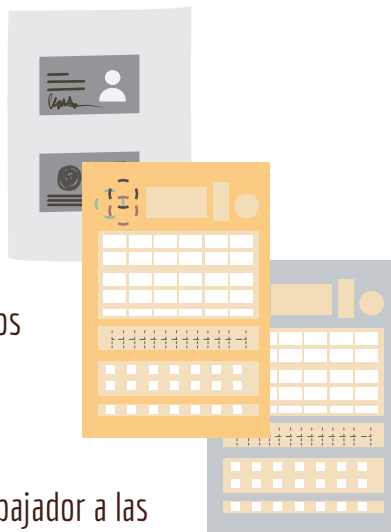


3

Solicitud de información EPS y pensiones

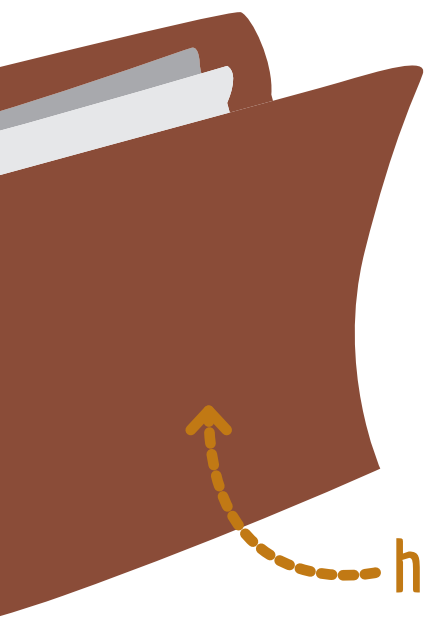


4 Inscripción del trabajador en los sistemas de pensión, salud y riesgos



5 Afiliación del trabajador a las Cajas de Compensación

6 Entrega al trabajador de la copia de los documentos que certifican sus respectivas afiliaciones




Hacer la carpeta de la hoja de vida del trabajador

+ una introducción motivante



B. Durante

Iniciada la relación contractual de trabajo sobreviene el tejido de interacciones propias de la cotidianidad laboral.



Múltiples son las circunstancias de humanidad que se presentan y diversos los temas que promueven la intervención orientadora de lo jurídico, para materializar el objetivo de lo que el Código Sustantivo del Trabajo (CST) establece en el artículo 1º, cuando expresamente dispone que el propósito de este Código es “lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”.

¿Qué hacer?

La respuesta es simple pero llena de contenido:

¡LO CORRECTO!

¿Y qué es lo correcto?

No hacer a otros lo que no quisiéramos que nos hicieran a nosotros o a las personas que amamos, o mejor, hacer a otros lo que nos gustaría que nos hicieran a nosotros o a las personas que amamos.

Me atrevo a afirmar que nadie que tenga una mínima dosis de moralidad está en desacuerdo con este postulado.

Sin embargo, el reto es cómo materializar esta aspiración lógica adoptando como punto de partida el cumplimiento de los mínimos legales y, desde luego, sin perjuicio de todas las medidas y políticas, en exceso del mínimo, que en materia de bienestar, beneficios extralegales, calidad de vida y responsabilidad social, tuvieren a bien adoptar las empresas dentro de un marco de cultura participativa, de manejo sanamente preventivo de manejo psicosocial y, en últimas, de diseño de metodologías y caminos para promover eficiencia y efec-

tividad desde la motivación que proviene de una adecuada política de gestión humana, sustentada en principios y valores y tonificada con las nuevas tendencias de las teorías organizacionales que promueven la inteligencia emocional, la programación neurolingüística, los principios de la gente altamente efectiva, el salario emocional, los círculos de calidad, las organizaciones inteligentes y muchas otras propuestas de similar tenor, encaminadas a apoyar este propósito de manera cualitativa.

Pero, como lo señalábamos antes, cuando no se cumplen los mínimos legales, todo lo anterior puede convertirse en herramientas estratégicas superficiales; en retórica vacía; en superficialidad manipulante.

En esta tarea, *durante* la vigencia de la relación contractual, atender los mínimos legales significa, en resumen, "cumplir el código", y para canalizar esta materialización de lo correcto en desarrollo del contrato de trabajo durante la vida laboral, considero a modo de Guía básica que las *Buenas prácticas* implican tener en cuenta el reconocimiento puntual y oportuno de *pagos laborales*, el manejo de *lo disciplinario* para rehabilitar y no para exterminar, y la adecuada programación de algunas *políticas especiales*.

Todo ello da explicación a los acápites de este subcapítulo que veremos a continuación como apoyo al anhelo de lo correcto, que es esencia de las buenas prácticas en la administración de los derechos y obligaciones que emanan del contrato de trabajo, para lo cual trataremos cuatro temas en particular:

1. Pagos laborales periódicos
2. Políticas especiales
3. Recomendaciones para tener en cuenta
4. El derecho de asociación y la negociación colectiva

Empezaremos a describir uno a uno:

1. Pagos periódicos

En términos generales, además de los pagos que el empleador debe efectuar por aportes a terceras instituciones tales como administradoras del sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales, y parafiscales (ICBF, SENA y caja de compensación), la planeación de una empresa requiere que el empleador tenga conocimiento básico acerca de las sumas de dinero que periódicamente y por exigencia legal debe cancelar al trabajador.

Para ubicar al empleador en el mapa general de estos pagos conviene tener en cuenta que en materia laboral hay cuatro grandes clases:

- a. Los que son salario,
- b. los que se reconocen como prestación social legal o extralegal,
- c. los que remuneran el descanso (vacaciones) y
- d. los que se entregan para reparar un perjuicio (indemnizaciones).

Con el fin de generar un orden pedagógico, he optado por presentarlos de acuerdo con la frecuencia o periodicidad de su reconocimiento:

a. Los que son Salario

Corresponde a un pago cuya periodicidad máxima es mensual, y en tal caso se denomina "sueldo". Cuando la periodicidad es por días o hasta por una semana, se denomina "jornal".

Determinar si una suma pagada al trabajador es o no salario resulta de gran importancia para establecer los costos por concepto de gastos laborales, en la medida en que lo que se reconozca al trabajador por este concepto adquiere particular relevancia a la hora de liquidar los otros pagos laborales, es decir, las prestaciones sociales, las vacaciones y las indemnizaciones cuando se causaren. Ello, además de su importancia para determinar la base de cotización a los sistemas de la seguridad social (pensiones, salud y riesgos laborales), respecto de la obligación de realizar aportes parafiscales y determinar obligaciones fiscales.

En consecuencia, no reconocer la calidad de salario a un pago laboral que de acuerdo con la ley lo tiene o viceversa, puede generar onerosas liquidaciones o reliquidaciones, por exceso o por defecto, en perjuicio de cualquiera de las partes de la relación de trabajo.

Para determinar si un pago laboral es salario o no lo es, es preciso tener en cuenta lo que para el efecto disponen los artículos 127 y 128 del CST, en la versión modificada por la Ley 50 de 1990.

En efecto, de la lectura del artículo 127 se infiere que un pago tiene el carácter de *salario* cuando se da una sola de las siguientes circunstancias:

- Porque la ley expresamente así lo califique.
- Porque las partes así lo hayan convenido en el contrato, en pactos, en convenciones, en reglamentos o en documentos de similar tenor.
- Porque aunque la ley ni las partes así lo definan, el pago, a la luz del principio de la primacía de la realidad, retribuye *directamente* la prestación del servicio.

Esta última circunstancia es la que más frecuentemente ocasiona debates, quejas administrativas y controversias judiciales.

Resulta de particular importancia tener en cuenta el criterio legal de la retribución *directa* del servicio, en la medida en que el criterio ya no es establecer si un pago es habitual u ocasional, sino si se reconoce como remuneración directa del servicio o no.

Constituyen salario por determinación de la ley: la remuneración fija u ordinaria denominada salario propiamente dicho; el valor del trabajo suplementario o de horas extras, que solo aplica para trabajadores calificados como de *no dirección, confianza y manejo*; las comisiones, premios o bonificaciones por ventas, cobros y por rendimiento en general de cualquier orden; la remuneración adicional por trabajo en día de descanso obligatorio (dominical o festivo) o en horas nocturnas, que también debe ser reconocida a los trabajadores calificados como de dirección, confianza o manejo; los viáticos permanentes destinados a manutención o alojamiento y los pagos en especie por concepto de alimentación, habitación o vestuario, a menos que se hubiere pactado expresamente que esta clase de pagos en especie no son de naturaleza salarial.

Al anterior concepto tradicional de salario, el artículo 132 del CST, en la versión modificada por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, agregó una modalidad diferente que es el denominado *salario integral*.

El salario integral es una remuneración, en principio, única que recibe el trabajador como contraprestación directa o indirecta del servicio materia del contrato de trabajo, que debe ser convenida libremente y por escrito, integrada por dos elementos: El salario ordinario y el factor prestacional y referida a trabajadores con niveles específicos de remuneración.³

3 Carrillo Guarín, Julio César (1993). Salario integral o el drama hermenéutico de las novedades incipientemente regladas (análisis descriptivo). Revista de Derecho Social, N° 34. Colegio de Abogados del Trabajo: enero, p. 47.

Esta modalidad de salario no solamente remunera lo que retribuye directamente el servicio sino también todos los demás pagos laborales incluidas primas legales y extralegales, con excepción de las vacaciones y de las indemnizaciones y aplica “cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez salarios mínimos legales mensuales”.

Se integra por dos elementos: el salario ordinario en el valor mínimo antes referido y el factor prestacional del empleador, que en ningún caso podrá ser “inferior al 30 % de dicho salario ordinario”.

Para determinar el factor prestacional de una empresa debe tomarse la cantidad que por concepto de prestaciones sociales aparece en el balance cortado a 31 de Diciembre del año inmediatamente anterior a la fecha en que se celebra la estipulación, ya que es en este instante cuando se consolidan las cifras de la empresa.⁴

Esta suma que representa el total de las prestaciones legales y extralegales pagadas por el empleador a todos sus trabajadores según balance, se divide por el total de las sumas reconocidas por el mismo empleador por concepto de salario y el resultado arroja el porcentaje del factor prestacional de esa empresa, sin que en ningún caso, como ya se vio, tal porcentaje pueda considerarse inferior a 30 %.

En suma:

$$SI_{\text{salario integral}} = SO_{\text{salario ordinario}} + FP_{\text{factor prestacional}}$$

Por el contrario, de la lectura del artículo 128 del CST se infiere que no son salario aquellas sumas de dinero que el empleador reconozca al trabajador ocasionalmente y por mera liberalidad o, inclusive, habitualmente, pero que claramente no retribuyan directamente el servicio materia de contrato de trabajo, tales como aquellas primas o bonificaciones que se entregan para apoyar al trabajador en el desarrollo de sus funciones o como herramienta de trabajo o para el bienestar suyo o de su familia.

Entre estos pagos laborales (que no son salario) la ley describe a modo ilustrativo la participación de utilidades, los gastos de representación, los medios

4 Ibid., p. 55.

de transporte, los elementos de trabajo y en general, las prestaciones sociales, legales o extralegales, así como los beneficios o auxilios acordados como no salariales en convenciones o en el mismo contrato o en acuerdos en los cuales expresamente se establece que el pago respectivo no constituye salario; acuerdos estos que tendrán plena validez en la medida en que no constituyan una vulneración flagrante de la definición de salario antes referida.

Por lo mismo, tampoco constituyen salario, como ya se dijo, las otras dos grandes categorías de pagos laborales, es decir, además de las prestaciones sociales, las vacaciones y las indemnizaciones. Las vacaciones porque claramente remuneran directamente descanso, no servicio, y las indemnizaciones porque reparan perjuicios.

b. Los que se reconocen como prestación social legal o extralegal

Aunque hay quienes hacen mayores distinciones, a mi juicio, todo pago laboral que no sea salario o vacaciones o indemnización es una prestación social, bien sea legal o extralegal.

En este acápite y desde nuestro propósito de guiar buenas prácticas a partir del respeto por los mínimos laborales, nos referiremos en este aparte únicamente a las prestaciones sociales legales.

Las prestaciones sociales legales constituyen un complemento al salario que devengue el trabajador, con el fin de apoyar su bienestar o el de su familia, desarrollando una aspiración de la ley por generar una especie de mirada cualitativa que, desde lo cuantitativo, pretende contribuir con el tratamiento laboral justo y digno de que trata la Constitución Política.

Cabe recordar que estas prestaciones sociales aplican únicamente para el salario ordinario tradicional, por cuanto en el salario integral, dada su naturaleza, ya se entienden incluidas.

Adoptando una mirada panorámica de las obligaciones del empleador por este concepto en un año calendario, encontramos las siguientes:

► El auxilio de transporte

Se trata de una prestación social que los empleadores deben pagar mensualmente a aquellos trabajadores cuyo salario mensual sea inferior a dos veces el salario mínimo legal mensual vigente en la fecha de pago. Su cuantía es fijada por el Gobierno Nacional anualmente mediante decreto. En este sentido,

las últimas determinaciones del Gobierno han precisado que esta prestación aplicará para empleadores en aquellos lugares del país en "donde se preste el servicio público de transporte".

Este auxilio se causa por los días trabajados, puede ser sustituido por el servicio gratuito de transporte que ofrezca el empleador y, aunque sigue siendo una prestación social, de manera excepcional la ley ordena que se incorpore al salario para efecto de la liquidación de aquellas prestaciones sociales que adoptan los pagos salariales como base de su cálculo.

► **El auxilio de cesantía**

El auxilio de cesantía es una prestación cuya finalidad original es integrar una especie de ahorro para cuando el trabajador quede cesante.

Antes del 1º de enero de 1991 cuando se inició la vigencia de la Ley 50 de 1990, solo existía el hoy denominado régimen tradicional o retroactivo del auxilio de cesantía, por virtud del cual al término de la relación contractual de trabajo el empleador debía reconocer al trabajador una suma equivalente a un mes de salario del trabajador por cada año de servicio y proporción, previo el descuento de pagos parciales autorizados por el Ministerio del Trabajo para atender necesidades relacionadas con la vivienda del trabajador o de su cónyuge, en materia de adquisición, mejoras o liberación de obligaciones hipotecarias.

Hoy, por virtud de lo previsto en la Ley 50 de 1990, todos los trabajadores vinculados desde el mencionado 1º de enero de 1991 y los vinculados anteriormente, que expresamente hubieren estipulado acogerse al nuevo sistema, tienen derecho a que el empleador les liquide anualmente, a 31 de diciembre, el auxilio de cesantía y lo consigne en el Fondo de Cesantías que el trabajador elija o, en defecto de su decisión, el que elija el empleador, antes del 14 de febrero del año inmediatamente siguiente. Si el empleador no lo hiciera deberá pagar una indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo en hacer dicho pago.

El empleador debe informar al trabajador acerca del monto de lo consignado en el Fondo respectivo.

Para liquidar este auxilio, en cualquiera de los dos regímenes (el tradicional o el de liquidación anual), el empleador deberá tener en cuenta "el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre que no haya tenido variación en los últimos tres meses" porque "en el caso contrario y en el de



Foto: Toro, F. (2012) Las Brisas. Colección fotográfica Fedepalma.

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" (Art. 253 del CST, en la versión modificada por el artículo 17 del decreto 2351/65).

Esta última disposición, cuando hay lugar a tomar como base el promedio de lo devengado por concepto de salario en el último año para determinar el cálculo de esta prestación, no presenta ningún inconveniente de interpretación en el sistema tradicional o retroactivo.

En el sistema de liquidación anual también llamado de "Ley 50", se han presentado opiniones doctrinales diversas.

A este respecto, a modo orientador, considero que en este sistema de liquidación el año a que se refiere la disposición mencionada debe ser el comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre materia de la liquidación, es decir, el año calendario. Esta hipótesis tiene ocurrencia cuando el trabajador se retira de la prestación del servicio durante dicho período anual sin que haya razón para tomar dentro del promedio anual, cuando a él hubiere lugar, pagos salariales efectuados en el año calendario inmediatamente anterior, que ya fue materia de la base del cálculo de la cesantía a 31 de diciembre. En suma, para efectos de la determinación de lo salarialmente devengado en el

último año, en este sistema de liquidación anual cada año calendario tiene una condición autónoma.

Al término del contrato de trabajo, si el trabajador es del nuevo sistema, como lo son hoy la mayoría, el empleador debe entregar al trabajador la comunicación dirigida al Fondo de Cesantías al cual se encontrare afiliado acreditando la terminación del contrato, para que sea el Fondo el que le entregue los valores ahorrados por este concepto. El empleador solo hará entrega directa de aquellas sumas de dinero a que hubiere lugar por este concepto y que no hayan sido entregados a dicho Fondo.

Si el trabajador se encuentra en el régimen tradicional, el empleador deberá entregar al trabajador en forma directa el auxilio de cesantía a que hubiere lugar, previo descuento de los pagos parciales realizados en legal forma.

En efecto, como se dijo antes, excepcionalmente se pueden hacer pagos parciales, bien sea por parte del empleador respecto de cesantías cuya consignación al Fondo aún no se hubiere causado o por los Fondos, respecto de los dineros consignados en la cuenta del trabajador.

Estos pagos parciales, además de tener como causal justificativa “la adquisición, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda” o de su cónyuge o compañero (a) permanente o “para realizar planes de vivienda” o para “hacer prestamos... para los mismos fines” (Art. 256 del CST), también pueden hacerse para “el pago de matrículas en instituciones y programas técnicos... debidamente acreditados... del empleado, trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente o sus descendientes” (L. 1064/06, Art. 4º), pero en este último caso solo están facultadas para aplicar el retiro parcial las entidades administradoras de Fondos de Cesantías.

Hoy no se requiere que los pagos parciales antes referidos tengan la previa autorización del Ministerio del Trabajo. El empleador deberá hacer el pago dentro de los cinco días hábiles a la solicitud y si no se cumplieran, el trabajador puede solicitar la intervención de dicho Ministerio.

En este sentido, es conveniente que el empleador tenga una política básica que le permita organizar esta clase de solicitudes en orden a verificar que el auxilio parcial solicitado cumpla el destino específico que la ley consagra a fin de evitar que la relajación de esta obligación termine desnaturalizando el propósito de este auxilio y que lo excepcional, como lo son los pagos parciales, termine convirtiéndose en la generalidad, aplicándolos para otros destinos y

minando así el propósito de ahorro al final del camino para cuando el trabajador quede cesante.

Recientemente se expidió la Ley 1636 de 2013 cuyo objeto es “crear un mecanismo de protección al cesante”, la cual hace mención del uso del auxilio de cesantía para este mecanismo a solicitud del trabajador. A esta nueva institución, tendiente a crear condiciones de protección para el trabajador una vez queda cesante me referiré más adelante en el subcapítulo rotulado “A la terminación”, que contiene criterios orientadores para las buenas prácticas con relación a este momento del vínculo contractual de trabajo.

► **Los intereses sobre el auxilio de cesantía**

Los intereses laborales sobre el auxilio de cesantía son equivalentes a 12 % anual y deben liquidarse sobre los saldos que por tal concepto tuviere el trabajador a 31 de diciembre de cada año, o en la fecha de terminación del contrato de trabajo o en la fecha de liquidación parcial de dicho auxilio.

Cuando se calcule sobre saldos a 31 de diciembre, su pago debe hacerse a más tardar el 31 de enero del año siguiente, so pena de causar una indemnización por mora equivalente a una suma igual a la que debe pagar por intereses.

Cuando se calculen a la terminación del contrato de trabajo, su pago debe hacerse en la fecha de la terminación del mismo, junto con la liquidación final respectiva.

Cuando su aplicación tenga lugar por pago parcial del auxilio de cesantía, deberán reconocerse dentro del mes calendario siguiente a la fecha de la liquidación parcial de dicho auxilio y no a la fecha en que se haga efectivo el correspondiente pago parcial.

► **La prima de servicios**

Esta prestación social consiste en el pago a más tardar el último día de junio y en los primeros 20 días del mes de diciembre, de una suma equivalente a 15 días de salario del trabajador, por semestre trabajado o proporcional.

Se liquida tomando el último salario ordinario fijo vigente a la fecha de pago y, en caso de salario variable, deberá calcularse el promedio mensual correspondiente a lo devengado por este último concepto durante el respectivo semestre o proporcional, si el tiempo laborado por el trabajador en el período de cálculo hubiere sido inferior al semestre.



Como suele ocurrir que el pago se realice antes de concluir el semestre y el salario variable puede presentar modificaciones entre la fecha de la liquidación de la prima y la culminación del semestre, el empleador debe en tal caso hacer el ajuste que corresponda y pagar el saldo resultante en el mes inmediatamente siguiente a la finalización del semestre.

Igualmente, y a diferencia del sistema para liquidar la cesantía, si el salario ordinario fijo varía en los últimos 3 (tres) meses, no hay lugar a incorporarlo en la base para tomar el promedio mensual, pues como ya se dijo, debe tomarse el último vigente a la fecha de la causación del pago de la prima y a esta suma adicionar el promedio mensual de lo devengado en el semestre por salario variable, cuando a ello hubiere lugar.

► ***El calzado y vestido de labor***

Esta prestación en especie, que la doctrina ha resumido con la palabra "dotación", debe reconocerla el empleador a todos los trabajadores que devenguen un salario igual o inferior a dos veces el salario mínimo más alto y que tenga más de tres meses al servicio del empleador.

Consiste en la entrega al trabajador de un vestido de labor y un par de zapatos cada cuatro meses, los días 30 de abril, 31 de agosto y 20 de diciembre de cada año.

El trabajador que no utilice lo suministrado por el empleador para la prestación del servicio, eximirá al empleador de esta obligación respecto de la entrega que corresponda para el período siguiente.



La ley prohíbe expresamente compensar en dinero esta prestación (Art. 234 del CST).

No ha sido fácil, doctrinalmente hablando, establecer qué debe entenderse por “vestido de labor”; sin embargo, siguiendo lo explicado en el artículo 1º del Decreto Reglamentario 982/84, debe procurarse que sea adecuado a lo requerido por el empleador para el desempeño de la función o actividad a que hubiere lugar por causa del servicio materia del contrato de trabajo, es decir, como lo precisaba el Decreto 686/70, art. 3º, que sea adecuado a la naturaleza del trabajo y al medio ambiente en el que se desarrolle.

En suma, dentro de la línea de lo correcto, debe procurarse que el “vestido de labor” para el trabajador que esté en los niveles de remuneración para exigir esta prestación le permita suplir el suministro por su cuenta del vestido adecuado para prestar el servicio y, además, que le ahorre el gasto que representa comprar calzado.

Si a la terminación del contrato existieren suministros pendientes de calzado y vestido de labor, como no puede compensarse en dinero y tampoco resulta acorde con lo justo aducir la mora para eludir su reconocimiento, considero que debe entregarse en especie, quizá mediante transacción o acuerdo conciliatorio en la que el valor de lo que se estime por cada dotación pueda acreditarse como equivalente con otras prendas y clase de calzado que resulten concordantes con la nueva situación laboral, dado que ya no habrá labor respecto de la cual establecer una necesidad específica, tal como lo exige la naturaleza de esta prestación.

En algunos casos esta dotación se subsume con entrega de prendas o calzados propios de la seguridad industrial, pero en tal caso debe tenerse en cuenta que este suministro pasa a ser propiedad del trabajador y, por tanto, no puede ordenarse su restitución una vez termine el contrato de trabajo.

Igualmente, también puede suceder que existan elementos de protección propios de la seguridad industrial que no se consideren parte de esta prestación. En este caso, al entregarlos el empleador debe hacer suscribir una constancia acerca de los deberes del trabajador con relación al material entregado, incluido, si así lo estableciere el empleador, el deber de restituirlos en los términos y condiciones que en dicha constancia se expresan; pero no debe olvidarse que este suministro es adicional al de la dotación de vestido y calzado de labor, como prestación legal.

De todas maneras cabe recordar que esta prestación social está dentro del mínimo legal y el empleador puede adicionar de manera extralegal, como en los demás casos, lo que considerare razonablemente posible suministrar, sin que el trabajador quede obligado a hacer restitución alguna.

c. Los que remuneran el descanso (vacaciones)

Explicábamos antes al referirnos a las grandes categorías de pagos laborales que, además del salario, de las prestaciones sociales y de las indemnizaciones, la otra categoría es la relacionada con las vacaciones.

Salvo circunstancias especiales de acumulación, este pago laboral consiste en el derecho que la ley concede al trabajador para que el empleador le reconozca 15 (quince) días hábiles “consecutivos” de descanso por cada año de servicio, a más tardar dentro del año subsiguiente a su causación y, explica la ley, que estas deben ser concedidas por disposición del empleador o a petición del trabajador, “sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso”, siendo obligación del empleador, además, “dar a conocer al trabajador con quince días de anticipación, la fecha en que le concederá las vacaciones” (Art. 187 del CST).

Lo anterior significa que por mandato legal los días de descanso a que se refiere este pago laboral no pueden fraccionarse. Sin embargo, en la práctica se suele morigerar esta disposición, cuando la programación de las vacaciones fracciona los 15 días hábiles con razonabilidad suficiente y siempre y cuando haya claridad acerca de que no se está afectando el descanso del trabajador ni manipulando este beneficio en su perjuicio. Es usual por ejemplo, conceder días de “permiso” para luego cruzarlo con los días de vacaciones. Esta práctica

contraría el espíritu de este beneficio, que es el descanso real del trabajador y no un tiempo canjeable con otras contingencias.

El cumplimiento de esta obligación debe acreditarse en un sistema de control en el cual conste qué períodos de descanso ha recibido el trabajador y cuáles están pendientes de reconocimiento total o parcial.

Por otra parte, como se mencionó inicialmente es posible acumular períodos de vacaciones hasta por dos años, previo acuerdo con el trabajador y, excepcionalmente hasta por cuatro “cuando se trate de trabajadores técnicos, especializados, de confianza, de manejo o de extranjeros que presten sus servicios en lugares distintos a los de la residencia de sus familiares”, sin que en ningún caso el trabajador deje de recibir por lo menos seis (6) días hábiles *continuos* de vacaciones por año (Art. 190 del CST, en la versión modificada por el artículo 6º del Decreto 13/67).

Cuando las vacaciones son disfrutadas en tiempo, para efectos de su liquidación debe diferenciarse si el trabajador devenga un salario fijo o variable:

- Si el trabajador devenga un salario fijo, las vacaciones deben liquidarse con el salario básico (ordinario fijo) que esté devengando al momento de disfrutarlas, excluyendo el valor de lo que hubiere podido haber recibido por concepto de horas extras o de trabajo en día dominical o festivo.
- Si el trabajador devenga un salario variable, como cuando recibe comisiones o primas de éxito, las vacaciones se liquidarán con el promedio de lo devengado por el trabajador durante el año inmediatamente anterior a la fecha en que se concedan o fracción, si el tiempo de servicio hubiere sido inferior pero excluyendo los factores enunciados en el aparte anterior.
- Si el trabajador devenga salario fijo y variable, deberá tomarse el último salario fijo (básico) y adicionar el promedio mensual de lo devengado salarialmente por este concepto durante el último de servicio o fracción.
- En ambos casos, debe también excluirse el auxilio legal de transporte, dada su naturaleza no salarial, como se explicó anteriormente, y teniendo en cuenta que las vacaciones no son una prestación social, sino otra modalidad de pago laboral consistente en la remuneración del descanso.

Es de anotar que, toda vez que la ley no hace expresa exclusión de los pagos por concepto de recargo nocturno, este deberá incluirse en la base para liquidar las vacaciones tanto si se devenga un salario fijo, como si este es variable, y en



Foto: Toro, F. (2012) Las Brisas. Colección fotográfica Fedepalma.

tal caso tomarse el promedio mensual de lo recibido por este concepto en el último año de servicio o fracción, si este hubiera sido inferior.

Dado que la naturaleza de las vacaciones es proveer para el ser humano del trabajador un descanso, solo de manera excepcional considero que se deben compensar en dinero.

A este respecto, existe una circunstancia justificada para permutar descanso por dinero, cuando termina el contrato de trabajo y el trabajador no ha disfrutado, total o parcialmente, de las vacaciones a las que tenía derecho.

También, es posible que, previa solicitud del trabajador, se acuerde por escrito el pago en dinero de hasta la mitad de las vacaciones, sin que se requiera para ello autorización del Ministerio del Trabajo o causal específica alguna, según la modificación al artículo 189 del CST introducida por la Ley 1429 de 2010.

Esta permisión, aunque está sustentada legalmente, debe ser aplicada con prudente razonabilidad, pues a la luz de las buenas prácticas en la relación laboral, no es conveniente cambiar durante la vigencia de la relación contractual de trabajo el necesario descanso de la persona por dinero y mucho menos aprovechar esta disposición para disminuir el período del descanso efectivo. En suma, lo recomendable es acudir a esta posibilidad en situaciones de evidente razonabilidad.

En este caso, es decir, cuando las vacaciones se pagan en dinero, este pago debe liquidarse con base en el último salario devengado por el trabajador, es decir, sin excluir pago alguno constitutivo del salario.

d. Los que se entregan para reparar un perjuicio (indemnizaciones)

La cuarta gran categoría de pagos laborales es la de las indemnizaciones.

Como señalábamos antes, la indemnización es un pago que se causa para reparar un perjuicio y, como textualmente lo define el artículo 1613 del Código Civil, “comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

Las que suelen aparecer más frecuentemente en el universo de la relación laboral son las indemnizaciones que tienen lugar cuando el empleador termina el contrato de trabajo por decisión unilateral sin justa causa. Sin embargo, no son las únicas, pues en materia laboral también es importante tener en cuenta la indemnización moratoria y la llamada indemnización plena.

Veamos a continuación cada una de estas modalidades de pago laboral reparador.

► Indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa

En esta circunstancia, la ley trae un efecto reparador, con causa en dicha terminación unilateral, a cargo del empleador, señalando una tarifa específica según la modalidad de duración del contrato de que se trate. Ello significa que si el contrato de trabajo es por obra o labor determinada o a término fijo o a término indefinido, el empleador que termine unilateralmente el contrato sin justa causa pagará una suma de dinero en días de salario, que varía según la citada modalidad de duración contractual.

A estas indemnizaciones nos referiremos en detalle más adelante, cuando hagamos mención a esta modalidad de terminación de contrato en el subcapítulo que hemos denominado “*A la terminación*”.

Cabe destacar en este punto que, además de la indemnización tarifada antes referida, la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional han señalado que es posible que un trabajador pueda reclamar, previo trámite judicial, un valor indemnizatorio adicional cuando considera que la terminación unilateral sin justa causa ha ocasionado perjuicios morales y materiales mayores que los definidos por el legislador y que, por tanto, el daño sufrido por dicha terminación supera la cuantía establecida en la tarifa legal.

De todas maneras, no sobra advertir que esta posibilidad es excepcional, no es automática y el trabajador debe demostrar judicialmente que efectivamen-

te se ha producido un perjuicio más grave que el señalado anticipadamente por el legislador.

¿Qué ocurre cuando quien termina el contrato de trabajo unilateralmente sin justa causa es el trabajador?

Si bien se mantiene la obligación del trabajador de dar aviso al empleador de esta determinación, con 30 días hábiles de antelación a la fecha de la terminación cuando la modalidad del contrato es a término indefinido, hoy no hay un efecto indemnizatorio legalmente tarifado por causa de incumplirse esta obligación y cualquier tratamiento contractual en este sentido ameritaría un especial cuidado en la medida en que, a la luz de criterios constitucionales y legales, podría ser una cláusula regresiva e ineficaz.

En este sentido, falta aún mayor desarrollo doctrinal, en la medida en que también puede resultar inequitativo que una de las partes del contrato cause perjuicio a la otra por una terminación intempestiva y este perjuicio carezca de reparación, contrariando lo dispuesto en el artículo 1613 del Código Civil antes mencionado.

Algunos doctrinantes sostienen que es viable acoger una cláusula contractual en tal sentido, con el riesgo jurídico ya referido.

Sin embargo, lo cierto es que hoy no hay efecto indemnizatorio legal y frente a la duda de aplicaciones indemnizatorias para el trabajador por vía del contrato de trabajo, estimo que lo prudente es abstenerse mientras no haya un desarrollo legal o jurisprudencial específico.

Respecto de la indemnización a cargo del trabajador por terminación unilateral del contrato sin justa causa en las otras modalidades de contrato de trabajo según su duración, es decir, en contratos a término fijo o por obra o labor, no hay para el trabajador obligación de dar aviso previo con antelación alguna y, por tanto, con mayor razón considero que no cabría siquiera la estipulación de una cláusula contractual en tal sentido.

► ***Indemnización moratoria***

A esta indemnización también nos referiremos más adelante en el acápite titulado "*A la terminación*", concretamente respecto de la liquidación final del contrato de trabajo, pues tiene lugar, como lo veremos, cuando el empleador, a la terminación del contrato no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas.

► **Indemnización plena**

Otra indemnización que amerita especial atención por parte de los empleadores es la que puede ocurrir en el caso en que se presente un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y se demuestre que en el insuceso hubo culpa del empleador.

En este caso, el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que el empleador "está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios", además de las prestaciones económicas que reconozca el Sistema de Riesgos Laborales.

La indemnización antes referida se conoce doctrinalmente como indemnización plena; suele ser de elevada cuantía cuando el insuceso ocasiona la invalidez o la muerte del trabajador y se demuestra que el empleador incurrió en la llamada culpa leve, la cual corresponde a "la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios", como la suele definir el artículo 63 del Código Civil.

Para prevenir este efecto, es necesario que el empleador cumpla diligentemente la normatividad relacionada con la Seguridad Industrial, el Régimen de Seguridad y Salud en el Trabajo (antes, Salud Ocupacional), las disposiciones para evitar el acoso laboral y todo lo que le permita acreditar con claridad una correcta política empresarial en materia de panorama de riesgos; elementos de protección; prevención de riesgos físicos, químicos y psicosociales y, en fin, adecuadas inducciones preocupacionales y ocupacionales.

Por ello, es recomendable documentar adecuadamente el cumplimiento de la normatividad sobre la materia y, lo que es más importante, más allá del cumplimiento meramente formal, promover una cultura del buen trato y de la protección del ser humano en el trabajo, de suerte que el empleador tenga la tranquilidad en cuanto a que, independientemente de los riesgos inherentes a la actividad productiva, ha realizado una diligente gestión para proteger la integridad del trabajador pensando en la bondad que tiene el que las personas puedan acudir al trabajo y regresar a compartir con sus familias, en forma tal que su trabajo sea motivo de realización y no de daño por causa de una actitud negligente o temeraria del empleador.

Respecto de indemnizaciones como las que se causan en materia de terminación de contrato de personas que tienen disminución física, sensorial o psíquica en estado de debilidad manifiesta nos referiremos en el aparte siguiente, con relación al tema titulado "Estabilidad reforzada".

Pagos durante el Desarrollo

1 Pagos que constituyen salario



- 💰 Remuneración fija o variable
- 💰 Valor del trabajo suplementario u horas extras
- 💰 Comisiones
- 💰 Premios o bonos por ventas
- 💰 Remuneración por trabajo en días de descanso o trabajo nocturno
- 💰 Viáticos permanentes



3 Vacaciones

del Contrato de Trabajo

2 Prestaciones sociales



\$ Auxilio de transporte

\$ Auxilio de cesantía

\$ Intereses del auxilio de las cesantías

\$ Primas de servicios

Calzado - vestido



4 Indemnizaciones



\$ Por terminación del contrato de trabajo

\$ Indemnización moratoria

\$ Indemnización plena

2. Políticas especiales

Además de las cuatro grandes categorías de pagos laborales, es decir, según lo ya reiterado, del salario, de las prestaciones sociales, de las vacaciones y de las indemnizaciones, de los cuales hemos descrito las tres primeras, dejando lo relacionado con las indemnizaciones para explicarlo en el subcapítulo siguiente denominado "A la terminación", existen *durante* la vigencia del contrato de trabajo algunas situaciones especiales cuya regulación jurídica invita al empleador a adoptar políticas que le permitan liderar con mayor claridad su propósito de gestionar el talento humano, dentro del marco cualitativo del respeto por la dignidad del trabajador y del deber de conducir la actividad productiva.

Lo anterior, desde luego, teniendo como fundamento de toda acción la persona, para evitar así efectos perversos de instrumentalización o mercantilización del ser humano, que terminan generando resentimientos y desmotivaciones contrarios a la eficacia pretendida y a los legítimos anhelos de rentabilidad, como sustento esencial de la sostenibilidad de la fuente de empleo.

Es a esta clase de situaciones a las que nos referiremos en este aparte que hemos denominado "Políticas especiales", cuya formulación a modo de apoyo no pretende agotar el universo de las mismas.

- a. Permisos en general
- b. Permisos con reglamentación específica (licencias)
- c. Trabajo dominical y festivo
- d. Trabajo por recargo nocturno y horas extras
- e. Préstamos y descuentos
- f. Horas "Ley 50"
- g. Seguimiento laboral (régimen disciplinario)
- h. Estabilidad reforzada

Profundizando en cada una de ellas, tenemos lo siguiente:

a. Permisos en general

Es claro que, por virtud de lo dispuesto en la ley (Art. 57, Núm. 6, CST), el empleador debe, como obligación especial, conceder al trabajador permisos, es decir, licencias para separarse transitoriamente del cumplimiento de sus funciones, cuando así lo requiera el trabajador "para el ejercicio del sufragio; para

el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación; en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada y para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización o para asistir al entierro de sus compañeros". Jurisprudencial y doctrinalmente se ha adicionado el lógico permiso para acudir al médico o a tratamientos de la salud debidamente acreditados por el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Por decisión de la Corte Constitucional (Sentencia C-930 de 2009), para el caso de los permisos por grave calamidad doméstica, desempeño de cargos oficiales, comisiones sindicales y asistencia a funerales, el tiempo no podrá descontarse del salario del trabajador ni compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria. Ello significa, en resumen, que todos estos permisos deben ser remunerados.

Sin embargo, el otorgamiento de los permisos no constituye un derecho absoluto del trabajador ni un deber automático del empleador. En un primer término la ley precisó que hay lugar a su otorgamiento "siempre que (el trabajador) avise con la debida oportunidad al empleador o a su representante" y que, en casos como el desempeño de comisiones sindicales o de asistencia a funerales de compañeros de trabajo y, a mi juicio, en general, "el número de los que se ausenten no sea tal que perjudique el funcionamiento de la empresa".

Igualmente y con evidente lógica, se pueden presentar calamidades o afectaciones de la salud que no permiten el aviso oportuno y es frente a estas situaciones que se requiere diseñar una política básica, sustentada en los siguientes criterios fundamentales:

- La previa solicitud, en las situaciones que razonablemente lo permitan.
- La motivación que sustente la solicitud, distinguiendo las situaciones que se refieren a la actividad sindical, de la que tienen origen en calamidades domésticas o en necesidades ordinarias que no obedecen ni al ejercicio del derecho sindical ni a la emergencia doméstica.
- La acreditación posterior a cargo del trabajador y el término para presentarla.
- La posibilidad de concederlos o negarlos, aun con posterioridad a la ausencia, cuando lo que la motivó no permitió el previo cumplimiento de lo establecido, si en todo caso no se cumplieran los requerimientos contenidos en la política.

No hay duda de que se trata de un tema de buen criterio por virtud del cual se requiere mantener el sano equilibrio entre lo disciplinariamente necesario para evitar la anarquía y la consideración de humanidad que subyace en esta clase de situaciones laborales.

b. Permisos con reglamentación específica

Además de la política que debe diseñar el empleador para el otorgamiento de permisos de acuerdo con la obligación que consagra la ley laboral en los términos antes explicados, existen otros que tienen marco regulatorio especial por la particular naturaleza que los causa y que constituyen situaciones especiales que el empleador debe tener en cuenta dentro del manejo propio de la vida laboral durante la vigencia del contrato de trabajo. Se conocen como licencias y son tres: **la licencia por maternidad, la licencia por paternidad y la licencia por luto.**

1) Licencia por maternidad

Esta licencia está expresamente regulada en los artículos 236, en la versión modificada por la Ley 1468 de 2011, al 244 del CST y constituye una especial situación laboral regulada con particular exigencia, con sustento no solo en lo que expresamente dispone la Constitución Política, sino también por el irrefutable postulado de respeto y protección por lo que significa la generación de la vida desde el proceso de gestación, que es el origen de todos los que participamos de la condición humana.

Se refiere esencialmente al deber del empleador de reconocer a la trabajadora, con causa en la maternidad, licencia remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso y si este fuese variable, con el promedio de lo mensual de lo devengado por este concepto durante el último año de servicio, en la época del parto.

Esta licencia se debe reconocer por un término de 14 semanas, previa presentación por parte de la trabajadora al empleador de un certificado médico en el cual conste el estado de embarazo, la indicación del día probable del parto y la fecha desde la cual se estima que la trabajadora debe empezar la licencia, considerando que esta ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

De estas 14 semanas, lo ideal es que, con base en la certificación médica, la trabajadora pueda optar por ausentarse del trabajo las dos semanas previas (licencia de maternidad preparto) y, al menos, una semana anterior al día probable del parto, la cual es "de obligatorio goce" y las 12 o 13 semanas restantes disfrutarlas desde la fecha del parto (licencia de maternidad posparto).

Ello, sin que en ningún caso se afecte el total de las 14.

Inclusive si es un parto prematuro, la ley señala que debe contarse la diferencia entre la fecha de tal parto prematuro y la que debía corresponder en condiciones normales, para sumar estos días a las 14 semanas antes mencionadas.

Si el parto es múltiple deberá ampliarse la licencia en dos semanas más. Es decir, que en este caso el total de semanas de licencia por maternidad sería de 16 semanas. Y si el parto múltiple es prematuro, habría que agregar a las 16 semanas lo que resulte de aplicar la diferencia a que se refiere el párrafo anterior.

Sin perjuicio de lo anterior, el Sistema de Seguridad Social en Salud, a través de la EPS a la cual se encuentre afiliada la trabajadora, debe reconocer al empleador lo pagado por este concepto, dentro de lo que específicamente dispongan las normas y procedimientos previstos por dicho Sistema para esta clase de reconocimientos.

En caso de aborto la trabajadora tendrá derecho a una licencia remunerada en los términos ya señalados, pero de dos a cuatro semanas, para lo cual debe presentar al empleador certificado médico en el que se señale este hecho, el día en que ha tenido lugar y el tiempo de reposo que necesita la trabajadora.

Además de esta licencia, y como un permiso complementario, el empleador debe reconocer a la trabajadora durante los seis meses siguientes al parto, dos descansos remunerados de 30 minutos cada uno, dentro de la jornada diaria de trabajo.

La ley originalmente concedía este permiso dentro de un contexto en el cual la trabajadora podía trasladarse, como literalmente lo señala, "para amamantar a su hijo". En la práctica, esta disposición, dadas las dificultades de desplazamiento de la madre del lugar de trabajo al lugar en donde se encuentra el recién nacido, las cuales suelen presentarse en la mayoría de los casos y ante la imposibilidad práctica para hacer coincidir el propósito de la norma con la circunstancia específica de los deberes de la madre y la necesidad del recién nacido, este permiso termina transformándose en un acuerdo para reconocer una hora de ausencia remunerada al final o al comienzo de la jornada de trabajo.

En suma, durante este período de lactancia la jornada de la trabajadora se reduce en una hora.

Aunque es un tema que se tratará en el acápite de la política especial relacionada con la estabilidad reforzada, conviene advertir desde ahora que el tratamiento de la terminación del contrato de una trabajadora durante el embarazo o los descansos remunerados antes mencionados, es decir, que salvo especiales circunstancias que se detallarán en el aparte antes referido, existe la regla general que prohíbe despedir a la trabajadora en estos casos, y de llegar a vulnerarse esta prohibición tal terminación se considerará nula, es decir, no producirá efecto alguno.

2) *Licencia por paternidad*

En el mismo artículo 236 del CST antes citado, en la versión modificada en la Ley 1468/11, se dispuso, con aclaraciones de la jurisprudencia constitucional, que **el padre del recién nacido, independientemente de su vínculo legal o jurídico con la madre, tiene derecho a que la EPS a la cual se encuentre afiliado le reconozca ocho (8) días hábiles de licencia de paternidad remunerada, aclarando que esta es incompatible con la licencia de calamidad doméstica;** de suerte que de haberse solicitado esta última con causa en el nacimiento del hijo, los días que se hubieren concedido por concepto de calamidad doméstica se deben descontar de los ocho (8) días hábiles de la licencia por paternidad.

El soporte para el otorgamiento de esta licencia es el registro civil de nacimiento, el cual deberá ser presentado por el padre tanto a la EPS como al empleador, a más tardar dentro de los 30 días siguientes al nacimiento del menor. Para ello, se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante “las semanas previas al reconocimiento” de esta licencia.

Para la determinación del número de “semanas previas cotizadas”, se ha concluido jurisprudencialmente que la EPS puede exigir un número similar al que se requiere para el otorgamiento de la licencia de maternidad por parte de la EPS, de acuerdo con lo legalmente establecido para estos casos.

Esta licencia deberá ser remunerada por el empleador en similares términos a la licencia de maternidad y, de igual manera, deberá ser finalmente pagada por la EPS a la cual se encuentre afiliado el padre, de acuerdo con las reglas y procedimientos establecidas por el Sistema de Seguridad Social en Salud para la licencia de maternidad.

No obstante, como en este caso, el empleador del padre del recién nacido en la práctica no recibe de inmediato la acreditación de la licencia por parte de la EPS y, sin embargo, este trabajador puede solicitarla al empleador con fundamento en el registro civil de nacimiento, lo recomendable es que se reconozca

la licencia y esta se remunerará únicamente cuando presente certificación de la EPS en la cual conste que el afiliado ha cumplido los requisitos para el otorgamiento de la misma.

Si concedido el permiso, la EPS no reconoce la licencia, este debe ser remunerado dentro de la naturaleza propia de los permisos por calamidad doméstica.

La conclusión precedente se sustenta en el principio laboral de favorabilidad explicado en capítulo anterior. No obstante, dependerá de la política diseñada por el empleador decidir si, tratándose de un permiso por calamidad doméstica, este se concede únicamente hasta por el número de días que tal política señale y, si fuere inferior al de la licencia por paternidad y el empleador deseara conceder un número de días equivalentes a los legalmente señalados para esta licencia, puede a los días restantes de permiso darles el tratamiento de licencia no remunerada, de ausencia injustificada, según las circunstancias específicas del caso y lo que se pudiere establecer con prueba suficiente.

3) Licencia por luto

La Ley 1280 de 2009 adicionó el numeral 10 del artículo 57 del CST, incluyendo entre las obligaciones especiales de los empleadores la de conceder a los trabajadores una licencia remunerada por luto de cinco (5) días hábiles en caso de fallecimiento de:

- **Cónyuge o compañero o compañera permanente.** La ley no distingue si se trata del cónyuge o compañero permanente con el cual conviva el trabajador en el momento de su fallecimiento. Esta falta de distinción y la ausencia de reglamentación dan pie para que se llegue a aceptar que mientras exista cónyuge con sociedad conyugal no disuelta y compañero permanente y, especialmente, en los casos de convivencia simultánea, que la jurisprudencia ha empezado a acoger, el trabajador puede aducir con sustento suficiente el derecho a esta licencia tanto por el fallecimiento del cónyuge con sociedad conyugal disuelta, como por el del compañero permanente, así no se conviva con el cónyuge o esta convivencia sea simultánea.
- **Familiar hasta el grado segundo de consanguinidad,** es decir, por fallecimiento de padres, hijos, hermanos, abuelos o nietos.
- **Familiar hasta el primer grado de afinidad,** es decir, suegros, yernos, nueras, padrastros, madrastras e hijastros.

A este respecto, conviene tener en cuenta que, según lo previsto en el artículo 47 del Código Civil, en concordancia con la Sentencia C-595 de 1996,

el parentesco de afinidad se predica respecto de los consanguíneos de la cónyuge o del compañero permanente, con lo cual la interpretación amplia antes referida hace extensiva la causalidad de la licencia por fallecimiento de suegros, yernos, nueras, padrastros, madrastras e hijastros tanto en relación con el cónyuge con sociedad conyugal no disuelta como con el compañero permanente, haya o no convivencia simultánea.

- **Familiar hasta el segundo grado civil:** padres adoptantes o hijos adoptivos y hermanos, abuelos o nietos de la familia adoptante.

En principio, la ley se refería únicamente a los familiares hasta el primer grado civil; sin embargo, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-892 de 2012, declaró la exequibilidad de la expresión "*hasta el segundo grado de consanguinidad (...) y primero civil*", contenida en el artículo 1º. de esta, en el entendido que también incluye a los parientes del trabajador en el segundo grado civil, es decir los antes mencionados.

Esta licencia tiene las siguientes características:

- Los días de reconocimiento son hábiles, es decir, que para su contabilización no deben tenerse en cuenta los domingos ni los festivos legales.
- Será beneficiario de la licencia todo trabajador, cualquiera que sea su modalidad de contrato o su vinculación laboral. Ello significa que no importa la antigüedad del trabajador ni el término de duración del contrato, siempre y cuando el fallecimiento ocurra durante la vigencia del mismo.

La expresión "cualquiera que sea su modalidad de contratación o vinculación laboral", no puede pretender extenderse a personas naturales-contratistas independientes o a personas asociadas a cooperativas, dado que se trata de una norma del Código Sustantivo del Trabajo relacionada con las obligaciones de los empleadores y, por tanto, es aplicable únicamente a personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

- El hecho de la muerte debe demostrarse mediante documento expedido por autoridad competente dentro de los 30 días hábiles siguientes a su ocurrencia.
- Para demostrar la ocurrencia del fallecimiento del causante de la licencia se requiere presentar el registro civil de defunción; para acreditar el parentesco o la condición de cónyuge o compañero(a), deberá presentarse el correspondiente o los respectivos registros civiles a que hubiere lugar y, en los demás casos, siguiendo las normas y los procedimientos vigentes.



Foto: Toro, F. (2012) Yarima. Colección fotográfica Fedepalma.

Si vencidos los 30 días hábiles siguientes a la muerte del causante, el trabajador no demuestra este hecho, se extingue el derecho a la licencia y el empleador podrá descontar los días no trabajados y, si es el caso, aplicar el régimen disciplinario a que hubiere lugar.

Por lo mismo, como en la mayoría de los casos la licencia se disfrutará antes de la acreditación, conviene que en el documento de otorgamiento de esta el trabajador autorice descontar la remuneración pagada durante la licencia, sin perjuicio de los demás efectos laborales, en los casos de falta de veracidad o acreditación fuera de término.

- Las EPS tienen la obligación de prestar asesoría psicológica a la familia. Mientras no haya reglamentación se requerirá un instructivo por parte de cada EPS, pues no se establece ni la extensión de dicha asesoría ni los alcances de la misma. Si no se expide ningún instructivo, el afiliado cotizante o beneficiario mantiene su derecho a solicitarla y la EPS a concederla según lo que científicamente corresponda.
- La grave calamidad doméstica no incluye esta licencia. Esta precaria redacción significa que la licencia por luto está excluida del concepto de grave calamidad doméstica, de suerte que en regímenes extralegales donde aparezcan días de permiso por fallecimiento como grave calamidad doméstica,

mientras estos no se modifiquen será necesario adicionar a la licencia por luto los días que dicho régimen consagre, a menos que existiere expresa condición en el texto que consagre el régimen extralegal, por virtud de la cual si hubiere algún beneficio de orden legal por este concepto, tal beneficio se imputará a lo extralegalmente estipulado.

- La ley no señala la oportunidad para el reconocimiento de esta licencia.

Sin embargo, la naturaleza de la norma está directamente encaminada con la condición del "luto", es decir, del duelo, pena o aflicción por el fallecimiento de una persona; circunstancia esta que, en principio, implica que su reconocimiento sea, de manera inmediata y continua desde el día del fallecimiento de la persona.

No obstante, como la norma no distingue, se pueden presentar circunstancias que pudieren implicar políticas diferentes, dado que la pena, la aflicción o el duelo no pueden predicarse dentro de un tiempo específico y que, en muchos casos, existen necesidades laborales inmediatas que requieren la pronta presencia del trabajador, sin que por ello se supere el duelo.

- Igualmente, tampoco dice la ley que deban ser días continuos, con lo cual, en concordancia con el criterio anterior, podrían también fraccionarse, es decir, reconocerse unos días de la licencia con inmediatez respecto de la fecha de fallecimiento y aplazar otros días para posterior oportunidad.

En todo caso, la invitación para el empleador es a generar políticas en materia de estas licencias para que sean concordantes con la naturaleza de cada una, previniendo hasta donde sea posible anarquías o situaciones de molestia o abusos.

c. Trabajo en día dominical y festivo

El domingo o el día festivo deben ser por regla general días para el descanso.

Por esta razón, cuando los trabajadores –incluidos los calificados como de dirección, confianza y manejo–, laboran en estos días, el empleador debe reconocerles, a modo de compensación, unos beneficios adicionales.

Si la labor en tales días es habitual, estos beneficios consisten en un recargo de 75 % del salario ordinario del trabajador en proporción a las horas laboradas y

un descanso compensatorio remunerado, igualmente en proporción al tiempo que por razón del trabajo vio afectado su descanso.

Si la labor en tales días es ocasional, el trabajador tiene derecho a elegir entre la retribución en dinero a que da lugar el recargo antes mencionado o el descanso compensatorio.

Se considera que el trabajo en domingo es habitual cuando el trabajador labora tres o más domingos durante el respectivo mes calendario. La habitualidad del trabajo en días de fiesta no tiene similar regulación; en consecuencia, queda abierta a la interpretación.

En este sentido, solo podría predicarse labor habitual en día festivo si el trabajador demuestra que dicha labor se ha realizado con igual período de frecuencia, de manera reiterada, respecto del día festivo de que se trate, sin que haya una precisión legal acerca de cuál debe ser el número de reiteraciones frecuentes. Sin embargo, por analogía, puede concluirse que ello ocurriría cuando se presente por tres oportunidades continuas.

Ejemplo:


Si el trabajador labora en tres oportunidades continuas los días 1º de enero de cada año y así lo acredita, podría aducir la habitualidad de su labor en dicho día festivo y causaría los dos beneficios consecuentes, recargo y compensatorio.

En la práctica, lo que finalmente suele ocurrir es que la habitualidad de trabajo en día de descanso y lo efectos económicos antes mencionados solo aplican para la labor en día domingo, pero no debe desconocerse la otra posibilidad antes señalada.

Resulta oportuno advertir que el recargo antes referido, cuando a él hubiere lugar, se causa de manera adicional a la remuneración ordinaria por el trabajo en dicho día y a la que le puede corresponder al trabajador por concepto del descanso a que tenga derecho. A este respecto conviene tener en cuenta que este descanso remunerado, en el caso del domingo, se causa respecto de los trabajadores que, "habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborales de la semana, no falten al trabajo, o que, si faltan, lo hayan hecho por justa causa o por culpa o disposición del empleador". (Art. 173 de CST, en la versión modificado por el Art. 26 de la Ley 50/90).

Ello significa, en resumen, que si un trabajador causa este recargo en día de descanso obligatorio, la remuneración del trabajador por su labor en domingo debe ser así:

<i>Salario ordinario correspondiente al descanso causado</i>	1	
<i>Salario ordinario correspondiente al día trabajado</i>	1	
<i>Recargo del 0,75 correspondiente al trabajo en día de descanso obligatorio</i>	0,75	+
<hr/>		
	2,75	



Lo que ocurre es que, en la práctica, cuando el trabajador devenga sueldo (salario pagado por períodos superiores a una semana y no mayores que un mes), el salario correspondiente al descanso se encuentra incluido dentro del sueldo y, en tal caso, no se requiere hacer un pago específico por este concepto, con lo cual el pago del domingo trabajado, que causa el recargo, aparecerá con una remuneración de 1.75, porque el restante salario ordinario, como ya se dijo, se encuentra incluido en el sueldo.

No sobra advertir que para la programación de la labor en día de descanso obligatorio, el empleador "debe fijar en lugar público... con anticipación de 12 horas por lo menos, la relación del personal de trabajadores que por razones del servicio no pueden disponer del descanso dominical" (Art. 185 del CST).

Esta disposición que corresponde a la versión original de la ley y que está vigente, ha tenido ajustes programáticos y de procedimiento, especialmente cuando se trata de trabajadores que, por razón de su actividad, muchas veces realizada en turnos, periódicamente deben laborar en estos días y, por tanto, la programación ya se ha anunciado desde un comienzo o aparece debidamente acordada por causa de la naturaleza de la actividad.

Lo importante de esta regulación radica en el hecho de que, por lo expuesto, es necesario que el empleador tenga una programación clara en este sentido; que la avise con antelación y que la medida esté justificada, porque en tales circunstancias el empleador tiene la facultad, por virtud del elemento contractual de la subordinación laboral, para obligar al trabajador cuando cumplidas las condiciones anteriores, el empleador se ve precisado a ordenar que dicho trabajador no puede disponer del descanso.

d. Recargo por trabajo nocturno y horas extras

Las actividades en el interior de una empresa necesitan una organización de la jornada de trabajo que responda a las necesidades operativas y administrativas y, a su vez, le permitan desarrollar de la mejor manera el bien interno que da razón de ser a su objeto social, es decir, al propósito productivo que la inspira.

En el marco de esta organización de las actividades administrativas, operativas o productivas, es posible que el empleador disponga implementar, por ejemplo, una jornada única, como suele ocurrir con áreas administrativas o jornadas continuas por turnos en áreas operativas, que implican -en algunos casos- trabajar en horas que la ley laboral califica como trabajo nocturno y que causan el *recargo* por este concepto.

Estas jornadas, únicas o continuas, se denominan *ordinarias* y, aunque pueden tener la duración que convengan las partes, en todo caso no pueden exceder de la máxima legal que, de acuerdo con la regla general, es de 8 horas diarias y de 48 horas semanales. Entendiendo por semana la comprendida de lunes a sábado.

De otra parte, y por circunstancias excepcionales, el empleador podría requerir del apoyo de los trabajadores durante un tiempo adicional una vez cumplida la jornada *ordinaria*, es decir, que se requiera laborar tiempo suplementario también denominado *horas extras* el cual da lugar a otra clase de recargo.

Veamos en qué consisten estas remuneraciones especiales o recargos por trabajo nocturno y por trabajo en tiempo suplementario (horas extras), las cuales, como ya lo habíamos explicado al hablar de los pagos laborales, constituyen salario para todos los efectos.

► **Recargo por trabajo nocturno**

Como señalamos antes, la normativa laboral determina que hay lugar al recargo por trabajo nocturno cuando el trabajo dentro de la jornada ordinaria se desarrolla, parcial o totalmente, entre las 22:00 horas (10:00 p.m.) y las 06:00 horas (06:00 a.m.)

En este caso, la hora ordinaria trabajada deberá pagarse con un recargo de 35 % sobre el valor de la hora ordinaria diurna por cada hora laborada durante este período de tiempo.

Por ejemplo,

si el valor de la hora ordinaria diurna es de \$ 1.000 y se laboró una hora ordinaria nocturna, ésta deberá pagarse al trabajador con el respectivo recargo, así:

<i>Hora ordinaria</i>	\$ 1.000	
<i>35 % sobre hora ordinaria</i>	\$ 350	+
<i>Valor de la hora ordinaria-nocturna</i>	\$ 1.350	




► **Horas extras**

El trabajo suplementario o, como lo señalamos anteriormente, en *horas extras*, es aquel que supera la jornada diaria estipulada en el contrato de trabajo o en el reglamento interno de trabajo y, en todo caso, la que supera la jornada máxima legal ya mencionada.

Cuando el trabajo suplementario se efectúa entre las 6:00 a.m. y las 10:00 p.m., el empleador deberá remunerar cada hora así laborada con un recargo equivalente a 25 % del valor de la hora ordinaria diurna. Estas horas se suelen denominar horas extra diurnas.

Por ejemplo,

En línea con el ejemplo anterior, si el valor de la hora ordinaria diurna es de \$ 1.000, la hora de trabajo suplementario o extra diurna deberá pagarse al trabajador con el respectivo recargo, es decir:




<i>Hora ordinaria</i>	\$ 1.000	
<i>25 % sobre hora ordinaria</i>	\$ 250	+
<i>Valor de la hora extra diurna</i>	\$ 1.250	

Cuando el trabajo suplementario tiene lugar entre las 10:00 p.m. y las 6:00 a.m., cada hora así laborada debe remunerarse con un recargo de 75 % sobre el valor de la hora ordinaria. Estas horas se suelen denominar horas extra nocturnas y en este caso no se considera para ningún efecto el recargo de 35 % correspondiente a la labor ordinaria nocturna. Es decir, no se acumula; únicamente se cancela el recargo de 75 % antes referido.

Por ejemplo,

Siguiendo los ejemplos anteriores, si el valor de la hora ordinaria diurna es de \$ 1.000, la hora de trabajo suplementario o extra nocturna que deberá pagarse al trabajador con el respectivo recargo, será así:

Hora ordinaria	\$ 1.000	
75 % sobre hora ordinaria	\$ 750	+
<hr/>		
Valor de la hora extra nocturna	\$ 1.750	

Con relación a las *horas extras*, conviene tener en cuenta:

- De conformidad con el artículo 22 de la Ley 50 de 1990, en ningún caso las horas extras, diurnas o nocturnas, podrán exceder de dos (2) horas diarias y doce (12) semanales.
- El empleador y el trabajador pueden acordar una jornada diaria flexible de trabajo sin exceder de 48 horas semanales, distribuyendo entre lunes y sábado la jornada diaria que podrá extenderse en algunos de tales días hasta 10 horas sin causar el recargo por trabajo suplementario antes mencionado y siempre y cuando esta jornada ordinaria sea diurna, es decir, tenga lugar entre las 6:00 a.m. y las 10:00 p.m.

Cuando la jornada de trabajo se amplíe a diez (10) horas diarias, no se podrá laborar horas extras ese día.

- Como se había mencionado al referirnos a las modalidades de contrato de trabajo, los trabajadores que desempeñan cargos de dirección, confianza o manejo están excluidos de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo. Por tanto, cuando su labor excede la jornada máxima ya referida, no hay obligación de reconocer recargo alguno.

Esta excepción también aplica para quienes realizan actividades discontinuas o intermitentes o labores de simple vigilancia y tienen residencia en el lugar de trabajo.

En estos casos, el sentido de lo correcto, la buena práctica, invita desde la perspectiva del tratamiento digno, a fomentar conductas sanas que, sin afec-

tar la eficiencia, permitan conciliar el tiempo de trabajo con el necesario descanso o también el indispensable equilibrio entre vida laboral y vida familiar.

- Tampoco habrá lugar al pago de *horas extras*, diurnas o nocturnas en los siguientes tres casos puntuales:
 - Cuando la labor no exige actividad continua y se adelanta por turnos de trabajadores. En este caso la jornada máxima legal puede ampliarse sin que constituya trabajo de *horas extras*, siempre y cuando el promedio de las horas ordinarias de trabajo calculado para un período que no exceda de tres semanas, no pase de 8 horas diarias ni de 48 a la semana.
 - Cuando la labor exige actividad continua y se adelanta por turnos sucesivos de trabajadores. En este caso la jornada máxima legal puede ampliarse sin que constituya trabajo de *horas extras*, siempre y cuando el total de las horas de trabajo no exceda de 56 por semana.
 - Cuando se amplía la jornada diaria máxima legal hasta por 2 horas, sin exceder de 48 horas a la semana, con el fin de permitir a los trabajadores el descanso durante todo el día sábado.
- Dada la naturaleza excepcional del trabajo suplementario, se requiere la autorización del Ministerio del Trabajo para extender la jornada ordinaria o la máxima legal en virtud de las necesidades operacionales de la empresa.

Por ello, todo empleador que requiera trabajo en tiempo suplementario necesita obtener la Resolución del Ministerio del Trabajo por medio de la cual se le autorice para tal efecto.

- El empleador debe llevar un registro del trabajo de las horas extras en el que se relacionen nombre del trabajador, edad, sexo, actividad desarrollada, número de horas laboradas, indicando si son diurnas o nocturnas, y la liquidación de la sobreremuneración correspondiente, registro del cual debe entregar con idéntica información al trabajador.
- Cuando el trabajador labora en tiempo suplementario en día dominical o festivo se causa la hora extra dominical.

En este caso, incluyendo todo lo que ya hemos visto en materia de remuneración especial por labor en día dominical o festivo y lo que acabamos de describir en materia de hora extra, se presentan la siguientes situaciones que,

para mayor ilustración, evaluaremos siguiendo la misma línea de los ejemplos anteriores, considerando como valor de la hora ordinaria \$ 1.000 y como valor de la hora ordinaria por trabajo en dominical o festivo, la siguiente: \$ 1.000 + 750 (75 % sobre hora ordinaria) = \$ 1.750 (hora ordinaria por trabajo en domingo o festivo).



$$\begin{array}{rcccl} \$ 2.000 & = & \$ 1.750 & + & \$ 250 \\ \text{Hora extra} & & \text{Hora} & & \text{25 \%} \\ \text{dominical} & & \text{ordinaria} & & \text{Hora} \\ \text{diurna} & & \text{dominical} & & \text{ordinaria} \end{array}$$

En suma, la hora extra dominical diurna tiene un recargo de 100 % sobre la hora diurna ordinaria.



$$\begin{array}{rcccl} \$ 2.500 & = & \$ 1.750 & + & \$ 750 \\ \text{Hora extra} & & \text{Hora} & & \text{75 \%} \\ \text{dominical} & & \text{ordinaria} & & \text{Hora} \\ \text{nocturna} & & \text{dominical} & & \text{ordinaria} \end{array}$$

En suma, la hora extra dominical nocturna tiene un recargo de 150 % sobre la hora diurna ordinaria.

e. Préstamos y descuentos

Otra de las situaciones laborales sobre las cuales el empleador, en desarrollo de su propósito de vitalizar la relación contractual de trabajo con *buenas prácticas*, debe diseñar políticas claras es la que se relaciona con los préstamos, teniendo en cuenta la regulación acerca de la manera como debe hacer las deducciones o descuentos al trabajador.

Las políticas sobre préstamos deben estar encaminadas a colaborar razonablemente con el trabajador para atender necesidades sobrevinientes o apoyar de manera especial proyectos relacionados con su bienestar y el de su familia, de acuerdo con las capacidades y posibilidades del empleador y procurando que no se afecte sensiblemente el salario del trabajador, en el momento de aplicar los descuentos y las deducciones relacionados con el pago de las obligaciones que se adquieran por este concepto.

Por esta razón, las normas laborales protegen el salario de los descuentos excesivos o no permitidos y regulan las condiciones tanto para el descuento por préstamos realizados directamente al trabajador, como por libranza y demás deducciones con cargo al salario.

De ahí surge toda la normativa laboral en materia de retención, deducción y compensación de salarios, según la cual están permitidos los descuentos y las retenciones por concepto de cuotas sindicales y de cooperativas y cajas de ahorros, autorizadas en forma legal; de cuotas con destino al seguro social obligatorio, hoy Sistema General de Seguridad Social Integral, y de sanciones disciplinarias impuestas de conformidad con el reglamento interno de trabajo de la empresa.

Correlativamente, se prohíbe al empleador deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por este -para cada caso- o sin mandamiento judicial o incluso cuando, existiendo orden escrita del trabajador, los descuentos afecten el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario que exceda de la quinta parte de dicho salario mínimo legal.

Consecuentemente, se considerará una disminución injustificada del salario cuando sin orden escrita del trabajador, el empleador procede a hacer descuentos o compensaciones por préstamos efectuados o para reparar daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo o por entrega de mercancías, provisión de alimentos o eventual precio de alojamiento cuando este no formare parte de la remuneración del trabajador.

Por esta razón, es importante que una política sobre préstamos incluya el modelo de acuerdo que conviene celebrar entre el empleador y el trabajador sobre el préstamo y en el cual conste lo relacionado con las deducciones, retenciones o compensaciones del salario al que hubiere lugar, así como el número de cuotas y la forma de amortización.

Estos créditos no pueden devengar intereses a menos que tengan por finalidad financiar vivienda para trabajadores; caso este en el cual la retención del salario y las cuotas podrán ser las que se prevea en el respectivo plan de vivienda.

Por otra parte, puede ocurrir, dentro de la situación laboral a que da lugar esta política especial, que se presente el caso de las denominadas *libranzas*.

Las *libranzas* son la autorización que imparte el trabajador para que el empleador descuenta directamente del salario las sumas allí contenidas en favor

de un tercero, denominado operador, con quien el trabajador ha adquirido un producto, bien o servicio con cargo al referido descuento.

En este caso, el empleador deberá trasladar dentro de los 3 días siguientes al pago de la nómina, el valor del descuento al operador, so pena de ser solidariamente responsable por el pago de la obligación materia de la *libranza* (Núm. 1º, art. 6º, Ley 1527/12) y en el evento en que el contrato o vinculación contractual termine, también se encuentra obligado a informar al operador sobre este hecho y a deducir o retener las sumas que, en los términos de la *libranza*, le deban ser reconocidos a este como acreedor, según corresponda. (art. 7º, Ley 1527/12).

Esta modalidad de descuento directo, que también se extendió a pensionados y a contratistas independientes, se encuentra regulada por la Ley 1527 de 2012, en cuyo Artículo 3º establece las siguientes cinco condiciones de crédito:

- Que exista autorización expresa e irrevocable por parte del beneficiario del crédito a la entidad pagadora, de efectuar la libranza o descuento respectivo de conformidad con lo establecido en la presente ley.
- Que en la tasa de interés correspondiente a los productos y servicios objeto de libranza supere la tasa máxima permitida legalmente.
- Que la tasa de interés pactada inicialmente solo sea modificada en los eventos de novación, refinanciación o cambios en la situación laboral del deudor beneficiario y con su expresa autorización.
- Que para adquirir o alquilar vivienda, el deudor beneficiario podrá tomar un seguro de desempleo, contra el cual eventualmente podrá repetir la entidad operadora en los casos de incumplimiento.
- Que la libranza o descuento directo se efectúe, siempre y cuando, después de los descuentos de ley, el asalariado o pensionado no reciba menos de cincuenta por ciento (50 %) del neto de su salario o pensión.
- Las deducciones o retenciones que realice el empleador o entidad pagadora, que tengan por objeto operaciones de libranza o descuento directo, quedarán exceptuadas de las restricciones de ley señaladas anteriormente para el caso de la retención, deducción o descuento del salario con causa en préstamos realizados directamente por el empleador.

Esta condición es de especial importancia para los empleadores, en la medida en que –se reitera– la ley le impone el deber de garantizar al menos 50 % del ingreso neto al trabajador y lo libera de aplicar las restricciones ya referidas,

incluida la que prohíbe los descuentos que afecten el salario mínimo legal o convencional o la quinta parte que exceda de dicho salario mínimo legal. Es decir, que tratándose de *libranzas*, se encuentra autorizada la afectación de tales parámetros legales y hasta 50 % del salario del trabajador.

Otros aspectos por tener en cuenta respecto de la política especial en materia de préstamos y descuentos son:

- Los descuentos por orden judicial se denominan embargos y cuando estos son por alimentos, tienen prioridad sobre otras deudas o retenciones que tenga el trabajador después de efectuar los descuentos legales.
- No es embargable el salario mínimo legal o convencional.
- El excedente del salario mínimo legal mensual vigente solo es embargable en la 5ª parte del salario que exceda del mínimo legal y hasta 50 % cuando la deuda sea alimenticia, o cuando el acreedor es una cooperativa.

f. Horas Ley 50

La Ley 50 de 1990, en el artículo 21, consagró un beneficio que implica para los empleadores una programación especial de sus actividades operativas y de la jornada de trabajo, para permitir la organización de planes y jornadas de mejoramiento para la persona del trabajador.

En efecto, según esta disposición las empresas con más de 50 trabajadores, que tengan la máxima jornada ordinaria semanal de 48 horas, deben dedicar, dentro de dicha jornada, 2 horas para "actividades recreativas, culturales, deportivas o de capacitación" que la cultura de las relaciones laborales ha dado en denominar "horas Ley 50".

Estas horas pueden acumularse hasta por un año y su finalidad debe estar encaminada a la integración de la comunidad empresarial y al mejoramiento de la productividad y de las relaciones laborales, incluidos temas relativos al Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo, como textualmente lo señala el artículo 4º del Decreto Reglamentario 1127 de 1991.

Como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia 9947 con ponencia del magistrado Doctor Germán Valdés Sánchez), así como las "horas Ley 50" son un derecho de los trabajadores en las empresas que se



encuentren dentro de la hipótesis antes señalada, así también involucra para estos el deber de participar en las actividades que se programen, de suerte que el incumplimiento tendrá la misma connotación que cualquier otro incumplimiento de sus obligaciones.

No hay claridad normativa acerca de cuál pudiera ser el efecto, en caso de terminación del contrato de trabajo sin que se hubieren reconocido estas horas. En este sentido, mientras no hubieren transcurrido tres años desde cuando se cumplió el año dentro del cual se hicieron exigibles, es decir, mientras la acción para reclamar este derecho no hubiere prescrito, se considera que, como ya no se pueden conceder dentro de la jornada, deben compensarse en dinero, sin que ello signifique que, durante la vigencia del contrato de trabajo, sea legalmente posible compensarlas en dinero.

Retomando el sentido de las buenas prácticas, se comprende por qué no es correcto diseñar como política el incumplimiento para cambiar este derecho por dinero y corromper la naturaleza de la prestación legal. Por el contrario, debe aprovecharse esta disposición legal para generar programas e ideas tendientes a construir y renovar sentimientos comunitarios de reconocimiento por las personas, de mejoramientos colectivos y de recuperación del sentido de las actividades cotidianas.

g. Seguimiento laboral (régimen disciplinario)

El elemento del contrato de trabajo que hemos denominado “subordinación laboral” y al cual nos referimos responderá a la pregunta sobre cuándo hay contrato de trabajo, y constituye una facultad del empleador que contiene dos verbos que requieren ser considerados dentro del ámbito de respeto por la persona: “exigir” e “imponer”.

Estos verbos, así consagrados en la ley con relación al cumplimiento de órdenes y reglamentos, dentro de una perspectiva ética de buenas prácticas significan para el empleador la oportunidad para ejercer un liderazgo incluyente en términos de *exigir* e *imponer* lo que resulta razonablemente concordante con la necesidad colectiva de realizar la actividad productiva, en términos de lo que todos consideran importante para llevar a cabo el propósito conjunto de hacerla rentable y competitiva.

De esta manera la exigencia y la imposición no resultan una licencia para el avasallamiento sino una oportunidad para realizar de manera motivante el bien interno que da razón de ser a la sostenibilidad de esa actividad, de la cual toda la comunidad empresarial deriva su bienestar y con la cual se presta un servicio a la comunidad en general.

En esta perspectiva, cuando la facultad subordinante se ve precisada a disciplinar, se transforma en un deber moral, en el que el "control" es una oportunidad para hacer seguimiento con altura humana para rehabilitar conductas, lo cual implica:

- Evaluar a tiempo
- Observar a tiempo
- Rehabilitar a tiempo



De esta manera, las amonestaciones escritas y las sanciones deben estar encaminadas no al exterminio, sino a la recuperación de la conducta diligente que se requiere y, por lo mismo, a procurar la permanencia del trabajador, hasta donde sea posible.

Consecuentemente, cuando se presentan conductas contrarias a la convivencia laboral por incumplimiento de compromisos contractuales o de obligaciones legales o reglamentarias, el empleador debe, como parte de su obligación de recuperar el equilibrio contractual perdido por causa del incumplimiento, seguir un previo procedimiento que debe incluirse en el reglamento interno de trabajo, a fin de permitir al trabajador ejercer el derecho constitucional del debido proceso, el cual incluye el derecho a la defensa e involucra también el relacionado con el de la presunción de inocencia.

En la versión original de la ley, bastaba que antes de aplicar una sanción disciplinaria el empleador le diera al trabajador la oportunidad de ser escuchado, así como a dos representantes del sindicato al que perteneciere, si a ello hubiere lugar, para evitar la nulidad de la sanción impuesta.

Esta disposición ha sido recientemente enriquecida por la jurisprudencia constitucional, concretamente en la sentencia C-593 de 2014, según la cual la disposición anterior debe considerarse en la medida en que se respete un procedimiento en el cual se incluyan al menos los siguientes aspectos:

- La comunicación formal al trabajador notificando la apertura del proceso, los cargos imputados y la calificación provisional de las faltas disciplinarias en las que el empleador estima que incurrió el inculpado, las cuales deben estar previamente consagradas en el reglamento interno de trabajo.
- El traslado al trabajador de las pruebas en las cuales se sustenten tales cargos.
- La fecha y hora durante el cual el inculpado pueda formular descargos, controvertir las pruebas y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos.
- La decisión del empleador motivada y congruente con las pruebas aportadas, de tal manera que si hubiere lugar a sanción esta sea proporcional a los hechos que la motivaron.

Esta versión de la jurisprudencia constitucional requiere, por tanto, que se diseñe el trámite disciplinario correspondiente y se incluya en el reglamento interno de trabajo, sin vulnerar el marco máximo legal, según el cual, cuando la sanción consista en suspensión del trabajo, esta no puede exceder de ocho días por la primera vez ni de dos meses en caso de reincidencia.

El efecto de esta suspensión del contrato de trabajo es el no pago del salario correspondiente a los días materia de dicha suspensión, la pérdida del salario relacionado con el día de descanso dominical por no haber laborado la semana completa y, si así lo dispusiere el empleador, el descuento de tales días para considerar el tiempo servido a la hora de liquidar vacaciones, auxilio de cesantía y, por la naturaleza misma de prestación, prima de servicios.

En los casos de retardos o faltas al trabajo sin excusa suficiente, y solo en estos casos, el empleador puede además incluir multas en el reglamento interno, las cuales no deben exceder de la quinta parte del salario de un día y pueden descontarse del salario para destinarlas "exclusivamente a premios o regalos para los trabajadores" (art. 113, CST).

Lo anterior hace necesario que el empleador no pierda de vista el hecho de que, si bien lo disciplinario forma parte de la facultad subordinante, esta por sí no cambia la vida y, por ello es importante trabajar simultáneamente coherencias funcionales y operativas y liderazgos humanizantes que sustenten la autoridad moral de las medidas disciplinarias que eventualmente deban adoptarse.

En esta forma, si se llegare a aplicar una suspensión y eventualmente hubiere lugar a una terminación contractual, lo correcto es que esta sea consecuencia objetiva del incumplimiento del trabajador, no obstante habersele concedido la oportunidad para rehabilitar su conducta.

Así, el hecho disciplinar se convierte en un símbolo de transparencia y una oportunidad para ganar confianza con base en actuaciones justas y objetivamente razonables.

h. Estabilidad reforzada

La doctrina constitucional, a través de reiteradas decisiones de tutela, ha construido una regla jurisprudencial con base en la cual en algunos casos específicos quedará sin efecto la terminación del contrato de trabajo de un trabajador que se encuentre en especiales circunstancias de humanidad. Esta particular protección se ha denominado “estabilidad reforzada”.

Algunas de estas situaciones están originalmente reguladas en la legislación laboral, como ocurre con el caso de los trabajadores amparados por el fuero sindical o de las trabajadoras que se encuentren en estado de embarazo y hasta los 3 (tres) meses siguientes a la fecha del parto, y otras, con fundamento exclusivo en el precedente generado por las decisiones de la Corte Constitucional, especialmente en lo relacionado con las personas que se encuentran en condición de disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos en estado de debilidad manifiesta llamada impropia “fuero de la salud”.

La estabilidad reforzada no es un derecho absoluto, pero exige en cada caso especiales consideraciones de manejo y, aunque en casos como los antes mencionados amerita por sí sola verdaderos tratados para su análisis integral, nos limitaremos a modo de guía básica a formular algunas recomendaciones puntuales que, desde luego, no agotan el universo integral del tema.

► Respeto del fuero sindical

Recuerde que aquellos trabajadores pertenecientes a una organización sindical que sean miembros de la junta directiva o de una subdirectiva (máximo 5 principales y 5 suplentes, en cada caso) o de un comité seccional (máximo un

principal y un suplente, por comité) o 2 de los miembros de la comisión de reclamos, sin que pueda existir en una empresa más de una comisión, no podrán ser despedidos ni desmejorados en sus condiciones de trabajo ni trasladados a otros establecimientos de la empresa o a otros municipios "sin justa causa previamente calificada" por el juez laboral, pues de lo contrario el despido se considerará sin efecto y el trabajador tendrá derecho a ser reintegrado.

Este amparo se concede por el tiempo que dure el respectivo período y 6 meses más.

Señala la ley que la calidad de aforado "se demuestra con la copia del certificado de inscripción en la oficina de registro sindical del Ministerio del Trabajo de la respectiva junta o comité o con la copia de la comunicación al empleador (arts. 405 y 406 del CST).

► **Respecto del fuero por maternidad**

En este caso, cuando el empleador recibe de la trabajadora la certificación médica en la cual acredita su estado de embarazo, solamente podrá despedir a una trabajadora durante el período del embarazo y hasta por 3 (tres) meses siguientes a la fecha del parto, con el previo permiso del inspector del trabajo o del alcalde municipal de los lugares en donde no hubiere inspección, porque de lo contrario el despido no producirá efecto alguno.

Inclusive, si el empleador pagare a la trabajadora, además de la indemnización de ley, las semanas de la licencia de maternidad en los términos que explicáramos en acápite anterior y la indemnización especial de que trata la ley para estos casos, equivalente a 60 días de salario de la trabajadora y todo ello ocurre sin el permiso antes referido, igualmente se dispondrá el reintegro de la trabajadora y la indemnización especial en cuestión se considerará como una especie de sanción para el empleador que ha incurrido en esta omisión.



Es importante en estos casos generar la cultura de respeto por la maternidad de la cual todos los seres humanos provenimos, no solo en el deber del empleador de conservar el puesto de la trabajadora dentro del tiempo ya señalado, sino también inculcar en las trabajadoras que este estado debe dignificarse con la máxima responsabilidad en el cumplimiento de las tareas asignadas, pues ello no solo cualifica el valor de la mujer que trabaja, sino también se convierte en ejemplo vivo de una maternidad, que al desarrollarse en la vida laboral con una conducta respetuosa de los compromisos contractuales, potencia y energiza para la comunidad laboral el valor de la mujer y, particularmente, de la mujer trabajadora.



► **Respecto a los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos en estado de debilidad manifiesta**

Este caso de estabilidad reforzada, se reitera, llamado impropriadamente “fuero de la salud”, ha tenido causa en abundante jurisprudencia constitucional, con sustento en igualmente vasta legislación internacional y nacional, y ha generado en la vida laboral gran confusión e, incluso, en algunos trabajadores ha sido aprovechada incorrectamente para hacer de sus dolencias y enfermedades un pretexto que muchas veces termina corrompiendo la bondad de la medida, en abierto abuso del derecho.

Consiste en la prohibición para los empleadores de despedir a las personas cuya disminución física o mental los sitúe en condición de debilidad manifiesta.

Al igual que en el caso de la estabilidad reforzada por maternidad, en este el artículo 26, inciso 2º de la Ley 361 de 1997, había señalado:

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

... quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.



Foto: Toro, F. (2012) Extractora San Fernando. Colección fotográfica Fedepalma.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-531-00 señaló que el segundo inciso de la norma antes transcrita no era contrario a la Constitución

bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2º y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.

Lo anterior para concluir que si no se obtiene el permiso del Ministerio del Trabajo para terminar el contrato de trabajo con un trabajador que se encuentre en estado de debilidad manifiesta por causa de su condición de disminuido físico, sensorial o psíquico, tendrá el derecho a ser reintegrado, aunque se pague la indemnización especial de 180 días de salario del trabajador, adicional a la legal y, en tal caso, es decir, de producirse el reintegro, esta indemnización se considerará como una sanción y no habrá lugar a que el empleador solicite la restitución de la misma.

Por ello es importante visualizar esta condición en medio de la amplitud del ámbito conceptual existente.

Desde luego que hablar de discapacitados e incapacitados es hablar de limitaciones y que la limitación es una condición inherente a la naturaleza humana.

Sentémonos un día en una silla de ruedas a esperar el transporte:

¿Quién nos recogerá?

Y si queremos tomar un bus,

¿Cómo nos subimos allí? ¿Cómo nos bajamos?

¿Cómo accedemos al andén? ¿Cómo pasamos la calle?

Es un tema profundamente relacionado con nuestra humanidad y con el concepto de dignidad humana. En este caso,

¿cuál es el problema?

Tenemos unos hechos:

- Seres humanos con limitaciones físicas, sensoriales o psíquicas que requieren un tratamiento digno en materia de inclusión política, social, cultural y laboral.
- Tenemos empresas y, en general, esfuerzos productivos, generadoras de empleo, que requieren ser competitivas y rentables, también en aras de la dignidad humana.
- Existe el deber moral de una comunidad de permitir el acceso al empleo de personas que presentan limitaciones físicas, sensoriales y psíquicas, acorde con sus condiciones, así como el del respeto por la persona del trabajador, que por su estado de salud queda en estado de debilidad manifiesta.
- Existe, igualmente, en justicia, la necesidad de que quienes accedan al empleo cumplan diligentemente con sus obligaciones para evitar que la disminución física, sensorial o psíquica se convierta en una justificación para no trabajar o trabajar deficientemente.

**No hay soluciones únicas.
Hay casos de casos.**



Ciertamente, cuando nos enfermamos se pone en evidencia nuestra fragilidad. Por ello se requiere tener un alto grado de criterio en cada circunstancia concreta, en cada situación particular, dentro de específicos postulados normativos, nacionales e internacionales, que de manera abundante establecen unos derroteros ineludibles de protección.

Por lo mismo, este tema es de aquellos en los que, como la dignidad humana se predica de todos los seres humanos en un contexto de especial protección universal y constitucional, la tarea por seguir se resume en una sola expresión:

¡Razonabilidad!



De las diferentes normas, así como de las diferentes decisiones de la Corte Constitucional, he seleccionado una especie de *puntos que describen la subregla jurisprudencial constitucional sobre la materia* y que formulo a continuación:

- **En materia de criterios generales**
 - El derecho a la seguridad social es de carácter prestacional y, por tanto, su reconocimiento puede ser exigido a través de mecanismos administrativos o judiciales, según el caso, pero no por la acción de tutela. Sin embargo, en casos excepcionales la jurisprudencia de la Corte ha señalado que puede proceder la tutela si se trata de proteger a quien se encuentre en circunstancias de debilidad manifiesta.
 - En consecuencia, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para obtener el reintegro laboral únicamente cuando se trate de disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos en estado de debilidad manifiesta.
 - No obstante, la legislación que favorece a los discapacitados no consagra derechos absolutos o a perpetuidad que puedan ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, o a los legítimos derechos de otros.
 - No habrá lugar a la protección especial cuando se trata de “enfermos crónicos o con enfermedad contagiosa que pueda poner en peligro a las demás personas” (Corte Constitucional, sentencia SU-256/96).

• Respecto de la estabilidad reforzada

- La normatividad vigente contenida en el derecho interno e internacional sobre la materia propugna una real protección de las personas con limitaciones para que estas permanezcan en su empleo y prosperen gracias a un compromiso real y colectivo de ofrecerles la adecuada re-integración social.
- Cuando la parte trabajadora de dicha relación está conformada por un discapacitado, uno de ellos adquiere principal prevalencia, como es el principio del derecho a la estabilidad en el empleo, es decir, a permanecer en él y de gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral contraído, mientras no exista una causal justificativa del despido, como consecuencia de la protección especial laboral de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas.
- Los trabajadores que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral deben ser considerados como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual frente a ellas también procede la estabilidad laboral reforzada.

• Respecto de la reubicación

- Bajo determinadas condiciones, el respeto por la dignidad de los trabajadores implica, además, el deber de reubicarlos o reincorporarlos al mismo cargo desempeñado, cuando durante el contrato de trabajo sufren disminuciones de su capacidad física y, superada esta, se dispone médicamente la reubicación o la re-incorporación al cargo con instrucciones de cuidado para su salud.
- Para que se configure el derecho a ser reubicado por condiciones de salud se requiere tener en cuenta tres aspectos que se relacionan entre sí: (1) el tipo de función que desempeña el trabajador, (2) la naturaleza jurídica del empleador y (3) la capacidad del empleador para la reubicación.

Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, este tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación (Corte Constitucional, sentencia T-1040/01).

- **Respecto del despido en general**

- Para que el despido sea ineficaz debe establecerse la relación de causalidad entre el despido y la enfermedad o discapacidad de la persona.
- La especial protección tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba: Es al empleador a quien corresponde demostrar por qué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de la terminación del vínculo.
- El hecho de que el empleador, a pesar del conocimiento que tenga del estado de salud del trabajador, y estando en la posibilidad de hacerlo no lo reubica, y por el contrario, lo despide sin justa causa, implica la presunción de que el despido se efectuó como consecuencia de dicho estado.
- Cuando se comprueba que la causa del despido fue en realidad el estado de salud del accionante, la Corte ha encontrado que la desvinculación configura una discriminación, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección. Para justificar tal actuación no cabe invocar argumentos legales que soporten la desvinculación como la posibilidad legal de despido sin justa causa.
- No desconoce la protección especial del trabajador minusválido al establecerse una justa causa de terminación de la relación laboral, cuando esta es avalada por la autoridad del trabajo correspondiente, ni se impide la aplicación de las normas de calificación de la invalidez, al permitirse esa clase de desvinculación (Corte Constitucional, sentencia C-531/00).
- El despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización del Ministerio de Trabajo, no produce efectos jurídicos y solo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria (C-531/00).

Con base en lo anterior y con el propósito de construir razonabilidad y de evitar que la protección especial pueda ser motivo de abuso, formulo las siguientes *recomendaciones prácticas*:

- **Frente al discapacitado antes de la vinculación contractual**
 - Solicite certificación previa de la discapacidad.



Foto: Toro, F. (2012) Agroince. Colección fotográfica Fedepalma.

- Ajuste el contrato de trabajo a la especial condición del discapacitado.
 - Respecto del cargo: haga constar que las funciones por desarrollar cumplen requerimientos de salud en el trabajo acordes con la disminución, de suerte que expresamente se acredite que el trabajador no se encuentra en estado de debilidad manifiesta por causa de su discapacidad.
 - Respecto de la vigencia: lo recomendable es el término fijo y asegurar la manifestación de las partes acerca de la inexistencia de nexo causal entre la duración pactada y la discapacidad previamente conocida exonerando al empleador de cualquier permiso previo por causa de la expiración del plazo fijo pactado.
- Frente a quien adquiere la condición de disminuido físico, sensorial o psíquico durante la vigencia del contrato
- Respecto del enfermo no incapacitado: establezca la veracidad de la situación; facilite el tratamiento; promueva el diagnóstico para que se concluya el tratamiento y finalmente se defina el grado de disminución de la capacidad laboral, con lo cual se pueda acreditar la culminación del estado de debilidad manifiesta.
 - Respecto del enfermo incapacitado: establezca la veracidad de la situación y espere el tratamiento.

Si concluido este tratamiento hay orden de reubicación: verifique si hay posibilidad para ello y, en caso afirmativo, capacite a la persona y construya, mediante otrosí condiciones contractuales de razonabilidad, muy similares a las establecidas para el caso del “discapacitado antes

del vínculo contractual”, de suerte que el trabajador no pueda aducir en la nueva responsabilidad laboral un estado de debilidad manifiesta y la consecuente estabilidad reforzada como excusa para incumplir sus obligaciones laborales.

Si no hay posibilidad real de reubicación, terminar el contrato en forma unilateral sin justa causa dando cumplimiento al procedimiento contenido en la sentencia de la Corte Constitucional T-1041/01, a saber: Acreditar la imposibilidad del empleador para la reubicación; poner en conocimiento de este hecho al trabajador concediéndole la oportunidad de proponer soluciones razonables dentro de un término específico y, vencido este, sin propuesta alguna o con propuestas no razonables, terminar el vínculo contractual.

En suma, si al reubicarse un trabajador se suscribe *otrosí* en el cual conste que las nuevas condiciones laborales, avaladas por el Departamento de Seguridad y Salud en el Trabajo o por Medicina Laboral de la Administradora de Riesgos Laborales, no sitúan al trabajador en estado de debilidad manifiesta, es legítimo el seguimiento laboral ordinario en materia de cumplimiento de obligaciones y, salvo nueva disminución física, psíquica o sensorial sobreviniente, ya no habrá lugar a aplicar o a aducir las especiales condiciones de protección de la estabilidad reforzada, cuando el trabajador que ha sido reubicado en estas condiciones pretenda aducir estas condiciones como pretexto del incumplimiento de sus obligaciones laborales y con el fin de evitar sanciones disciplinarias y, eventualmente, la terminación del contrato de trabajo con justa causa, sin requerir permiso alguno del Ministerio del Trabajo.

3. Recomendaciones para tener en cuenta

Se sugiere tener en cuenta las siguientes recomendaciones en las relaciones laborales:

- a. Promueva el buen trato (acoso laboral)
- b. Sea riguroso con las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social (el IBC y la UGPP)
- c. Oriente sobre movilidad y portabilidad en salud
- d. Expida reglamentos.


A continuación ampliamos cada una de ellas.

a. Promueva el buen trato (Protección Legal frente al acoso laboral)

Después de una lectura desprevenida de la Ley 1010 de 2006, se tiene la impresión de que se trata de una normativa pensando en lo laboral como un universo de presuntos, potenciales o actuales acosadores, acosados, sujetos pasivos, activos o partícipes de una batalla.

Si fuere así, esta ley no debería existir, porque su espíritu estaría expresamente relacionado con una visión de la relación laboral inevitablemente inhumana.

Por el contrario, el punto de partida de todo encuentro de seres humanos debe ser el reconocimiento de la alegría que produce la oportunidad que concede la vida para tejer historias y este regocijo es aún mayor si la oportunidad del encuentro está motivada en la oportunidad que nos concede esta ley, con todos sus humanos errores, excesos o imprecisiones, para recuperar sentido respecto de preguntas sencillas, pero que a veces los afanes del día a día parecieran dejarlas en el olvido:



¿Para qué vamos al trabajo? ¿Qué importancia tiene mi relación con los otros en el trabajo? ¿Es el trabajo una actividad para sufrir? ¿Para hacernos daño?

O por el contrario:

¿Es el trabajo una oportunidad para crecer?

Cada uno de nosotros puede dar diferentes respuestas, pero todos sabemos que en lo más profundo de nuestro ser, con nuestras experiencias, títulos, estudios, con lo que hemos hecho, en esencia somos seres humanos imperfectos, con emociones, constituidos por una unidad que tiene aspectos inmateriales o espirituales y, a la vez, elementos corporales; que tenemos un instrumento llamado libertad; que estamos en permanente búsqueda de calidad de vida, que no lo podemos todo y que necesitamos de los otros para construir la habitabilidad que soñamos.

En esencia la respuesta final es que ustedes y yo queremos ser felices, que somos padres, hermanos, hijos, tíos, madres, hermanas, tías..., es decir, que estamos inmersos en una historia que se nutre del tejido con otras historias sustentadas en afectos.

Sin embargo, es cierto que sobre este manto oxigenante de esperanza humanitaria se pierde a veces el rumbo. La imperfección nos hace malas jugadas:

- Perdemos de vista al otro.
- Consideramos inteligente la propuesta de instrumentalizar o dañar al otro.
- Privilegiamos la soberbia, la arrogancia, el egoísmo y la avaricia.

Y entonces, aparece en escena un no deseado tejido social confrontante, desgastante, que anula la construcción con el otro. Aparece en escena un universo gris en el que se olvida la finitud de la existencia y con ella se afecta en el otro la propia naturaleza.

Cuando esa especie de huracán existencial aparece en el interior de las relaciones de trabajo y las oscurece, surge como consecuencia el acoso laboral.

Desde esta perspectiva la expedición de la Ley 1010 de 2006, lejos de crear una mirada pesimista, constituye una oportunidad inspiradora para recuperar sentido.

Sin embargo, la manera como se asuma su conocimiento puede conducir a configurar una pérdida de visión universal de humanidad, para convertir la nueva institución jurídica en una avalancha de controversias centrada en dirimir qué conducta fue acoso y cuál no fue, olvidando lo fundamental:

¡El buen trato!

Con este propósito de hacer de la ley una oportunidad, no para aprender qué conductas son maltrato, sino para estar por encima de la fatalidad que genera el acoso, vamos a hacer una especie de viaje en perspectiva panorámica por el universo de la ley, para que se refuerce la importancia de recuperar la visión del otro; el valor de esa persona que está a su lado, de esa persona con la cual usted comparte su vida en el trabajo, como una persona con la cual vale la pena construir un proyecto vital.



Foto: Toro, F. (2012) Palmas del Cesar. Colección fotográfica Fedepalma.

La citada ley plantea los siguientes temas relevantes:

► **Bienes protegidos**

El propósito, en suma, es “definir, prevenir, corregir y sancionar” todo ultraje a la dignidad humana, entendida esta como el reconocer que los seres humanos somos fines en sí mismos y no medios, es decir, que somos dignos de respeto porque nadie tiene derecho a instrumentalizar a otro o a causarle daño físico o moral y porque, igualmente, todos merecemos alcanzar nuestro propósito de calidad de vida, siempre que tal propósito no sea un obstáculo para que los demás alcancen sus propias aspiraciones.

Este objeto aplica en las relaciones laborales subordinadas, privadas o públicas.

Para desarrollarlo la ley plantea los siguientes bienes jurídicos a proteger: el trabajo en condiciones dignas y justas; la armonía en el trabajo; la salud mental y la libertad, la intimidad y la honra.

► **¿Qué es el acoso laboral?**

Es “toda conducta persistente y demostrable ejercida en diferentes direcciones de la relación subordinada de trabajo, que produzca miedo, intimidación, terror, angustia, desmotivación y renuncia”.

En esencia, toda conducta que ultraje la dignidad humana.

De esta definición surgen los siguientes elementos esenciales que configuran el acoso:

- Toda conducta: acción humana con las siguientes características:
 - Persistente: repetida, aunque “excepcionalmente un solo acto hostil bastará”.
 - Demostrable mediante medios de prueba reconocidos en la ley.
- Ejercida en diferentes direcciones:
 - Subordinante respecto de subordinado.
 - Subordinado o subalterno respecto de subordinante.
 - Entre compañeros de trabajo.
- Que cause miedo, intimidación, terror, angustia, perjuicio laboral, desmotivación en el trabajo y renuncia, la cual estaría dentro del concepto laboral del despido indirecto y ocasiona pago de indemnización como si la terminación hubiera sido unilateral por parte del empleador.

Estos elementos son los que, según la ley, configuran el acoso.

Lo demás, a saber, las modalidades contenidas en el artículo segundo y las conductas descritas en el artículo séptimo como configurantes de acoso laboral, constituyen descripciones meramente enunciativas a modo de guía básica, pues cuando el artículo segundo, en el inciso segundo las presenta como modalidades generales, utiliza la expresión “entre otras”, y el artículo séptimo, después de hacer una descripción de 14 tipos posibles, aclara al final que “en los demás casos no enumerados en esta artículo, la autoridad competente valorará” según la definición de acoso que ya vimos, están poniendo de presente que tales enunciados no agotan las conductas que al afectar dignidad humana de manera persistente podrían calificarse como acoso laboral.

Por ello, resulta importante, más que la descripción de los casos en los que se puede generar acoso, tener claridad acerca de los que la ley expresamente manifiesta que no lo son, pues no faltan quienes se escudan en esta ley para eludir el cumplimiento de sus responsabilidades, pretendiendo que las exigencias razonables, que el ejercicio de la subordinación laboral *per se* es maltratante.

En esta perspectiva, no configuran acoso ni son conductas maltratantes:

- Las exigencias y órdenes de la fuerza pública para mantener la disciplina, conforme a la obediencia de lo constitucionalmente debido.
- Los actos destinados a ejercer facultad disciplinaria que legalmente corresponde al "superior jerárquico" sobre sus "subalternos".
- Las exigencias razonables de lealtad empresarial e institucional.
- Las circulares o memorandos que contengan exigencias técnicas o para mejorar eficiencia.
- La evaluación laboral según indicadores objetivos.
- La solicitud de tiempos extras de servicios sustentados en necesidades razonables. (Necesidad para la continuidad del servicio o para solucionar situaciones difíciles).
- Las actuaciones para la terminación del contrato de trabajo con base en causa legal o justa causa.
- La solicitud de atender los deberes ciudadanos fundamentales contenido en el art. 95 de la Constitución Política.
- La exigencia para cumplir las obligaciones y prohibiciones especiales contenidas en el CST (arts. 55 a 60) y las que aparezcan en la legislación disciplinaria aplicable a servidores públicos.
- Las exigencias para cumplir los reglamentos de la empresa y las cláusulas del contrato.

Todo esto sobre una base esencial:

¡La razonabilidad!

Cuál es la razonabilidad: exigir, evaluar, disciplinar, ordenar sin ultrajar la dignidad humana, es decir, privilegiar el buen trato, en otras palabras, ser correctos organizacional y operativamente y no permitir ni tolerar, como política de empresa, conductas contrarias al respeto por la dignidad de las personas, incluida la necesidad de asumir con severidad medidas correctivas cuando ello fuere necesario para recuperar la armonía perdida.

► **Tratamiento correctivo, punitivo y procesal**

En una perspectiva de buenas prácticas lo ideal es no tener que llegar a este capítulo.

Sin embargo, es necesario reconocer que, dada nuestra naturaleza humana imperfecta, pueden ocurrir situaciones no convivientes que podrían llegar a configurar acoso laboral y que dan lugar a quejas o inquietudes que implican actuar para evitar que se vuelvan persistentes y terminen configurando acoso laboral o que, en últimas, al no poderse superar entre los involucrados, terminan dando curso a la actuación de la autoridad competente.

En principio, deben considerarse estas situaciones como una oportunidad para el perdón, para procurar en el interior de las comunidades laborales la reparación efectiva y la rehabilitación de las conductas. En suma, paz cotidiana real.

Desde esta perspectiva, el tratamiento de estas situaciones de humana contingencia tiene en la ley cuatro dimensiones:

- **La dimensión preventiva**

En esta dimensión es deber del empleador incluir en el reglamento interno de trabajo y en su política empresarial, mecanismos que se anticipen a situaciones no convivientes que pudieren afectar la armonía del tejido social-laboral, la salud mental de los trabajadores, las condiciones de trabajo dignas y justas, y la libertad, la intimidad o la honra del ser humano que trabaja.

Por esta razón, cuando se establece que una de las modalidades de acoso laboral es la “desprotección”, esta se vincula con la exigencia de buen trato en todo lo relacionado con el Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo, antes Salud Ocupacional; con la normatividad para el tratamiento del riesgo psicosocial en el trabajo en orden a proteger la salud mental y con los esfuerzos organizacionales por crear relaciones armoniosas aplicando diferentes teorías y sistemas de la administración moderna.

El mecanismo por excelencia para la prevención del maltrato y que tiene regulación específica es el de los *Comités de Convivencia*.

Como en la práctica ha venido siendo objeto de una desconfiguración en su naturaleza ética, es importante formular en relación con su integración, actividad y funcionamiento, las siguientes recomendaciones:

- No es un organismo ejecutor, sino asesor. Sus miembros son líderes de humanidad que no deben actuar como representantes de una parte de la relación contractual de trabajo, así su integración sea bipartita, pues se deben es a la búsqueda de armonía y buen vivir, al anhelo de todos a que nos traten bien.

Por lo mismo, no es una especie de ente investigador o con investidura disciplinaria, sino un equipo que procura la salud organizacional.

- Su valor fundamental, en consecuencia, es evaluar la vida laboral para recomendar lo que colabore con el empleador en la búsqueda de un ambiente laboral armónico en términos de prevención para generar habitabilidad humana.
- Cada empresa debe integrar el Comité con un número mínimo de dos personas designadas por el empleador y dos elegidas por los trabajadores. En las empresas que tienen menos de 20 trabajadores, dicho Comité puede estar conformado por un delegado del empleador y una persona elegida por los trabajadores.

En ambos escenarios deberán designarse los respectivos suplentes y su período será de dos años que se contarán desde la fecha de la comunicación por medio de la cual se les designe o se les confirme la elección, según el caso.

- Las sesiones ordinarias deberán ser cada tres meses y las extraordinarias cuando se presenten situaciones que así lo requieran.
- Son funciones del Comité las siguientes: recibir y dar trámite a las quejas; examinar confidencialmente los casos; escuchar a los involucrados; promover, cuando se estime prudente, espacios de diálogo entre los involucrados para generar compromisos mutuos de recuperación de convivencia; hacer seguimiento a dichos compromisos; presentar a la gerencia y al área de gestión humana las recomendaciones que estimen pertinentes para promover buen trato y prevenir acoso; hacer seguimiento al cumplimiento de tales recomendaciones; elaborar con destino a la gerencia informes, trimestral y anual, de la gestión y, en fin:

¡Escuchar! ¡Recomendar!

¡Aportar! ¡Orientar!

¡Tocar el corazón!

¡Ayudar a construir! ¡Promover!

En ningún caso juzgar. En la medida en que su actuación no es procesal porque para ello están los trámites disciplinarios, las actuaciones ante el Ministerio del Trabajo y, en últimas ante los jueces laborales; todo lo cual forma parte de las dimensiones que veremos a continuación.

- **La dimensión correctiva**

La presunta víctima de acoso puede también acudir al inspector del trabajo o a los inspectores de policía o a los personeros municipales o a la Defensoría del Pueblo, mediante denuncia escrita para poner en conocimiento los hechos que estima son configurantes de acoso laboral.

La autoridad administrativa que conociere de la queja, la examinará y si lo considera pertinente, exhortará preventivamente al empleador para que ponga en funcionamiento los mecanismos de prevención y el procedimiento interno, de acuerdo con lo establecido en su reglamento de trabajo, si lo hubiere, o los establecidos como parte de sus políticas convivientes de prevención de conductas contrarias a la habitabilidad humana en el interior de la relación de trabajo.

La omisión en la adopción de medidas correctivas por parte del empleador o de los jefes, los hará sujetos partícipes del acoso.

Igualmente, quien se considere víctima puede acudir ante una institución de conciliación legalmente autorizada con el propósito de que amigablemente se supere la situación de acoso laboral.

- **La dimensión punitiva**

Cuando el acoso estuviere debidamente acreditado, los jueces de trabajo (en el sector privado) o el Ministerio Público o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura (en el sector público), serán las autoridades competentes para adoptar cualquiera de las siguientes sanciones:

- La multa entre 2 y 10 salarios mínimos legales mensuales para la persona que lo realice y para el empleador (persona natural o jurídica) que lo tolere. Esta multa no es para la persona que presente la queja, sino para la entidad pública a la que pertenezca la autoridad que la imponga.
- Pago por parte del empleador, de 50 % del costo del tratamiento de enfermedades laborales y "demás secuelas"; expresión esta que puede generar la inclusión de pensiones por invalidez o sobrevivientes, si se demostrare que dicha enfermedad tuvo causa en acoso laboral.

- En este caso, la Administradora de Riesgos Laborales debe reconocer las prestaciones asistenciales y económicas a que hubiere lugar y, una vez que el juez laboral dictamine si la patología y las secuelas tuvieron causa en una conducta de acoso laboral ocasionada por el empleador o tolerada por este, la ARL debe iniciar las acciones contra el empleador para que este pague 50 % de los gastos respectivos.
 - Justa causa de terminación del contrato de trabajo cuando el sujeto activo o autor del acoso laboral sea un compañero de trabajo o un subordinado respecto de su jefe inmediato.
 - Una queja o demanda de acoso laboral sin fundamento fáctico, causará a quien la formula una multa entre 0.5 y 3 SMMLV; igual sanción aplicará para quien formule más de una "denuncia o queja" por los mismos hechos.
- **Dimensión procesal**

Para aplicar las sanciones, los jueces del trabajo deben adelantar un procedimiento laboral especial que la Ley 1010/06 consagra en el art. 13 y el cual tiene como propósito ser sumario.

La ley consagra una especie de estabilidad laboral condicionada durante los seis meses siguientes a la queja de acoso laboral o petición de sanción, por virtud de la cual la terminación del contrato de trabajo del denunciante o demandante será ineficaz si y solo si la respectiva autoridad verificare la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.

A este respecto considero que si el respectivo denunciante o demandante de acoso laboral incurre en justa causa de terminación del contrato o se vence el plazo fijo pactado originalmente en el contrato de trabajo durante el período antes referido, el empleador podrá terminar el contrato, pero la eficacia de tal terminación quedará en todo caso condicionada a los resultados del proceso laboral que controvierta la ocurrencia o no de una conducta de acoso laboral.

b. Sea riguroso con las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social (el IBC y la UGPP)

Si hay una recomendación absolutamente vital para materializar buenas prácticas en la administración del contrato de trabajo, es el cumplimiento de las obligaciones del empleador en la afiliación de los trabajadores a los Sistemas de Pensiones, Salud y Riesgos Laborales y en el pago oportuno de las cotizacio-

nes, pues de allí derivan importantes efectos de protección para el trabajador y graves consecuencias para el empleador en caso de no afiliarse, afiliarse tardíamente o, una vez afiliado el trabajador, incurrir en mora en el pago de dichos aportes.

Es por esta razón por lo que si hay un compromiso de alta exigencia para los empleadores, es el relacionado con la afiliación y pago oportuno de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social.

Si bien la normatividad puede variar hacia el futuro en materia de los porcentajes que deben aplicarse y la manera como se construye el Ingreso Base de Cotización (IBC), lo que siempre estará vigente es la particular exigencia de lo antes señalado.

► **Las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social**

A modo ilustrativo, de acuerdo con la ley vigente a 2015, los porcentajes para el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social se resumen, así:

IBC Ingreso Base de Cotización (IBC) mínimo: Salario Mínimo Mensual Legal Vigente (SMMLV)

16 % **Para pensiones:** 16 % del IBC, distribuido así: 12 % a cargo del empleador y 4 % a cargo del trabajador.

1 % Los afiliados con ingresos iguales o superiores a 4 SMMLV deberán contribuir con el aporte de 1 % adicional para las subcuentas de Solidaridad y de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con lo establecido en el art. 27 de la Ley 100/93, en la versión modificada por los numerales 1-a. y 2-b) del art. 8° de la Ley 797/03.

FSP Los afiliados con ingresos iguales o superiores a 16 SMMLV deberán contribuir con el aporte adicional para la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con la tabla prevista en el Núm. 2-a) del art. 8° de la Ley 797/03.

Los pensionados que devenguen una mesada superior a 10 SMMLV y hasta 20 SMMLV deberán contribuir para la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, en 1 % y los que devenguen más de 20 SMMLV, en 2 %.

12,5 % **Para salud:** el monto del aporte a este sistema es de 12,5 % del IBC (vigente desde enero 1º/07), distribuido así: 8,5 % a cargo del empleador y 4 % a cargo del trabajador (Ley 1122/07).

12 % **Los pensionados** solo deben cotizar en 12 %, según lo previsto en la Ley 1250 de 2008.

El artículo 31 de la Ley 1607 de 2012 dispuso la exoneración de la parte de la cotización correspondiente al empleador respecto de trabajadores que devenguen hasta 10 SMMLV, siempre que dichos empleadores sean “sociedades y personas jurídicas y asimiladas, contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios”, en concordancia con el Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), y empleadores personas naturales en los términos del artículo 25 de la misma norma, siempre y cuando tengan dos o más trabajadores. Lo anterior significa que en esta hipótesis los empleadores no están obligados a contribuir en 8.5 % antes mencionado y deben trasladar al sistema únicamente el aporte del trabajador, es decir, 4 %.

Con relación a lo que estimamos debe entenderse por “*lo devengado*”, en orden a determinar si el trabajador se encuentra dentro de la condición que permita la exoneración del empleador antes referida, y mientras no se expida norma o instrucción específica en sentido contrario, consideramos que, de acuerdo con el sentido que laboralmente se da a esta expresión, y mientras no haya interpretación legal diferente, debe entenderse por tal:

- El salario ordinario fijo o básico que tuviere asignado un trabajador y
- Adicionalmente, todas aquellas sumas pagadas durante el período materia de análisis y que sean de naturaleza salarial, en los términos previstos por el artículo 127 del CST y demás normas que fueren concordantes, es decir, entre otros, conceptos como comisiones, pagos por trabajo suplementario, nocturno y en día dominical o festivo y, en general, toda suma de dinero que retribuya directamente el servicio del trabajador o que la ley o los acuerdos entre las partes válidamente celebrados, le otorguen tal naturaleza.

En este caso, con relación a conceptos adicionales al salario ordinario fijo estipulado, debe examinarse *lo devengado* en el mes inmediatamente anterior.

Si se establece que el trabajador *devengó* más de diez (10) SMMLV en el mes anterior, en los términos ya referidos, no se cumplirá esta condición y, consecuentemente, para el mes de que se trate no habrá lugar a la exoneración antes referida.

Para trabajadores que tienen salario integral, la determinación de lo *devengado* corresponderá a 70 % de dicho salario integral (arts. 132 del CST y 49 - L. 789/02).

Es importante tener en cuenta que los artículos 25 y 31 de la Ley 1607/12 establecen como condición para la exoneración en comento, que se examine "lo devengado" por el trabajador y no el IBC, el cual para el sector privado tiene norma diferente y puede exceder la cuantía de "lo devengado", en los términos que consagró el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 y al cual nos referiremos más adelante; de suerte que en algunos casos puede ocurrir que el IBC de un mes supere los 10 SMMLV y aun así la exoneración se mantenga porque "lo devengado" por el trabajador en ese mes fue igual o inferior a dichos 10 SMMLV.

Ello significa que, de acuerdo con el claro tenor literal de lo establecido en los artículos citados de la Ley 1607/12, primero debe establecerse si se cumple la condición para la exoneración examinando "lo devengado" por el respectivo trabajador en el mes anterior y, si hay lugar a la exoneración, el empleador debe aplicar el IBC que corresponda para liquidar el aporte al trabajador, es decir, 4 %, así como los demás aportes a pensiones y riesgos laborales.

- Para riesgos laborales: el porcentaje a aplicar sobre el IBC varía según la clasificación de la empresa y de sus centros de trabajo, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1295 de 1994, la Ley 776/02, Ley 1562/12 y los Decretos reglamentarios. En este caso la cotización está totalmente a cargo del empleador.

El panorama relacionado con el cumplimiento de esta importante obligación conduce también a la igualmente trascendental determinación del IBC e, igualmente, a la relevancia que ha venido adquiriendo la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP.

► **El Ingreso Base de Cotización (IBC)**

La Ley 1393 de 2010 consagra en el artículo 30 una norma encaminada a integrar adecuadamente el Ingreso Base de Cotización (IBC) para liquidar los aportes a los Sistemas de Pensiones, Salud y Riesgos Profesionales en el sector privado.

El citado artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 textualmente dispone:

Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100/93, los pagos laborales no constitutivos de salario de las (sic) trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40 % del total de la remuneración.

Los artículos mencionados por la norma que se analiza, es decir, el 18 de la Ley 100/93, regula la "base de cotización de los trabajadores dependientes" en el Sistema General de Pensiones, y el 204 de la misma ley se refiere al "monto y distribución de las cotizaciones" en el régimen contributivo del Sistema General de Salud.

Aunque el texto transcrito no lo cita, conviene, en todo caso, tener en cuenta que el mencionado artículo 18 de la Ley 100/93 aplica también para el Sistema de Riesgos laborales, por virtud de la remisión expresa que en tal sentido hace el artículo 17 del Decreto 1295 de 1994.

Del análisis del artículo 30 antes transcrito se infiere:

- Aplica únicamente para determinar el IBC de los aportes a la Seguridad Social de los trabajadores particulares dependientes, es decir, vinculados a empleadores privados mediante contrato de trabajo.

En consecuencia, no aplica para liquidar los aportes parafiscales al SENA, ICBF y Caja de Compensación de los trabajadores particulares ni para los trabajadores del sector público.

- Adiciona al IBC, para integrarla con el "salario mensual" (art. 18 de la Ley 100/93) o con el "salario base de cotización" (art. 204 de la misma ley), una parte de lo que el trabajador reciba como "pagos laborales no constitutivos de salario".
- La parte de los "pagos laborales no constitutivos de salario" que se incluye en el IBC para los aportes a la seguridad social, por virtud de la asimilación antes referida, es la que exceda de 40 % del total de la remuneración.
- Qué significa "remuneración" En este caso, como la norma en comento no lo explica, se hace necesario acudir a la exposición de motivos del proyecto de ley presentado el 19 de abril de 2010 por los ministros de Hacienda y de Protección Social (*Gaceta del Congreso* 128/10), de la cual se entiende que el concepto remuneración debe considerarse como una

expresión genérica, no referida únicamente a pagos retributivos o salariales en estricto sentido.

Se hace así mismo necesario nutrir la interpretación de la norma aludida, mediante el análisis del artículo 53 de la Carta Política que consagra, dentro de los principios mínimos fundamentales del trabajo el de la "remuneración mínima vital y móvil".

A este respecto, tomando entonces la doctrina constitucional, encontramos que esta sí hace claridad en el sentido de que el concepto "remuneración" es el género y comprende todo ingreso, salarial o no salarial recibido por el trabajador con causa, directa o indirecta, en la prestación del servicio.

De esta manera, con el apoyo en la exposición de motivos, en la doctrina constitucional y en lo que el espíritu de la norma interpretada manifiesta, se concluye que, en principio, la remuneración de que trata el artículo 30 de la Ley 1393/10 para determinar 40 %, corresponde a todo pago recibido por el trabajador, de naturaleza salarial y no salarial, llámese vacaciones, indemnizaciones o prestaciones sociales de orden legal o extralegal, salarial o no que reciba el trabajador en el respectivo mes y que constituyan para él un ingreso, lo que en el decir del Convenio 95 de la OIT, aprobado por la Ley 54 de 1992, art. 1º, citado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-995/99, debe corresponder a pagos que aunque no constituyan sumas de dinero "puedan evaluarse en efectivo".

No obstante el criterio antes expresado, el Ministerio de la Protección Social, el 12 de abril de 2011 expidió el concepto No. 01294 sobre este tema; concepto este que aunque no es obligatorio permite excluir del total de la remuneración aludida por el artículo 30 analizado, "las prestaciones sociales de que tratan los Títulos VIII y IX del CST", es decir, las prestaciones sociales legales, aduciendo que no tienen carácter retributivo del trabajo sino que se trata de un beneficio y un derecho que se otorga al trabajador y que, por tal motivo, estima que no deben ser incluidas dentro del concepto de remuneración.

- En suma, de acuerdo con lo antes expuesto, para establecer "el total de la remuneración", deben considerarse todos aquellos pagos que reciba el trabajador identificables cuantitativamente en cabeza suya, en los que se incluyen los pagos salariales y los no salariales, descontando lo pagado por prestaciones sociales legales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, licencias por maternidad, subsidios por incapacidad derivados de accidentes o enfermedades profesionales o comunes, o gastos de entierro.

Igualmente, según este criterio, tampoco pueden incluirse para el cálculo de la remuneración total, pagos como, por ejemplo, los que reembolsen gastos empresariales efectuados por el trabajador (siempre que sean soportados) o los pagos en especie que constituyen gastos efectuados por el empleador de manera colectiva o no identificable en cabeza del trabajador, como pudiere ocurrir con los relacionados con herramientas de trabajo o prestaciones en especie como el calzado y vestido de labor, o beneficios extralegales como alimentación en casinos u otros de similar tenor que implican un gasto laboral que beneficia al trabajador y que este recibe, pero no son identificables para los efectos de establecer su evaluación en efectivo, individualizable y, por tanto, capaz de integrar el IBC de los aportes a la seguridad social que es un registro meramente individual.

De acuerdo con lo anterior, se sugiere el siguiente procedimiento para la aplicación del precepto interpretado con relación a la determinación del IBC de los aportes al Sistema de Seguridad Social:

- Determine el total de los ingresos recibidos por el trabajador en el respectivo mes y que hubieren sido o sean susceptibles de ser registrados contablemente en cabeza suya (TI, total ingresos), excluidas las prestaciones sociales legales antes descritas.
- Del total de los ingresos anteriores establezca cuáles son de naturaleza no salarial y subtotalice su monto (TNS, total no salarial). La suma restante corresponderá al subtotal de los pagos de naturaleza salarial (TS, total salarial).
- A TI aplique 40 %. Este 40 % de TI arrojará como resultado el factor máximo posible de lo que el Sistema acepta no incluir en el IBC por pagos no salariales (FM, factor máximo).
- Si TNS es inferior a FM, el IBC será igual a TS. Si TNS es superior a FM, la parte que exceda de FM, que denominaremos factor excedente (FE, factor excedente) se sumará a TS para integrar dicho IBC.

Ejemplo.

Un trabajador recibe en el mes respectivo una remuneración total (TI) de \$ 2'000.000. De estos \$ 2'000.000, \$ 1'000.000 corresponde a pagos de naturaleza no salarial (TNS) y \$ 1'000.000 a pagos de naturaleza salarial (TS). Al aplicar 40 % a \$ 2'000.000 (TI), el factor máximo (FM) aceptado respecto de pagos de naturaleza no salarial (TNS) que no sean incluidos en el IBC es de \$ 800.000. Como FM es igual a \$ 800.000 y TNS igual a \$ 1'000.000, FE resulta ser la suma de \$ 200.000, que deberá adicionarse a \$ 1'000.000 correspondiente a los pagos de naturaleza salarial (TS).

De donde,

$$\text{IBC } (\$ 1'200.000) = \text{TS } (\$ 1'000.000) + \text{FE } (\$ 200.000)$$

El IBC construido en la forma antes mencionada tiene una excepción respecto de las novedades de licencias, incapacidades y vacaciones, en la medida en que hay norma expresa (art. 70, D. 806/98), en la que se regulan estos eventos, así:

Artículo 70

Cotización durante la incapacidad laboral, la licencia de maternidad, vacaciones y permisos remunerados. Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período durante el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización, el valor de la incapacidad o de la licencia de maternidad según sea el caso, manteniéndose la misma proporción en la cotización que le corresponde al empleador y al trabajador.

Las cotizaciones durante vacaciones y permisos remunerados se causarán en su totalidad y el pago de los aportes se efectuará sobre el último salario base de cotización reportado con anterioridad a la fecha en la cual el trabajador hubiere iniciado el disfrute de las respectivas vacaciones o permisos.

La Entidad Promotora descontará del valor de la incapacidad, el monto correspondiente a la cotización del trabajador asalariado o independiente según sea el caso.

En ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, salvo las excepciones legales.

► **Aportes parafiscales**

Además de los aportes a la seguridad social, están los llamados aportes parafiscales que corresponden al empleador y deben realizarse aplicando 9 % sobre el valor de la nómina del empleador con destino al SENA, caja de compensación Familiar e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Con relación a los aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional del Aprendizaje (SENA) y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), cabe recordar que el artículo 25 de la citada Ley 1607/12 ya había establecido desde el año 2013, para las sociedades y personas jurídicas y asimiladas, contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios y los empleadores personas naturales, la exoneración de estos aportes, respecto de

“los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, hasta diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes”.

En este punto también nos remitimos, en materia de lo que debe entenderse por “lo devengado”, el concepto referido anteriormente.

Si se establece que el trabajador devengó más de diez (10) SMMLV en el mes anterior, en los términos ya referidos, no se cumplirá esta condición y, consecuentemente, para el mes de que se trate no habrá lugar a la exoneración antes referida.

Para trabajadores que tienen salario integral, la determinación de lo devengado corresponderá a 70 % de dicho salario integral (arts. 132 del CST y 49 - L. 789/02).

Art. 25 y 31

Es importante tener en cuenta que los artículos 25 y 31 de la Ley 1607/12, establecen como condición para la exoneración en comento, que se examine “lo devengado” por el trabajador y no el ingreso base de este aporte, consagrado en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, que incluye todo lo pagado por concepto de salario “en los términos de la ley laboral” (art. 127 y concordantes del CST) y los pagos “por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales”, de suerte que en algunos casos lo devengado pueda ser diferente e inferior al ingreso base para calcular este aporte.

Ello significa que, de acuerdo con el claro tenor literal de lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1607/12, para las contribuciones parafiscales también debe establecerse en primer término si se cumple la condición para la exoneración, examinando “lo devengado” por el respectivo trabajador en el mes anterior y, si hay lugar a la exoneración, el empleador debe aplicar el ingreso base antes mencionado que corresponda para liquidar el porcentaje que sí continúa pagándose con destino a las cajas de compensación familiar, es decir, 4 %.

Lo anterior mientras no exista una expresa reglamentación de la ley en sentido contrario.

► **La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)**

Es la entidad encargada de fiscalizar el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, así como de las contribuciones parafiscales antes referidas.

Entre los asuntos comúnmente fiscalizados por la UGPP, con relación a los cuales el empleador debe tener especial cuidado y puede ser requerido por esta Unidad, están los siguientes:

- Liquidación correcta del IBC para los aportes a la seguridad social, así como de la base de liquidación para las contribuciones parafiscales, en los términos antes mencionados.
- Afiliación extemporánea de los trabajadores al Sistema de Seguridad Social Integral.
- Indebida conformación del IBC para el cálculo del aporte a cajas de compensación familiar cuando se compensan vacaciones en dinero.
- La omisión de la novedad de retiro de un trabajador.
- La omisión de la novedad de variación transitoria del salario en la planilla de liquidación de aportes.
- El pago deficitario de aportes al excluir pagos laborales bajo la simulación de pagos no salariales (arts. 128 y 128 del CST).
- La correcta liquidación de los aportes en salario integral, en especial cuando confluyen pagos ocasionales, por mera liberalidad.
- La correcta cotización del porcentaje correspondiente al Fondo de Solidaridad Pensional.
- El cumplimiento de los requisitos del artículo 8° de la Ley 1607/12 respecto de la exoneración del pago de salud para las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios y sujetos pasivos del impuesto sobre la renta para la equidad (CREE), y a las personas naturales empleadoras, por aquellos trabajadores que devenguen menos de 10 SMLMV.
- Para la fiscalización en aspectos como los antes descritos, la UGPP actúa de acuerdo con sus principales competencias que se resumen en cinco funciones:
 - Investigación: consolidar la información necesaria para la determinación y cobro de las contribuciones de la protección social.
 - Sanción: esta Unidad tiene facultad sancionadora frente a los incumplimientos, por afiliación, traslado, pago de contribuciones parafiscales, entre otras.
 - Fiscalización: es la competente para determinar la correcta liquidación de las contribuciones parafiscales.
 - Capacitación: debe desarrollar programas de capacitación y actualización en los temas de su competencia.
 - Información: es la encargada de hacer la publicidad de la normatividad y todo lo relativo a los asuntos de su competencia.

c. Oriente sobre movilidad y portabilidad en salud

Para entender los alcances de esta recomendación e invitar al empleador a hacer gestión frente al Sistema de Salud en beneficio de sus trabajadores con relación a este tema, transcribiré a continuación los apartes relevantes del artículo que escribí sobre la materia para la revista *Actualidad Laboral y Seguridad Social* de Editorial Legis:

► **Conceptos**

Desde el punto de vista teórico-jurídico no hay misterio:

La *portabilidad nacional* nos remite al deber de las EPS de garantizar el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional. Y la *movilidad* se refiere a la posibilidad de migrar entre el régimen contributivo y el régimen subsidiado sin solución de continuidad en la prestación del servicio, sin cambiar de EPS, con todo el núcleo familiar, y sin tener que realizar un nuevo proceso de afiliación.

Una *portabilidad nacional y una movilidad* en el sistema de salud, operando eficientemente, nos presenta un mundo en el que los afiliados pueden recibir el servicio en cualquier lugar del territorio de la República de Colombia sin excepción alguna y a la vez, cuando a ello hubiere lugar, pueden igualmente transitar, entre los regímenes contributivo y subsidiado sin verse afectados en la atención de sus contingencias en salud...

A modo ilustrativo, abordaremos a continuación una sumaria descripción de lo que recientemente se ha dispuesto.

► **Respecto al Régimen de la Portabilidad Nacional**

El Decreto Reglamentario 1683, expedido el 2 de agosto de 2013, para atender la fecha límite prevista en el artículo 22 de la Ley 1438 de 2011, en relación con el deber de las EPS de "garantizar el acceso de salud en el territorio nacional", establece las siguientes reglas:

- En el sistema de salud los afiliados tienen un domicilio específico diferente al atributo de la persona definido en el Código Civil.

Este domicilio es el municipio en el cual se afilia la persona al sistema, siendo obligación de la EPS adscribir, a dicho afiliado y a su núcleo familiar, "en dicho municipio, o en un municipio cercano por residencia o facilidad de acceso" a una IPS primaria (art. 3º), es decir, a un centro integral de prestación de servicios de salud, que sirva de puerta de entrada a la red de servicios de la EPS...



Foto: Toro, F. (2014) Palmeiras. Colección fotográfica Fedepalma.

- A partir del concepto de domicilio se introduce la definición de “emigración”, la cual hace referencia a la localización del afiliado por fuera de dicho domicilio.

Si la “emigración” es por un período no mayor de un mes, se denomina “ocasional”. En este caso, cualquier IPS, así no haga parte de la red de la respectiva EPS, debe prestar el servicio de urgencia y no podrá negarlo con el argumento de que no se trata de una urgencia.

Si la “emigración” es por un período superior un mes e inferior a doce, se denomina “temporal”. En este caso, si se requiere el servicio de salud, la EPS debe garantizar su *adscripción* a una IPS primaria en el municipio receptor, con acceso al POS.

Si la “emigración” supera los doce meses, se denomina “permanente” y “el afiliado deberá cambiar de EPS, afiliándose a una que opere el respectivo régimen en el municipio receptor, con lo cual se abre el debate para que las EPS entiendan esta disposición más allá del período legal establecido para permanecer en ellas, en la medida en que esta circunstancia sería una excepción a la regla general. Lo anterior, adicionado a las dificultades burocráticas que suelen presentarse para las afiliaciones y desafiliaciones, frente a la prestación del servicio sin solución de continuidad.

Para los efectos relacionados con el núcleo familiar, cuando hay integrantes que fijan su residencia fuera del domicilio del afiliado cotizante, tendrán derecho a la prestación del servicio por parte de la misma EPS, en el municipio donde resida, sin importar si la “emigración” de esta persona es temporal o permanente.

- Para garantizar la *portabilidad*, la EPS debe tener dentro de su página web un “minisitio dedicado a la *portabilidad*”, con información general sobre este derecho, correo electrónico para que el afiliado pueda informar la condición de emigrante y espacios para trámites de autorizaciones...

Igualmente, el afiliado podrá solicitar la asignación de una IPS primaria en un municipio diferente al del domicilio sin requerir su presentación personal y a partir de ese momento la EPS tiene 10 días hábiles para informar al afiliado a cual IPS ha sido adscrito en el municipio receptor y si no lo hiciera, el afiliado podrá solicitar el servicio a cualquier prestador, inicialmente, “de baja complejidad”, el cual estará obligado a prestar el servicio y a informarlo a la EPS del afiliado, la cual, por su parte, está obligada a pagar a dicha IPS las tarifas pactadas y a suministrar “la mayor información clínica posible”...

► **El régimen de la movilidad**

En este caso, la posibilidad de migrar al régimen contributivo sin perder la vinculación al régimen subsidiado se limitó a los afiliados focalizados en los niveles I y II del Sisben, es decir, a aquellos originalmente aceptados por el régimen subsidiado con causa en haber demostrado que no tienen capacidad de pago y que se encontraran “dentro de los puntos de corte” establecidos para los niveles antes mencionados.

Ello significa que no todos los afiliados al Sisben quedaron amparados por el régimen de la *movilidad*.

El Decreto 3047, expedido el 27 de diciembre de 2013, al reglamentar tanto el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 como el artículo 35 de la Ley 1438 de 2011, busca solucionar aquellos casos en los que personas que por estar en los niveles del Sisben antes mencionados han sido calificadas como pobres y vulnerables y obtienen vinculaciones laborales mediante contratos de trabajo, planteaban al empleador su negativa para ser afiliados en el régimen contributivo, por el temor a perder su admisión al Sisben.

Este Decreto permite, en estos casos, la *movilidad* entre el régimen contributivo y el subsidiado, habilitando a las EPS para administrar simultáneamente a

las dos clases de afiliados y coordinando todo lo necesario para que se preste el servicio sin solución de continuidad y al mismo tiempo facilitando al empleador el pago de las cotizaciones respectivas.

Para estos efectos, la norma en cuestión dispone en resumen lo siguiente:

- Las contribuciones vía PILA (Planilla Integrada de Liquidación de Aportes) se harán a la EPS del régimen subsidiado...
- Se reitera la necesidad de acreditar "la pertenencia de los beneficiarios del grupo familiar" de un cotizante al régimen contributivo, para que la EPS reciba la UPC de dicho régimen.
- Las EPS subsidiadas recibirán del FOSYGA la provisión para que en estos casos otorguen el valor de las incapacidades por enfermedad general, de conformidad con las normas vigentes.
- La EPS subsidiada cuyo trabajador afiliado se accidente o enferme por riesgo laboral, debe suministrar los servicios como EPS contributiva de acuerdo con el sistema de riesgos laborales...

► **Consideración final**

El desaliento indudable que genera la distancia entre el sistema de salud soñado y el real, no puede ser excusa para abandonar el reto...

No podemos renunciar a la sana aspiración de lograr que entre normas y cálculos, se traduzca la filosofía del Estado Social de Derecho y se trabaje la cultura ética del buen vivir que invita a evitar conductas incorrectas de cualquiera de los actores del sistema en cualquier nivel; de suerte que ni el Estado, ni las EPS, o las entidades que las suplan, ni los afiliados, cotizantes y no cotizantes, ni los contratistas, ni las autoridades nacionales o territoriales, caigan en la tentación de hacer de la enfermedad un motivo para lucrarse a costa, inclusive, de ellos mismos o de sus familias, entronizando con la corrupción la más perversa de las pérdidas de sentido, la de la indiferencia por el dolor o la necesidad del otro, en aspectos tan sensibles a nuestra fragilidad como las contingencias propias de las salud.

Esta sumaria descripción normativa, más que abrogarse la pretensión de agotar el tema, ha tenido como propósito presentar un panorama que recuerde lo esencial y el valor del reto normativo para materializarlo, sin perder de vista que no son las normas *per se* las que permitirán la eficiencia del sistema,

pues sin una adecuada armonización financiera y, consecuentemente, sin una ampliación efectiva de la red de servicios, seguiremos aplazando la meta...”⁵

d. Expida reglamentos

Independientemente de los manuales técnicos, de las políticas de ejecución de las tareas, de los instructivos en materia de procesos y procedimientos, desde el punto de vista laboral, existen unos instrumentos regulatorios que tienen fuente en la ley. Estos son: El Reglamento Interno de Trabajo (RIT) y el Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial.

► Reglamento Interno de Trabajo (RIT)

Constituye una regulación interna por medio de la cual el empleador consagra de manera puntual aspectos que se consideran relevantes para que el trabajador pueda tener una información cercana acerca de aquellos derechos y obligaciones cuyo conocimiento resultan de particular importancia, con el fin de apoyar la adecuada coordinación de la relación laboral en desarrollo del contrato de trabajo. Por ello se debe considerar su contenido como parte del contrato.

Por esta razón el Código Sustantivo del Trabajo lo define como “conjunto de normas que determinan las condiciones a que deben sujetarse el empleador y sus trabajadores en la prestación del servicio” (art. 104), sin que por ello sean las únicas, pues además de lo que aparezca en el RIT, también forman parte del estatuto normativo que regula la relación entre empleadores y trabajadores, lo que dispone la ley; lo que aparezca estipulado en el contrato mismo, cuando este se celebra por escrito y, en general, todas las instrucciones que en desarrollo de la subordinación laboral imparta el empleador para la ejecución productiva materia del contrato.

Con respecto al RIT conviene tener en cuenta lo siguiente:

- Están obligados a tener RIT todos los empleadores que ocupen “más de cinco (5) trabajadores de carácter permanente en empresas comerciales, o más de diez (10) en empresas industriales, o más de veinte (20) en empresas agrícolas, ganaderas o forestales”. Si hay empresas que reúnen dos de las anteriores actividades, la obligación de tener reglamento “existe cuando el empleador ocupe más de diez trabajadores” (art. 104 del CST).

5 Carrillo Guarín, Julio César. El sueño de la movilidad y la portabilidad en salud. Revista Actualidad laboral y Seguridad Social N° 182. Legis: Marzo-Abril/14. Pags. 24 y 25.

- El artículo 108 del CST establece de manera precisa los puntos que debe contener un RIT y el artículo 110 del CST expresamente aclara que en él no deben aparecer los instructivos técnicos o los manuales de funciones. Solamente lo que señala el artículo 108, el cual dispone que este reglamento contenga aspectos regulatorios en materia de políticas y puntos de orden, sobre los siguientes temas: lugares de trabajo donde aplica; condiciones de admisión y período de prueba; contrato de aprendizaje; horario; autorización, reconocimiento y pago de recargos por horas extras o trabajo nocturno; días de descanso; vacaciones; permisos; procedimiento relacionado con los pagos laborales; orden jerárquico de los representantes del empleador; obligaciones y prohibiciones especiales de las partes del contrato; procedimiento disciplinario con escala de faltas y sanciones; procedimiento en materia de reclamos y prestaciones extralegales, si las hubiere.
- La aprobación de su texto y de las reformas que se le hicieren no requiere la aprobación inicial del Ministerio de Trabajo y su expedición en legal forma está sometida al siguiente procedimiento:
 - Publicación por parte del empleador en cartelera de la empresa con información simultánea a los trabajadores mediante circular interna acerca “del contenido de dicho reglamento”.
 - Los trabajadores y la organización u organizaciones sindicales, si las hubiere, tienen quince días hábiles, contados a partir de la fecha de tal publicación e información simultánea para solicitar los ajustes que se estimen necesarios.
 - Si no hubiere acuerdo respecto de las solicitudes o sugerencias, estas se someterán a consideración del inspector de trabajo, quien previa investigación, ordenará lo que estime pertinente y si hubiere solicitudes de ajuste o de modificación, señalará un plazo máximo de quince días hábiles, contados desde la fecha de la notificación del oficio respectivo, para que el empleador haga los ajustes correspondientes, pues de lo contrario incurrirá en multa equivalente a 5 SMMLV.
 - Una vez en firme el texto respectivo, deben fijarse dos copias del mismo en dos sitios visibles del lugar de trabajo y si hubiere varios lugares separados, tal publicación debe hacerse en cada uno de ellos.
- La Corte Constitucional, mediante sentencia C-934 de 2004, estableció que aquellas disposiciones del RIT que afecten directamente a los trabajadores, como los procedimientos disciplinarios, deben ser materia de un previo ejercicio de participación para escuchar sugerencias y aportes.



Foto: Toro, F. (2014) Central Manigua. Colección fotográfica Fedepalma.

Esta disposición jurisprudencial adquiere aún mayor sentido, si se recuerda que, como lo analizamos en el acápite sobre políticas especiales rotulado “Seguimiento laboral” (régimen disciplinario), la sentencia de la misma Corte Constitucional C-593 de 2014, estableció la obligación para el empleador de incorporar en el RIT el procedimiento sobre la materia, en los términos sugeridos en dicha sentencia y a los cuales hicimos referencia en dicho aparte.

- Igualmente, no debe olvidarse que también es deber del empleador incluir en el RIT normas relacionadas con los mecanismos de prevención del acoso laboral, también sustentadas en construcción participativa; mecanismos estos a los cuales haremos referencia más adelante dentro del subcapítulo rotulado “Recomendaciones para tener en cuenta” al referirnos al acoso laboral.

► **Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial**

Al hablar de este reglamento se introduce en el ámbito de las buenas prácticas, más allá del reglamento mismo, la necesidad de que el empleador adopte todas las medidas necesarias para preservar la integridad y la salud de sus trabajadores, cumpliendo las diferentes normas existentes en materia de prevención de Riesgos Laborales.

Este compendio de normas, sentencias y circulares, de por sí serían suficientes para desarrollar una *Guía básica* independiente y autónoma.

Por esta razón, en este acápite, además de referirme al Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial, realizaré a modo ilustrativo y complementario una formulación general de las normas y los principios sustanciales que deben orientar al empleador sobre esta materia y cuyo cumplimiento le permitirá evitar que no haya ausentismo por causa de accidentes o enfermedades laborales y que, de ocurrir estas lamentables situaciones, pueda tener, además de la tranquilidad moral de haber obrado correctamente, el sustento suficiente para demostrar que la ocurrencia de estos insucesos no tuvo causa en su culpa; porque si se llegare a demostrar tal culpa, ello podría generar onerosas indemnizaciones “por culpa patronal”, en los términos así consagrados en el artículo 216 del CST.

El Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial constituye un instrumento de la legislación laboral original, con relación al cual conviene tener en cuenta:

- Están obligados a expedirlo los empleadores que tengan a sus servicio diez (10) o más trabajadores.
- No es necesario someterlo a la aprobación del Ministerio del Trabajo, pero este puede solicitarlo con el fin de verificar que el empleador haya dado cumplimiento a esta obligación.
- Como mínimo debe contener puntos relacionados con los siguientes temas y políticas: higiene personal de los trabajadores; prevención de accidentes y enfermedades; principales implementos de seguridad y condiciones de protección en materia de locales y equipos y las normas especiales a que hubiere lugar cuando se trate de empresas mineras o petroleras o de energía eléctrica o que realicen trabajos de soldadura o, en fin, todas las que correspondan a la protección de la vida y la salud de los trabajadores, de acuerdo con la naturaleza de la actividad productiva de que se trate.
- Este reglamento también debe fijarse en dos sitios visibles del lugar de trabajo.

No obstante la existencia de este reglamento, cuyo modelo de texto suele encontrarse virtualmente en diferentes páginas de internet, esta herramienta resulta ser un mínimo requerimiento formal frente a todas aquellas disposiciones que hoy materializan el anhelo de promover calidad de vida y respeto por la persona, generando para estas, en desarrollo de su trabajo, la protección necesaria no solo en materia de elementos o herramientas, sino también respecto de las condiciones de los lugares en donde se presta el servicio y de los equipos,

así como todas las demás actividades y gestiones que es necesario cumplir para capacitar a las personas y generar condiciones seguras de trabajo.

En esta materia, reiterando que toda esta temática constituye una rama específica de la ciencia, destaco para que sean consideradas de manera especial, las siguientes disposiciones:

- Decreto 614 de 1984 y Resolución 2013 de 1986, expedida por el Ministerio del Trabajo, relacionada con la integración de los Comités Paritarios de Salud Ocupacional, hoy Seguridad y Salud en el Trabajo (SST), o la designación del Vigía de SST.
- La Resolución 2400 de 1979 del Ministerio del Trabajo, la cual contiene el estatuto general de Seguridad Industrial.
- La Resolución 2646 de 2008 expedida por el Ministerio del Trabajo, que constituye un verdadero programa de mejoramiento cualitativo para el trabajador.

Este programa materializa de manera pedagógica lo que el empleador debe evaluar y considerar para permitir el ejercicio del derecho a la salud mental de que trata la Ley 1616 de 2013, con el fin de identificar, prevenir, intervenir y monitorizar la exposición a factores de riesgo psicosocial en el trabajo, en orden a disminuir y en lo posible erradicar el estrés ocupacional.

- El decreto 1443 de 2014 que constituye el estatuto orgánico del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST), antes Salud Ocupacional.

A modo meramente ilustrativo y solamente para referirnos a algunos de los temas del citado decreto, todo empleador sin distinción está obligado a:

- “Establecer por escrito una política de SST que deber ser parte de las políticas de gestión de la empresa con alcance sobre todos sus centros de trabajo”, la cual debe ser comunicada al Comité Paritario o Vigía de SST (art. 5º) y establecer como mínimo el compromiso del empleador para implementar tal política, con el fin de gestionar preventivamente riesgos laborales de acuerdo con la naturaleza de la actividad de la empresa; para identificar peligros y valorar los riesgos estableciendo los controles respectivos; para proteger la seguridad y salud de los trabajadores mediante la mejora continua del SG-SST y para aplicar toda la normatividad en materia de prevención de riesgos (arts. 6º y 7º).

- Mantener disponibles y debidamente actualizados los documentos que se relacionan en el artículo 12 y que se refieren, además del que contenga la mencionada política de SST, los que consagren las responsabilidades asignadas para la implementación y mejora del SG-SST; el perfil sociodemográfico con las condiciones de salud de la población trabajadora; el plan anual en SST de la empresa; los procedimientos e instructivos internos sobre la materia; los registros de entrega de equipos y elementos de protección personal y otros de similar tenor que allí se describen y que deben ser conservados con particular exigencia y cuidado.

Esta disposición, de particular relevancia, contiene además algunas obligaciones especiales para el empleador y para las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL) que ameritan su adecuado análisis y, en algunas empresas según su tamaño y naturaleza de la actividad, la necesidad de hacer las designaciones de la persona o personas encargadas y de las apropiaciones presupuestales que se requieran para materializar el propósito del SG-SST y su mejoramiento continuo.

No sobra advertir que el SG-SST corresponde a lo que antes se conocía como programa de Salud Ocupacional, con las particulares exigencias y adiciones consagradas en esta norma.

- Toda la normatividad en materia del Sistema de Riesgos Laborales y, en especial, la obligación de afiliar a sus trabajadores a dicho sistema, de manera puntual, y pagar de igual forma, como ya se vio, totalmente a su cargo, los aportes correspondientes.

Como puede verse, y tal como se expresó antes, el requisito formal original de tener un Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial, el cual sigue vigente, constituye apenas un pretexto para poner de presente toda la normatividad laboral sobre la materia; en relación con la cual he realizado apenas un panorama sumario, que en todo caso tiene por finalidad hacer un llamado especial a los empleadores para que en el ejercicio de las buenas prácticas en lo laboral, tengan en cuenta todo este propósito regulatorio que, más que simple formalidad, debe ser asumido por el empleador como una orientación de la ley para facilitar su aspiración a crear ambientes sanos y a permitir a los trabajadores llegar al final de su jornada sin sucesos que pudieran afectar su integridad y su salud.

Adoptar como una carga estas medidas o no hacer el esfuerzo por procurar su cumplimiento dentro de lo posible, además de los efectos indemnizatorios

antes referidos y que pueden llegar a generar multas e, inclusive, hasta el cierre parcial o total, transitorio o permanente de un establecimiento, significa por sí solo una conducta incorrecta, instrumentalizadora y cosificante, que atenta contra el equilibrio social, que forma parte del espíritu al que alude el artículo 1º del CST, como camino para lograr la justicia.

4. El derecho de asociación y la negociación colectiva

a. Criterios generales

Cuando se habla de vida laboral, una de las dimensiones posibles de la interacción a que da lugar el contrato de trabajo es la que plantea un modo de relación, ya no entre el empleador y el trabajador individualmente considerado, sino entre el empleador y el colectivo de trabajadores.

La dinámica propia de este vínculo está regulada por el denominado Derecho Colectivo del Trabajo y la particular consideración que a este respecto se hace, tiene su máxima expresión en los derechos fundamentales de asociación y de negociación colectiva.

Cuando nos referimos a los derechos de asociación y de negociación colectiva estamos aludiendo a la facultad que tienen los trabajadores para asociarse libremente en sindicatos o asociaciones profesionales y para promover el mejoramiento responsable de sus condiciones laborales, así como para propender por su reconocimiento como personas, procurando el mejoramiento de los mínimos legales.

Por ello, está prohibido atentar contra estos derechos, e incluso el artículo 200 del Código Penal consagra como delito todos aquellos actos tendientes a impedir su libre ejercicio.

Igualmente, en esta misma línea, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 354 del CST, el empleador debe evitar toda conducta tendiente a:

- Obstruir o dificultar la afiliación de un trabajador a una organización sindical o a negociar un pliego de peticiones legalmente presentado.
- Despedir trabajadores o modificar condiciones de trabajo con el fin de presionar desafiliaciones.
- Adoptar medidas de represión por el hecho de la afiliación al sindicato.

En suma, el empleador debe abstenerse de adoptar conductas incorrectas que terminan creando resentimientos y distancias, las cuales, además de multas y sanciones, finalmente traen como consecuencia el quiebre de la aspiración colectiva de generar una actividad empresarial competitiva, que debe estar sustentada en el respeto por la persona y en la materialización objetiva de condiciones laborales dignas y justas.

Por su parte, las organizaciones sindicales deben ejercer estos derechos fomentando el acercamiento entre empleadores y trabajadores, sobre la base del mutuo respeto y el diálogo, en forma tal que, al procurar la defensa de los derechos de los trabajadores, no se afecte la sostenibilidad de la fuente de empleo ni se incurra en conductas contrarias a la sana convivencia que se exige a toda relación entre seres humanos; máxime si esta se desarrolla a propósito del trabajo.

Es por ello por lo que la ley laboral en los artículos 378 y 379 del CST prohíbe a los sindicatos conductas como las siguientes:

- Coartar directa o indirectamente la libertad de trabajo.
- Presionar a los trabajadores para ingresar al sindicato o retirarse de él.
- Promover cualquier cesación de actividades o paro, salvo cuando se ejerza el derecho de huelga, es decir, cuando se ha presentado un pliego de peticiones, no ha habido acuerdo en la etapa de arreglo directo y se ha decidido acudir a la huelga con las mayorías y en la forma que la ley lo establece.
- Promover o patrocinar el desconocimiento de hecho de obligaciones legales o convencionales.
- Ordenar, recomendar o patrocinar actos de violencia.

El incumplimiento por parte de la organización sindical de obligaciones o prohibiciones como las aquí descritas, genera sanciones que expresamente aparecen consagradas en la normativa laboral no solo en materia de multas que puede imponer el Ministerio del Trabajo, sino incluso la disolución, liquidación o cancelación de la inscripción del sindicato en el registro sindical, previo procedimiento judicial establecido para el efecto.

Estas consideraciones que responden a la necesidad de atender unos mínimos legales de corrección, si bien resultan ser un camino importante para evitar

abusos o prácticas indebidas que terminan desnaturalizando la particular protección de los mismos, constituyen apenas un referente básico, pues lo verdaderamente importante es transformar la mirada con relación a estos derechos y convertirlos en una oportunidad para evaluar la vida laboral y hacer del diálogo un instrumento importante para el mejoramiento de la actividad productiva y la consolidación de comunidades empresariales.

Urge que lejos de asumir frente a esta realidad una postura de defensa o ataque, las partes retomen el sentido de un pluralismo constructivo, es decir, del respeto por la diversidad como fuente de riqueza en términos de altura humana, para consolidar los propósitos de rentabilidad y productividad inherentes a la actividad de trabajo, con fundamento en el respeto mutuo entre las personas y en el afecto conjunto por la bondad que significa, para empleadores, trabajadores y sindicatos, la sostenibilidad de las fuentes de empleo en condiciones dignas y justas.

Es cierto que la ley laboral utiliza la expresión “defensa de los derechos” para referirse a la naturaleza del ejercicio de las funciones sindicales. Sin embargo, el reto del empleador es obtener una interacción laboral en la que no haya lugar a hablar de “defensa”, sino de colaboración. Y ello ocurre cuando las buenas prácticas del empleador hacen sentir a los trabajadores que están siendo escuchados, que están siendo reconocidos, que no hay instrumentalización y, por lo mismo, no hay lugar para predicar amenaza o ataque alguno que amerite hablar de una “defensa”.

b. La negociación como vida

Los criterios generales antes descritos ponen de presente que el punto de partida frente al hecho de la existencia de una o varias organizaciones sindicales debe ser el respeto y la gestión necesaria para crear, a partir de este respeto, un clima de construcción dialogada.

En este sentido, resulta fundamental recuperar la visión cualitativa de la vida laboral, es decir, entender que lo productivo, lo técnico, lo rentable, son aspectos fundamentales de una tarea empresarial, en la medida en que la búsqueda del resultado esté sustentada en el reconocimiento de la persona, de nuestra propia naturaleza de seres imperfectos, finitos, mortales; que no lo podemos todo, que no lo sabemos todo y que requerimos del otro, como parte del regocijo de este plazo corto llamado vida.

Tal visión que corresponde a la denominada visión cualitativa es la base de una relación sana con la realidad sindical o de un adecuado ejercicio de la negociación colectiva.

Desde allí se construye entonces toda una estructura en la que, a partir del reconocimiento de mi propio ser y mi propia naturaleza, y teniendo plena claridad del bien interno o de la razón de ser de la actividad de la empresa, se construyen afectos compartidos y valores comunes que terminan desarrollando una verdadera cultura corporativa, un modo de ser y de actuar en el que es posible que haya muchas cosas por mejorar, pero donde se tiene la conciencia conjunta de que las deficiencias son posibilidades de mejoramiento y no motivo de una guerra o de una batalla; de que las aspiraciones e intereses diversos no son amenaza, sino oportunidad para caminar de manera conjunta sustentados en el respeto por la diversidad, para entender y comprender hasta dónde es posible autocomponer bienestar sin afectar la fuente de empleo.

Para ello es importante pasar de negocios bajos de moral, es decir, bajos de humanidad en los que prevalece el principio "ama las cosas y utiliza a las personas", por negocios y actividades empresariales altos de moral, en los que, por el contrario, el principio prevalente es "ama las personas y utiliza las cosas".

En este caminar es importante que en las organizaciones empresariales haya una transversalidad a todo nivel cuyo propósito sea, para todos los departamentos, áreas o secciones, materializar el reto de hacer verdadera *gerencia de humanidad*, en aspectos como los siguientes, cuya obviada hay que trabajarla:

- Que desde el punto de vista de la autoridad debe haber más líderes que jefes.
- Que desde el punto de vista del trabajador, a este no se le considere una máquina o un objeto, sino un ser humano inmerso en una historia de afectos, que a alguien ama y alguien lo ama, como también nos ocurre a todos nosotros.
- Que desde el punto de vista del trabajo, este constituya un privilegio, un medio de realización connatural al hombre y no un castigo, un medio de supervivencia, ajeno a la naturaleza humana.

Esta visión cualitativa, lejos de contradecir la exigencia técnica y la facultad del empleador para lograr la calidad de las tareas y organizar la actividad productiva, se convierte, por el contrario, en la materia prima, en el sustento de la autoridad moral para realizar y aplicar, como lo vimos en uno de los subcapítulos anteriores, con plena sustentación, las medidas disciplinarias a que hubiere lugar o los rigores propios del cumplimiento eficiente y eficaz de los compromisos adquiridos.

En esta perspectiva, si se presenta el ejercicio del derecho de asociación sindical, el reto no es luchar contra el sindicato sino *trabajar* con él como otro de los actores importantes para hacer *gerencia de humanidad*.

Y es en esta búsqueda, para hacer de la negociación un ejercicio cotidiano de armonización de vida laboral, donde considero de particular trascendencia tener en cuenta recomendaciones como las siguientes, que también están en la misma línea de la obviedad que conviene trabajar:

- Cumplir la ley.
- No negociar principios.
- Superar la tentación de avasallar.
- Planificar desde la autoridad moral, no desde el miedo, el odio o la venganza.
- Ser preventivo, no reactivo. Es decir, anticiparse a las reclamaciones y, si estas se presentan, construir conjuntamente las soluciones para romper paternalismo.
- Dialogar tantas veces cuantas sea posible. En este sentido, recuerde que el diálogo no es solamente de palabra sino también de acción.

Hay diálogo en la acción cuando las funciones y los procesos están claros, la visión es conocida por todos, los reglamentos y políticas se han divulgado adecuadamente, se capacita a las personas y, en general, se procura que los medios, herramientas e instrumentos para realizar el trabajo se hayan entregado de manera oportuna.

Si se trata del diálogo con la palabra, promueva metodologías que impliquen el desarrollo de cultura participativa para escuchar a los trabajadores, oír sus sugerencias, evaluar sus inquietudes.

Recuerde que el diálogo de palabra se caracteriza por los siguientes criterios:

- Escuchar, es decir, percibir como el que habla percibe y sentir como el que habla siente, sobre la convicción de que no se tiene toda la verdad.
- Argumentar. Al diálogo se va con el propósito de convencer con razones y estar dispuesto a que si el argumento del otro es mejor, poner de presente tal comprensión o, si es el caso, a que la razonabilidad se construya entre todos.
- Procurar soluciones correctas, es decir, buscar lo deseable, entendido como *lo igualmente bueno para todos*.

- Fomentar cultura de bondad que no es pérdida de exigencia, sino fortalecimiento razonable de la misma como una manera de agregar valor.

En suma, ¡Promueva paz cotidiana!

Este panorama que constituye una estructura básica de lo que hoy se ha dado en llamar política de “relacionamiento sindical”, para poner de presente las políticas de las empresas a fin de obtener relaciones sanas con las organizaciones sindicales y que se hace extensiva también a las relaciones con las comunidades de los entornos, en términos, por ejemplo, de políticas ambientales, son el espíritu que debe impulsar el ejercicio de la negociación colectiva, cuando hay lugar a ella, para solucionar el conflicto colectivo, es decir, el tejido de intereses diversos, que se plantea cuando las organizaciones sindicales presentan pliegos de peticiones y con ello dan comienzo al trámite legal de la llamada negociación colectiva.



Este trámite comprende los siguientes pasos:

- Una vez presentado el pliego de peticiones, el empleador debe dar inicio a las conversaciones dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se hubiere presentado dicho pliego.
- Las conversaciones dan curso a la denominada etapa de arreglo directo, la cual tiene una duración de veinte días calendario, prorrogables hasta por otros veinte días calendario.
- Cuando se llegue a un acuerdo, este constituye la convención colectiva de trabajo. Si el procedimiento anterior tiene lugar con trabajadores no sindicalizados, el acuerdo se denomina pacto colectivo de trabajo.

A este respecto es importante tener en cuenta que el artículo 200 del Código Penal antes citado establece también como delito celebrar pactos colectivos en los que “se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados”.

zados, respecto de aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa”.

Esta disposición resulta de particular importancia con el fin de evitar que se utilicen los “pactos colectivos”, para impedir el derecho de asociación porque tal conducta, además de vulnerar la normatividad laboral y la Constitución Política, puede considerarse violatoria de la norma penal antes mencionada.

- Si la etapa de arreglo directo termina sin acuerdo entre las partes, la organización sindical podrá decidir si opta porque el conflicto lo resuelva un tribunal de arbitramento o por acudir a la huelga, entendida esta como “la suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores” (art. 429 del CST).

La decisión mencionada la debe adoptar el sindicato dentro de los diez días hábiles siguientes a la terminación de la etapa de arreglo directo mediante el voto de la mitad más uno de los afiliados a la organización sindical, cuando esta agrupa más de la mitad de la totalidad de los trabajadores de la empresa, o mediante el voto de la mitad más uno de los trabajadores de la empresa cuando el sindicato agrupa menos de la mitad de los trabajadores de dicha empresa.

Cuando el conflicto colectivo lo resuelve finalmente el tribunal de arbitramento, este se integra por tres árbitros. Uno, designado por la organización sindical; otro, designado por la empresa y un tercero, designado de común acuerdo por los dos anteriores y, si no hubiera acuerdo, lo designará por sorteo el Ministerio de Trabajo.

La decisión que toman los árbitros se denomina laudo arbitral, el cual, una vez en firme, se asimila a la convención colectiva de trabajo.

Es necesario desmontar los prejuicios según los cuales negociar es una batalla, es ganar para sí en perjuicio del otro, como si los dialogantes no formaran parte de un mismo destino común del cual depende el bienestar de todos.

Es indispensable superar la idea de que a la negociación no se va a dialogar sino a una especie de campo de guerra en el que lo que prevalece no es la construcción conjunta desde la diversidad a propósito del diálogo, sino el mutuo engaño o la explotación recíproca, como quien en vez de acudir a un templo de la autocomposición se introduce a regañadientes en el campo de un mal necesario.

Una negociación concebida así trae para *la vida laboral* efectos como la agresión, el choque, el resentimiento, la frustración y la improductividad.

Por el contrario, la negociación colectiva, más allá del trámite legal es un ejercicio de diálogo, un activo encuentro de mi propia naturaleza de ser humano que desea ser feliz; una oportunidad para construir, a partir de la común humanidad, sin perder diversidad; para generar civilidad empresarial, es decir, sentidos de identidad y de pertenencia enriquecidos por las diferentes perspectivas sobre la base del respeto mutuo; una manera de construir desde la diversidad para crecer en humanidad, para hacer una mejor empresa...

En suma,

¡Un solo espíritu, una sola visión, desde muchas perspectivas y con miradas que se deben conectar desde el acuerdo sobre lo fundamental para no destruir el sueño conjunto del bienestar desde el bienser!



Y en ello, en ese cambio de miradas, las organizaciones sindicales, sus cuadros directivos, deben ser factor fundamental del cambio patronal de mirada, evitando los apegos por el poder y las formas meramente estratégicas de presión contrarias al espíritu de construcción objetiva que constituye la mejor manera de defender los intereses de los trabajadores.

C. La terminación

1. Modos legales de terminación

El contrato de trabajo, como la misma realidad humana, no es eterno y la relación laboral dependiente a que da lugar el acuerdo de voluntades suele terminar por diferentes situaciones que la misma ley consagra y que se conocen como *modos legales de terminación*.

Desde luego que el propósito fundamental es procurar la máxima estabilidad de los trabajadores, es decir, que haya la menor rotación posible, no solo para preservar la oportunidad de bienestar y de realización a que da lugar el trabajo, sino

también porque de esta manera la empresa recibe el beneficio de lo que significa el conocimiento y la experiencia adquirida por la persona durante la vigencia del contrato de trabajo y, con base en las buenas prácticas, el afecto por el objeto que da razón de ser a la actividad productiva, con los gratos efectos consecuentes en materia de lealtad, fidelidad, confiabilidad y seguridad en la conducción de las tareas y funciones asignadas y con los positivos resultados para la rentabilidad deseada, como sustento de la sostenibilidad de la fuente de empleo.

No obstante, en medio de esta aspiración, como no puede haber estabilidad absoluta, se presentan hechos o situaciones de diferente orden que la legislación laboral describe en el artículo 61 del CST y que obedecen a diferentes circunstancias, no siempre derivadas de la voluntad de las partes del contrato de trabajo.

Hay lugar a la terminación del contrato de trabajo:

- a Por muerte del trabajador
- b Por mutuo acuerdo entre las partes
- c Por expiración del plazo fijo pactado, cuando la modalidad de la duración del contrato ha sido el término fijo y, en este caso, la terminación debe hacerse en la forma mencionada al referirnos a la modalidad de los contratos de trabajo.
- d Por terminación de la obra o labor contratada, cuando esta ha sido la modalidad de duración contractual estipulada.
- e Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de 120 días; circunstancias estas en las cuales el empleador debe solicitar permiso al Ministerio del Trabajo e informar a los trabajadores acerca de tal solicitud.
- f Por orden judicial, mediante sentencia debidamente ejecutoriada, es decir, en firme.
- g Por no regresar el trabajador a sus labores una vez desaparecidas las causas de suspensión del contrato de trabajo, cuando se hubiere presentado esta circunstancia.
- h Por decisión unilateral de cualquiera de las partes. Esta decisión unilateral puede ocurrir:

► *Sin justa causa*

- **Por parte del trabajador**

Cuando quien adopta esta decisión es el trabajador, no hay lugar a aplicar indemnización alguna. Anteriormente, si el trabajador no daba aviso al empleador con treinta días de antelación a la fecha prevista por este para hacer efectiva tal determinación, el empleador podía descontar de la liquidación final de salarios y prestaciones sociales hasta treinta días del salario del trabajador.

Esta forma de terminación del contrato de trabajo da lugar a la llamada *renuncia* del trabajador.

A este respecto conviene tener en cuenta que cuando el trabajador presenta la renuncia debe solicitársele que en la comunicación en la cual manifiesta su voluntad de terminar unilateralmente el contrato, indique la fecha de vigencia de la misma. Si el empleador llegare a terminar el contrato de trabajo antes de dicha fecha o con base en una renuncia que no la tiene, la terminación se entenderá que es unilateral sin justa causa, pero por parte del empleador y causará para este la indemnización de que se tratará más adelante.



Puede ocurrir también que, presentada la renuncia por el trabajador, el empleador responda expresando su aceptación. Esta comunicación no es necesaria, pero si el empleador la expide, la modalidad de terminación será el "mutuo acuerdo".

Tal distinción tiene particular relevancia porque si el trabajador presenta la renuncia y no hay aceptación, como es un acto unilateral, también puede unilateralmente revocarla, pero si el empleador la acepta y se transforma en un mutuo acuerdo de terminación contractual, la revocatoria unilateral no producirá efecto, pues se requerirá el mutuo acuerdo para ello; en la medida en que lo que bilateralmente se estipula, solo puede modificarse de la misma forma.

Existe, igualmente, un escenario en el que el trabajador presenta renuncia motivada, aduciendo que su manifestación unilateral de terminar el contrato

tiene causa en hechos imputables al empleador. Esta clase de renuncias dan lugar a la figura doctrinal denominada "despido indirecto", pues cuando ello ocurre, es muy probable que el trabajador pretenda con ello que, posteriormente, de manera oficiosa o mediante sentencia judicial, el empleador reconozca la indemnización.

Finalmente, cabe agregar en este punto que la reforma introducida en el año 2002 por la Ley 789 al modificar el artículo 64 del CST que consagra esta especie de terminación unilateral de contrato, derogó tácitamente la indemnización antes referida.

- **Por parte del empleador**

Cuando la decisión de terminar el contrato de trabajo unilateralmente sin justa causa es del empleador, este deberá reconocer una indemnización, así:

- Si el contrato es a término fijo, la indemnización será equivalente al valor del salario del trabajador correspondiente al tiempo que faltare para cumplir el plazo fijo pactado.
- Si el contrato es por obra o labor determinada, esta será equivalente al valor del salario del trabajador correspondiente al tiempo que faltare para culminar tal obra o labor y, en todo caso, no inferior a quince días de dicho salario.
- Si el contrato es a término indefinido, aplica lo siguiente:

Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez salarios mínimos mensuales legales: treinta días por año de servicio o fracción y veinte días adicionales sobre los treinta básicos, "por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción".

Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez salarios mínimos mensuales legales: veinte días por año de servicio o fracción y quince días adicionales sobre los veinte básicos, "por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción".

Si a 27 de diciembre del año 2002 el trabajador tenía 10 o más años al servicio continuo del empleador, la indemnización en cualquier nivel de remuneración será equivalente a 45 días de salario por el primer año de servicio o fracción y 40 por cada año adicional al primero.

El salario para liquidar la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa será el equivalente al salario ordinario fijo (básico) que devengue el trabajador en la fecha de la terminación del contrato, y si hubiere factores salariales variables deberá adicionarse a dicho salario básico el promedio mensual de lo devengado por el trabajador por este concepto durante el último año de servicio o proporcionalmente si dicho tiempo de servicio fuere menor.



► **Con justa causa**

La legislación laboral consagra las justas causas de terminación del contrato de trabajo en el artículo 62 del CST, en la versión modificada por el artículo 7º del decreto 2351 de 1965.

En este artículo en el literal a) se describen las justas causas que puede aducir el empleador para terminar el contrato de trabajo y en el literal b) las que puede aducir el trabajador.

Si bien cada una de dichas causales puede tener extensos motivos de análisis, su descripción pone de manifiesto conductas que, debidamente acreditadas resultan razonables para dar por finalizado el vínculo.

Este momento de la vida laboral debe ser una oportunidad para el trato digno al incumplido, pues el hecho de la falta cometida o de la conducta incorrecta solo tiene como consecuencia la posibilidad de terminar el vínculo de forma unilateral e inmediata, permitiendo al empleador -si es el trabajador quien ha incurrido en ellas-, no pagar la indemnización respectiva; pero en modo alguno debe ser aprovechado para maltratar o avasallar.

Por esta razón, trascendiendo la consideración estrictamente legal, de lo que se trata es de que la evidencia de lo ocurrido se convierta, para quien aplica la justa causa, en una oportunidad de enseñar a la otra parte la importancia de corregir a futuro su conducta cuando celebre nuevas vinculaciones contractuales de trabajo.

Es *la oportunidad para el trato digno* y no una especie de muerte laboral, de suerte que, en el caso del trabajador, este pueda en el futuro retomar la conducta diligente en los nuevos contratos de trabajo que celebre, pues de lo que se trata es de la terminación del contrato de trabajo y no del exterminio

de la persona de la vida laboral, suprimiendo eternamente su posibilidad de enmendarse y de tener un nuevo empleo para seguir existiendo y procurando bienestar para sí y para los suyos.

Por esta razón el artículo 59 del CST, Núm. 8., prohíbe a los empleadores que en las certificaciones de servicio incluyan manifestaciones “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 ocupen en otras empresas a los trabajadores** que se separen o sean separados del servicio”.

A modo meramente descriptivo y esquemático, sin perjuicio de profundizar en el texto puntual de la norma y con el fin de mostrar las manifestaciones de humana incorrección que el legislador plantea como sustento suficiente para terminar el vínculo contractual de trabajo, presento a continuación el panorama de dichas justas causas.

Por parte del empleador respecto del trabajador:

- Engaño al presentar certificados.
- Violencia materializada en malos tratos o grave indisciplina.
- Daño material intencional y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad.
- Acto moral o delictuoso en el lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.
- Detención preventiva por más de treinta días, a menos que posteriormente sea absuelto.
- Violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que consagran los artículos 58 y 60 del CST o cualquier falta calificada como grave en pactos o convenciones colectivas, laudos, el contrato de trabajo o reglamentos de la empresa.
- Revelación de secretos técnicos o comerciales o de asuntos de carácter reservado con perjuicio para la empresa.
- Deficiente rendimiento.
- Sistemática inexecución de obligaciones (incumplimiento reincidente).
- Todo vicio que perturbe la disciplina.
- Renuencia a aplicar medidas de prevención de la salud y de la seguridad industrial.

- Ineptitud para realizar la labor encomendada.
- Reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez, una vez se haya acreditado que el trabajador ha ingresado a la nómina de pensionados de la respectiva entidad administradora.

Por parte del trabajador respecto del empleador:

- Engaño en las condiciones de trabajo.
- Violencia materializada en malos tratos.
- Inducción para realizar acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas.
- Situación de peligro para su seguridad o su salud y que el empleador no modifique,
- Perjuicio causado maliciosamente.
- Incumplimiento sistemático o injustificado de las obligaciones convencionales o legales.
- Exigencia injustificada de prestar un servicio distinto o en lugares diferentes a aquel para el cual se le contrató.
- Violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que consagran los artículos 57 y 59 del CST o cualquier falta calificada como grave en pactos o convenciones colectivas, laudos, el contrato de trabajo o reglamentos de la empresa.

La parte que termina el contrato de trabajo debe, en el momento de la terminación, expresar la causal o motivo.

Por ello, se recomienda que una carta de terminación con justa causa desarrolle al menos el siguiente esquema:

- Hechos que dieron lugar a la configuración de la causa que se aduce.
- Constancia acerca del procedimiento adelantado para permitir el ejercicio del derecho de defensa y el cumplimiento del debido proceso, cuando la causal que se aduce amerita haberlo realizado.
- Descripción del efecto que tal conducta trae para la convivencia laboral con relación al bien interno que da razón de ser a la actividad empresarial, con el fin de poner de presente la gravedad de la conducta.
- Consecuencia derivada que se debe expresar mediante la descripción de la causal o causales a que dio lugar la decisión adoptada con la relación

de las normas y disposiciones legales, contractuales y reglamentarias, que resultaron vulneradas.

Con base en lo anterior se comprende por qué cuando se llega a este modo de terminación es necesario que el empleador tenga la tranquilidad moral de haber adoptado una determinación sustentada en prueba suficiente, con criterios objetivos que permitan materializar una decisión correcta, ajena a la manipulación, a la injusticia o la indignidad.

2. La liquidación final

Terminado el contrato de trabajo, es deber del empleador reconocer al trabajador los salarios, las prestaciones sociales y las vacaciones que a dicha fecha se le adeuden.

Si el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas a la fecha de terminación del contrato, se causa una indemnización, que se denomina "indemnización moratoria" o "salarios caídos", la cual es equivalente a un día de salario por cada día de retardo en pagar lo debido.

Si transcurridos 24 meses desde la fecha de terminación del contrato el trabajador no ha iniciado reclamación judicial, el cálculo de la indemnización equivalente a un día de salario por cada día de retardo únicamente se aplicará hasta por 24 meses y a partir de esta fecha la indemnización será equivalente a los intereses moratorios sobre la deuda laboral no pagada, liquidada a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia de Entidades Financieras, hasta cuando el pago se verifique.

Esta última modalidad de liquidación de la indemnización moratoria no aplica para trabajadores que tengan el salario mínimo, para quienes, así no presenten reclamación laboral alguna, dentro de los 24 meses siguientes a la fecha de terminación del contrato seguirá rigiendo la liquidación del último salario diario por cada día de retardo hasta la fecha en que se produzca el pago.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que no habrá lugar a la indemnización moratoria cuando el empleador acredita que el incumplimiento no ha tenido causa en una conducta torticera encaminada a causar perjuicio al trabajador, es decir, cuando demuestra la buena fe.

Por ello es importante que cuando se hace entrega de la suma de dinero correspondiente a la liquidación final de pagos laborales al trabajador, este en

el mismo documento que acredita estar recibiendo hace constar que declara estar conforme con tal liquidación y, consecuentemente, a paz y salvo al empleador por todo concepto.

Lo anterior, en la medida en que, en la mayoría de los casos, cuando se presentan controversias relacionadas con el no pago de lo debido a la terminación del contrato de trabajo, estas tienen causa en reclamaciones por considerar que lo pagado no corresponde a lo debido y, cuando el trabajador ha recibido lo correspondiente a la liquidación final sin dejar constancia de reparo o reserva alguna, tal “paz y salvo” puede constituir una prueba importante para demostrar la buena fe y con ello evitar la condena a realizar este pago laboral indemnizatorio, desde luego, sin que tal efecto excuse al empleador de tener que pagar lo que corresponda, en caso de que a ello hubiere lugar.

Por otra parte y respecto de la terminación del contrato por decisión unilateral del empleador sin justa causa, es decir, con el pago de la indemnización, el empleador debe informar por escrito al trabajador dentro de los sesenta días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y de aportes parafiscales (ICBF, SENA y caja de compensación) sobre los salarios de los últimos tres meses de vigencia del contrato, pues si no lo hiciera, tal terminación no producirá efecto alguno y, por tanto, el trabajador tendrá derecho a reintegro con el consecuente efecto en materia de pago de salarios y prestaciones causadas durante el tiempo transcurrido entre la fecha fallida de terminación y la fecha en que se disponga el reintegro.

Es en este punto de la vida laboral, el de la terminación del contrato de trabajo, en donde adquiere pleno sentido todo el panorama de las buenas prácticas en lo laboral materializando lo correcto: Los pagos puntuales, el cumplimiento de los compromisos, el buen trato, la sensación de haber crecido, la actitud positiva para superar los momentos difíciles, el poder mirar atrás como una grata experiencia existencial y profesional y todo lo que puede enlistarse en una percepción grata de la vivencia de trabajo, aparecerán como una radiografía indeleble, que al final del camino se materializa en el documento mismo de la liquidación del contrato.



Es en ese instante cuando, a pesar del dolor que pudiere significar una terminación o de la molestia, como pudiera ocurrir en algunos casos, es de desear que la percepción subyacente sea la de haber vivido una buena experiencia que en

todo caso envuelve mutua gratitud, no tanto por los sacrificios o por los dineros recibidos sino por haberse transitado un camino que, sin estar exento de dificultades e imperfecciones, permite concluir en la memoria del ex trabajador, en su historia, que ese empleador es una persona (natural o jurídica) seria, confiable y bien intencionada en su esfuerzo por generar vida, por promover buen vivir, capaz de aplicar justicia dentro de un espíritu genuino de coordinación económica y equilibrio social (art. 1º del CST).

Y entonces, en el tejido de historias, se escuchará desde el corazón de las personas que el contrato de trabajo resultó una excelente oportunidad, una especie de privilegio, para haber tenido ocasión de vivir una actividad empresarial, quizá no perfecta ni con los mejores niveles de remuneración, pero esencialmente coloreada de bondad y esto, situado en el corazón de las personas, será la mejor de las calificaciones para evaluar si ese empleador acertó en su propósito de lograr buenas prácticas.

Causas normales de la terminación de contrato de trabajo

1

Muerte del trabajador



5

Liquidación o clausura de la empresa



2

Mutuo acuerdo entre las partes



6

Por orden judicial



3

Expiración del plazo del contrato



7

Por no regresar el trabajador a sus funciones luego de terminada la suspensión del contrato

4

Terminación de la labor y obra contratada



8

Por decisión unilateral de las partes: por justa causa o sin justa causa

Foto: Toro, F. (2012) El Borrego.
Colección fotográfica Fedepalma





Recomendaciones finales



PLANTACION
PALMAR EL BORREGO

Recomendaciones finales

Es difícil encontrar para esta clase de textos lectores que, salvo exigencias académicas, acometan su lectura con una secuencia continua como si fuera una obra literaria, en la que la trama ensortijada de una historia desarrolla una narrativa que motiva su lectura "de principio a fin" para no perder el hilo conductor y estimulada por la inevitable curiosidad por saber el desenlace.

No hay duda de que en este caso, tratándose de una *Guía básica*, los textos orientadores en los diferentes temas relevantes con los cuales he pretendido contribuir con el anhelo de las buenas prácticas en la ejecución del contrato de trabajo, no plantean una secuencia novelada sino un panorama de mínimos legales con visión cualitativa, a los cuales el lector puede acudir según su necesidad dentro de lo que estimare oportuno con el fin de orientar conductas laborales *al inicio o durante o a la terminación* del vínculo contractual de trabajo. Es lo que podría llamarse un texto de consulta básica: ¡una guía!

Sin embargo, en los entretelones de su contenido, la mayor aspiración, más allá del aporte enciclopédico, radica en la insistencia subyacente en cada uno de los temas técnicos materia de análisis, acerca de la necesidad de dar a dicho contenido técnico -al rigor normativo de lo laboral-, el sentido ético que aporta la visión cualitativa, sin la cual el trabajador es una máquina, el empleador alguien contra quien hay que luchar y la relación laboral un ejercicio de fuerzas opuestas y distantes, y no, por el contrario, un tejido de historias de seres humanos que sustentan, a propósito de un contrato, su aspiración de ser felices y su necesidad de construir *vida buena con y para el otro*.

De nada sirve la norma, de nada lo técnico, de nada el dinero o los códigos; no tiene sentido alguno el saber liquidar una hora extra, un auxilio de cesantía o unas vacaciones o cualquier otro pago laboral, si la aplicación e implementación de la ley es un acto forzado por la necesidad de no ser sancionado o de producir, y no un ejercicio de voluntad política empresarial inspirado en la convicción de hacer lo correcto para generar felicidad.

El contrato de trabajo más que una forma legal es un acuerdo moral para promover la satisfacción con calidad de necesidades humanas tangibles e intangibles. Debe ser un pretexto para generar vida, entendida como una red coherente y armoniosa de relaciones, cuya dinámica signada por lo justo y lo prudente produzca efectos sistémicos en los que “el todo sea más que la suma de las partes”.

Lo valioso, lo bondadoso de cumplir la ley con sustento cualitativo, es decir, con la convicción de humanidad que invita a las buenas prácticas, radica en el hecho de que aun sin saber todo lo legal, incluso incurriendo en equivocaciones, el efecto mágico en términos prácticos sea la confianza y con ella la posibilidad de lograr de manera auténtica y no forzada la cooperación deseada, a fin de que el servicio materia del contrato, iluminado por la certeza de esa cultura, de ese modo de ser y de actuar empresarial, genere efectos perdurables en el tiempo en materia de eficacia, eficiencia, rentabilidad y productividad. En suma: comprensión y solidaridad en los momentos difíciles y alegría con mutua satisfacción cuando llegan los buenos resultados.

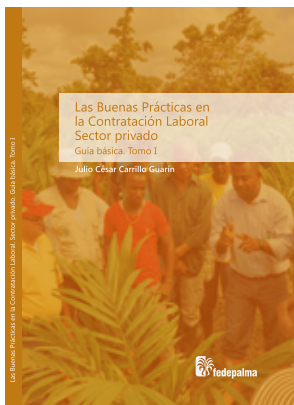
Deponiendo soberbias, arrogancias, egoísmos y paternalismos, es importante como recomendación final que se promueva cultura participativa, a fin de transformar la relación laboral que emana del contrato de trabajo, para pasar de la visión de yugo forzado por la supervivencia en donde impera la jerarquía y la lucha de clases, a un acto vital en el que se privilegie la corresponsabilidad, el respeto por la diversidad, el pluralismo constructivo y los valores comunitarios de la empresa.

Urge que los empleadores involucren a los trabajadores en sus sueños y en sus temores, en sus logros y en sus dificultades, para hacerlos partícipes e incluirlos tanto en sus alegrías como en sus tristezas organizacionales, productivas y de mercado.

Urge que los trabajadores sean capacitados para vivir el contrato de trabajo como un reto de humanidad, como una oportunidad que amerita gratitud, en la que contribuyendo responsablemente con su ser y su saber, entiendan y sientan afecto por el bien interno que da razón de ser a la actividad productiva que los une; de suerte que su percepción no sea únicamente el sobrevivir sino también el hacer del trabajo una oportunidad para ser feliz y hacer felices a otras personas.

Es cierto. Este viaje sumario por el universo del contrato de trabajo a propósito de las buenas prácticas no es una novela; pero como cada día en la vida de cada uno de nosotros envuelve un género literario, aspiro a que en estas páginas, en

cualquiera de los temas, el lector haya podido encontrar y encuentre siempre motivos para tener finales felices, los cuales, si no alcanzan, como en los cuentos infantiles, "para comer perdices", al menos contribuyan con la disminución de la violencia, la observación pasiva y las miradas indolentes, para generar espacios en donde la diversidad es motivo de riqueza y el respeto es la fuente del crecimiento conjunto, sin perder de vista las exigencias razonables.



Publicación cofinanciada por
Fedepalma-Fondo de Fomento Palmero

Coordinación editorial
Yolanda Moreno Muñoz
Esteban Mantilla

Diseño y diagramación
Ximena Díaz Ortiz

Impresión
Javegraf

ISBN: 978-958-8616-69-8

Bogotá, D.C.-Colombia
Septiembre de 2015

“Los datos y la información inicial en la que se basa SISPA; así como su recolección, tratamiento, circulación, utilización y demás aplicaciones y derivadas, han sido debidamente autorizados por los respectivos titulares, teniendo en cuenta que en sí mismos No se consideran obras susceptibles de ser protegidas por el Derecho de Autor. Sin perjuicio de ello, dada la forma como los datos y la información en general recogida y obtenida ha sido seleccionada, dispuesta y presentada, la BASE DE DATOS SISPA SE CONSIDERA UNA COMPILACIÓN O COLECCIÓN Y, POR TANTO, UNA OBRA ORIGINAL PROTEGIDA POR EL DERECHO DE AUTOR. En consecuencia, cualquier uso que explícita y previamente NO HAYA SIDO AUTORIZADO, SE ENTENDERÁ EXPRESAMENTE PROHIBIDO; luego, cualquier aplicación, intromisión, consulta, aprovechamiento, alteración, y demás alternativas de explotación, administración, disfrute o disposición se encuentran PROSCRITAS y su vulneración conllevará las sanciones civiles y penales correspondientes”.



Federación Nacional de Cultivadores
de Palma de Aceite, Fedepalma

Carrera 10A N° 69A - 44 | PBX: (1) 313 86 00
www.fedepalma.org | Bogotá, D.C., Colombia