



Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

DERECHO LABORAL INDIVIDUAL

República de Colombia



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

DERECHO LABORAL INDIVIDUAL

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
Vicepresidenta

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

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora

ALEJANDRO PASTRANA ORTIZ
Coordinador Académico



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Consejo Superior
de la Judicatura

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

**CLAUDIA JANETH WILCHES
MARIA LUCIA BARRERA**

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

DERECHO LABORAL INDIVIDUAL

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

ISBN 978-958-8331-35-5

**CLAUDIA JANETH WILCHES
MARIA LUCIA BARRERA, 2007**

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2007

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No. 11 - 96 pisos 6 y 7

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: Diciembre de 2007

Con un tiraje de 1000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica:

Carmen Lucía Gordillo Guerrero.

Diseño editorial: Grafi-Impacto Ltda.

Impresión: Grafi-Impacto Ltda.

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

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

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Laboral y de la Seguridad Social**, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados incorporados al **Área Laboral y de la Seguridad Social**, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y cuyas autoras **Claudia Janeth Wilches y María Lucia Barrera, integrantes del grupo de trabajo de este programa de la Universidad Sergio Arboleda**, quienes con su gran compromiso y voluntad, se propusieron responder a las necesidades de formación planteadas para el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Laboral y de la Seguridad Social**.

El módulo **Derecho Laboral Individual** que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez o Jueza.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por las autoras, fue enviado para su revisión por los Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron

observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones, las autoras complementaron su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Empleados y Empleadas de la Rama Judicial.

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

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial

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

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

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

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

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

integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

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

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

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

Aprendizaje activo

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

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial,

para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo recorrido del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* “learning societies”, *organizaciones que aprenden* “learning organizations”, y *redes de aprendizaje* “learning networks”.¹ Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

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

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las

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

instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “*lo público*” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Curriculum integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

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

Planes de Estudio

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los módulos

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

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

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Laboral y de la Seguridad Social**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del

Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistemática y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada modulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

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

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

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
1. DERECHO LABORAL INDIVIDUAL	23
1.1. Objetivos	23
1.2. Derecho laboral individual	25
1.3. El “contrato-realidad”	33
1.3.1. Objetivos	33
1.3.2. Concepto	34
1.3.3. Elementos del contrato de trabajo	38
1.3.3.1. Capacidad	39
1.3.3.2. Consentimiento	39
1.3.3.3. Objeto	40
1.3.3.4. Causa	40
1.3.4. La teoría de la relación de trabajo	41
1.3.4.1. Contrato de trabajo y relación de trabajo	42
1.3.4.2. Elementos esenciales de la relación de trabajo	43
1.3.5. Actividades pedagógicas	52
1.3.6. Autoevaluación	53
1.3.7. Bibliografía	54
2. NUEVAS FORMAS DE TRABAJO	57
2.1. Objetivos	57
2.2. Cooperativas de trabajo asociado	60
2.2.1. Concepto	60
2.2.2. Marco legal	61
2.2.3. Particularidades de las cooperativas de trabajo asociado	62
2.2.4. Principales diferencias entre las cooperativas de trabajo asociado y las empresas de servicios temporales	68
2.2.5. La desregulación y subcontratación laboral	68
2.3. Las empresas de servicios temporales	73
2.3.1. Marco legal	73
2.3.2. Sujetos de la relación	73

2.3.3.	Particularidades de las empresas de servicios temporales	74
2.4.	El contrato de prestación de servicios	79
2.4.1.	Marco conceptual	79
2.4.2.	Las particularidades del contrato de prestación de servicios	80
2.4.3.	La presunción y simulación	80
2.5.	Actividades pedagógicas	88
2.6.	Autoevaluación	89
2.7.	Bibliografía	90
3.	EL IUS VARIANDI	93
3.1.	Objetivos	93
3.2.	Concepto	94
3.3.	Actividades pedagógicas	105
3.4.	Autoevaluación	106
3.5.	Bibliografía	106
4.	LA SOLIDARIDAD LABORAL DEL BENEFICIARIO O DUEÑO DE LA OBRA	109
4.1.	Objetivos	109
4.2.	Actividades pedagógicas	126
4.3.	Autoevaluación	126
4.4.	Bibliografía	127
5.	EL ACOSO LABORAL	129
5.1.	Objetivos	129
5.2.	Concepto	130
5.3.	La dignidad humana derecho fundamental del trabajador	130
5.4.	Los antecedentes legales en Colombia	130
5.5.	Los antecedentes jurisprudenciales en Colombia	130
5.6.	Marco legal	132
5.7.	Bienes jurídicos protegidos	134
5.8.	Sujetos del acoso laboral	134
5.9.	Diferentes modalidades del acoso laboral	136
5.9.1.	Maltrato laboral	136

5.9.2.	Persecución laboral	136
5.9.3.	Discriminación laboral	137
5.9.4.	Entorpecimiento laboral	137
5.9.5.	Inequidad laboral	137
5.9.6.	Desprotección laboral	137
5.10.	Conductas constitutivas	137
5.11.	Conductas no constitutivas	139
5.12.	Medidas preventivas y correctivas del acoso laboral	140
5.13.	Actividades pedagógicas	141
5.14.	Autoevaluación	141
5.15.	Bibliografía	141
6.	EL SALARIO INTEGRAL	143
6.1.	Objetivos	143
6.2.	Actividades pedagógicas	149
6.3.	Autoevaluación	150
6.4.	Bibliografía	151
7.	ANEXO 1	153

CONVENCIONES

A <i>p</i>	<i>Actividades pedagógicas</i>
A <i>e</i>	<i>Autoevaluación</i>
B	<i>Bibliografía</i>
O <i>e</i>	<i>Objetivos específicos</i>
O <i>g</i>	<i>Objetivo general</i>

Unidad 1 | DERECHO LABORAL INDIVIDUAL

Qg

- *El artículo primero del CST nos orienta sobre la finalidad de esta normatividad al decir que “es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”, es por ello que lo que se pretende con este libro no es dar a conocer las normas que ya están en el CST, sino generar en el administrador de justicia inspirado en los principios, la magia que lo motive e inspire para que en sus decisiones se logre el impacto de justicia y equidad que todo ciudadano busca, imprimiendo en sus fallos la razonabilidad y humanidad necesaria para que la justicia tenga la altura humana pretendida.*
Igualmente el artículo 25 de la Constitución Política nos dice que “el trabajo es un derecho y una obligación social que debe realizarse en condiciones dignas y justas”
La época actual de un gobierno que lo quiere controlar todo a su antojo no es la más propicia para el operador judicial, el equilibrio entre capital y trabajo está afectado, el derecho de asociación prácticamente es inexistente, por lo tanto debemos apuntar a que la legitimidad e independencia judicial no se pierda y la búsqueda de justicia social sea un imperativo permanente.

Ce

- *Entender la realidad social, los cambios generados y la dinámica actual de las relaciones laborales. No se concibe un derecho del trabajo sin trabajo, pero no solo pensamos en lo actuales trabajadores, sino en los que no tienen trabajo y para ellos debemos contribuir de manera eficaz con un accionar ordenado, lógico, moderno y sobre todo justo.*
- *El juez debe ser un estudioso de la realidad social, para su fundamentación no solo le sirve la norma jurídica y el apoyo jurisprudencial respectivo; por el contrario debe consultar la realidad social y económica ya que su función no debe ser aislada de esa realidad.*

Qe

- *Se evidencia un desajuste en las relaciones entre empleadores y trabajadores. La pregunta es: Que tanto colaboramos nosotros los abogados y entre estos los jueces, con la falta de una actuación centrada en principios y valores, sin argucias, sin intereses diferentes a aplicar la ley pero mirando la realidad, es decir apuntar a ser justos. Las mañas, el desinterés, los favores, las ventajas personales, la adulación, los honores y loby, están acabando con el derecho laboral individual, como ya casi acabó con el derecho colectivo. En nuestras manos está gran parte de lo que hay que hacer.*
- *La norma está ahí, ésta no modifica mi vida pero si me ayuda a sacarla adelante. No es la norma lo que está mal, es la manera como los seres humanos pretendemos su implementación mediante una manipulación indebida. La herramienta es buena y sirve, pero hacemos mal uso de ella y causamos daño.*

1.2. DERECHO LABORAL INDIVIDUAL

El módulo se abordará desde la perspectiva didáctica del aprendizaje individual de “autoformación dirigida”, enfoque pedagógico que fue propuesto por parte de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Como fundamento del tratamiento de cada uno de los temas siempre aparecerá el componente constitucional, debido a la transformación de la función del Juez en el nuevo contexto de “constitucionalización” del Derecho.

Igualmente, se buscará desarrollar el propósito señalado en el Plan Integral de Formación de la Rama Judicial al identificar las problemáticas relevantes en el ejercicio de la Jurisdicción ordinaria en su Especialidad Laboral y de la Seguridad Social en el campo del Derecho Laboral individual, y ayudar a la necesaria actualización y resolución de dichos “núcleos problemáticos”, teniendo en cuenta los constantes cambios normativos y los jurisprudenciales que se originan en los pronunciamientos, a veces discordantes, de las Altas Cortes.

Por lo tanto, el presente módulo busca brindarles a los Jueces y Magistrados del país las herramientas necesarias para que puedan mejorar en el ejercicio de sus funciones relacionadas con el manejo de los procesos donde se debatan determinados aspectos del Derecho Laboral Individual. Entre los temas críticos de esta área del Derecho, identificados por ellos mismos en los Talleres de planeación y diagnóstico, cabe señalar los siguientes: El “contrato-realidad”, el *ius variandi*, la solidaridad laboral en la liquidación de las entidades y el acoso laboral.

A la identificación de estos temas se llegó examinando el “resultado consolidado” del Taller de planificación realizado el 08 de agosto de 2006 y recurriendo, además, a la percepción directa de los miembros del equipo que participaron en dicho Taller. Entonces, el trabajo se elaboró con base en las necesidades seleccionadas como prioritarias por los mismos funcionarios de la Rama Judicial en la Jurisdicción ordinaria, en su Especialidad Laboral y de la Seguridad Social, teniendo en cuenta los niveles de dificultad y las altas tasas de ocurrencia de los mismos. Además, la denominación de los temas fue recogida, casi que textualmente, de las expresiones con las cuales los Jueces y Magistrados identificaron los aspectos críticos o “ejes problemáticos” de su labor.

La temática así organizada será objeto de un análisis y de una explicación clara, acompañados de casos y de ejemplos ilustrativos para facilitarles a los discentes su efectiva comprensión.

JUSTIFICACIÓN

El crecimiento desbordado de los conflictos relacionados con cuáles elementos integran el salario, la nueva ley de acoso laboral y la frecuente discusión en torno a si se presenta o no en la realidad una relación de naturaleza laboral, entre otros, hacen imperiosa una cartilla de formación y actualización para los funcionarios judiciales en esos aspectos.

Igualmente, los continuos cambios normativos y jurisprudenciales de las Altas Cortes (Corte Constitucional y Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia) en torno a los principales temas del Derecho Laboral individual dificultan la pronta administración de justicia de la Jurisdicción ordinaria, en su Especialidad Laboral y de la Seguridad Social, de manera que nuestro trabajo debe encaminarse a socorrerlos a dilucidar tales dificultades.

Por esto, la función de los Jueces y Magistrados adquiere mayores dimensiones y niveles de exigencia que ameritan que se les brinde un mayor soporte, involucrándolos en este proceso de aprendizaje dentro de la perspectiva constructivista propuesta, que va a permitirles discutir y asimilar, en forma colectiva, las nuevas teorías y conceptos acordes con las necesidades y tendencias del país, por ejemplo, la Ley 1010 de 2.006, al igual que manejar las líneas jurisprudenciales que optimicen su tarea como operadores jurídicos y los lleven a cumplir los *principios de acceso a la justicia, celeridad, autonomía y eficiencia*.

El Derecho Laboral individual en la Constitución Política.

Con la promulgación de nuestra Carta Política de 1.991, las relaciones laborales de carácter individual han tenido que ser replanteadas con el objeto de adecuarse a las nuevas exigencias impuestas por los principios que iluminan toda la actuación judicial, debido a la expresa consagración que dentro del texto constitucional han tenido estos. Lo anterior les exige a los funcionarios judiciales un entendimiento panorámico del Derecho Laboral desde una perspectiva interdisciplinaria que abarque parámetros legales, constitucionales y jurisprudenciales.

Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática al introducir dentro de la actuación judicial los Convenios Internacionales debidamente ratificados por Colombia, lo que hace aún más diversas las fuentes normativas que deben considerar los Jueces y Magistrados en su quehacer judicial.

Este “eje problemático” presenta el desarrollo constitucional que ha tenido el Derecho Laboral individual a través de la jurisprudencia, brindándole a los Jueces y Magistrados los elementos necesarios para construir una visión sistemática del campo laboral, lo cual propenderá por desarrollar competencias de argumentación en ellos y la posibilidad de analizar los eventuales cambios jurisprudenciales que se puedan dar.

El “contrato-realidad”

Dentro de los principios de rango constitucional y legal, que tienen una constante aplicación en la actividad judicial, se encuentra el de la *primacía de la realidad*. En este sentido, se hace necesario la capacidad de los administradores de justicia para tener una mirada interdisciplinaria de poder adecuarse a la realidad económica del país y, con ello, no desconocer derecho ciertos e indiscutibles para el trabajador.

Evidentemente, en la mayoría de las ocasiones los problemas debatidos en los estrados judiciales hacen referencia a la determinación de la existencia o no de una relación laboral. Debido a esto, el programa aportará los criterios normativos y jurisprudenciales para la interpretación judicial y para la caracterización e identificación de los elementos propios de la relación laboral, los cuales se afianzarán a través de casos y ejercicios que permitirán, a su vez, el desarrollo de competencias entre los dicentes.

La brecha existente entre lo consagrado en la ley y lo que sucede en la práctica, impone la necesidad al operador judicial de diferenciar la verdadera relación de trabajo de los intentos por desdibujara.

Figuras tales como el contrato de prestación de servicios, las Cooperativas de Trabajo Asociado y las Empresas de Servicios Temporales resultan problemáticas para los funcionarios judiciales por sus puntos convergentes con el Derecho Laboral y por su frecuente utilización para ocultar, tras ellas, verdaderas relaciones de trabajo. Por esto, se hizo necesario en el módulo desarrollar las características de cada uno de ellos y las diferencias con el contrato de trabajo.

Adicionalmente, el módulo desarrollará el tema de la subordinación, teniendo en cuenta los nuevos elementos aportados por la doctrina moderna, la jurisprudencia y los pronunciamientos de la Organización Internacional del Trabajo, aportando con ello herramientas de juicio e interpretación jurídica a los Jueces y Magistrados para la optimización de la administración de justicia.

El ius variandi.

Uno de las prerrogativas que emanan de la subordinación, que más ha sido debatida por la jurisprudencia, es la facultad del empleador de variar las condiciones del contrato de trabajo, denominada *ius variandi*.

En este particular se pretende desarrollar en los operadores jurídicos de criterios suficientes para evaluar los límites propios de dicha facultad y la matización de la misma por los principios de dignidad humana y multiculturalidad.

Es así como el módulo se acerca a las inquietudes del funcionario judicial para trazar la línea divisoria entre los diferentes fenómenos del nuevo panorama laboral, dando herramientas para construir su propio criterio jurídico y explorar sus competencias argumentativas, a través de ejercicios y casos, y proferir sentencias que se integren al sistema jurídico vigente.

La solidaridad laboral

Si bien las relaciones de trabajo triangulares están consagradas desde hace tiempo en nuestra legislación, en la última década han tenido gran desarrollo por su frecuente utilización en las relaciones laborales.

En este contexto, el concepto de responsabilidad solidaria en materia laboral, ha tenido una especial evolución que se ha encargado de desbordar el concepto tradicional de la solidaridad consagrada en el derecho civil, revistiendo el concepto de una naturaleza propia acorde con los principios constitucionales y legales que gobiernan al Derecho Laboral.

La responsabilidad solidaria de los socios en materia laboral ha adquirido una especial connotación con la entrada en vigencia de las Leyes 222 de 1.995 y 550 de 1.999, al presentarnos un marco jurídico en el cual encontramos en muchos casos una falta de armonía entre las normas comerciales y laborales. De manera tal, que los funcionarios judiciales deben tener un panorama claro que permita consolidar un sistema de prevalencia de normas que guíe su disquisición jurídica y le permita adoptar decisiones que respondan a un sistema jurídico integral. Así mismo, los Jueces del trabajo deben conocer las nuevas corrientes conceptuales que en materia de responsabilidad societaria han posibilitado que se produzcan fallos por parte de nuestras Altas Corporaciones Judiciales, en los cuales se extienden y modernizan los efectos del artículo 36 de nuestro Código Sustantivo del Trabajo a otros tipos de sociedades ampliamente utilizadas en nuestro medio.

Mucho más decantado y estudiado por la jurisprudencia laboral nacional ha sido el tema de la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra o servicio frente a las obligaciones laborales de sus contratistas y subcontratistas. De manera tal que el/la administrador de justicia requiere un dibujo claro y sistemático que conceptualmente le permita aplicar los parámetros legales y jurisprudenciales a cada caso concreto, decidiendo si es aplicable o no la responsabilidad solidaria y limitándolo según lo que se pretenda.

El acoso laboral

La función primordial del funcionario que se encarga de administrar justicia es velar por que efectivamente se dé aplicación y cumplimiento a la norma legal, sin embargo, su función no termina allí, y la progresiva y definitiva “constitucionalización” de nuestro Derecho Laboral ha convertido al Juez del trabajo en un custodio de la dignidad humana de las partes en la relación laboral, no sólo cuando se convierte en Juez de Tutela, sino dentro de su labor ordinaria de administración de justicia. Estas consideraciones adquieren una vital relevancia en lo que se refiere al reciente concepto de acoso laboral incluido en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 1010 de 2006.

Por ello, el/la funcionario judicial debe comprender que este principio de respeto a la dignidad humana se traduce en el respeto mutuo a las características propias de cada persona, y debe ser manifestada en el trato tolerante y respetuoso que debe primar en las relaciones de trabajo que se desarrollan al interior de cada comunidad empresarial.

De esta manera, se hace esencial dotar al administrador de justicia de los elementos necesarios que le permitan delimitar claramente hasta dónde va el poder subordinante del empleador y cuál es el límite del deber de obediencia del trabajador, para que pueda determinar en qué casos se presenta una conducta constitutiva de acoso laboral y en cuáles no.

El salario

Además de ser uno de los elementos esenciales de la relación laboral y consagrarse como obligación principal del empleador, el salario se constituye en el medio de subsistencia de aquel que presta subordinadamente sus servicios. Por lo tanto, el salario se constituye en la pretensión económica por excelencia que es reclamada por la vía judicial y, a la vez, se convierte en la fuente esencial de todas las demás acreencias laborales de carácter

económico que puedan llegar a convertirse en pretensiones del trabajador dentro de su demanda.

Se hace necesario entonces, dotar al funcionario judicial de conceptos claros y específicos que le permitan diferenciar las modalidades de salario establecidas legalmente, sus requisitos de validez y sus formas de estipulación. Así mismo, se deben analizar casos que permitan la aplicación de los conceptos jurídicos para determinar de forma clara cuándo un pago es o no constitutivo de salario y la validez de los acuerdos de desalarización suscritos entre empleador y trabajador.

Finalmente, un aspecto de especial importancia es el relativo al salario integral, como quiera que los trabajadores destinatarios de esta modalidad de remuneración son los de altos ingresos y, en la práctica reciben, además de su salario, otras formas de retribución de sus servicios que no necesariamente están comprendidos en la noción prestacional del salario integral. Esta situación impone al funcionario judicial el análisis de la figura para determinar sus verdaderos alcances en cuanto a los conceptos "no tradicionales" de remuneración.

CARACTERIZACIÓN

El módulo de Derecho Laboral individual se ocupará de los "ejes problemáticos" determinados previamente en las reuniones con los funcionarios judiciales y que se identifican claramente en el Macrocurrículo.

En este sentido, el módulo buscará proporcionarle a los Jueces y Magistrados los elementos fundamentales para la construcción de un quehacer judicial independiente, dentro de un marco constitucional y jurisprudencial vigente. Así mismo, se propone incentivar en los dicentes el aprendizaje auto dirigido, por medio del análisis de sentencias y el estudio de casos. La independencia del funcionario, al desarrollar parámetros de interpretación judicial que enriquecerán su argumentación jurídica y el respeto por la multiculturalidad, considerando las condiciones en que se desarrolla la administración de justicia y la diversidad de caracteres sociales, económicos y culturales que pueden verse involucrados en una relación de trabajo.

En este marco, el módulo de Derecho Laboral individual representa una serie de retos y objetivos que van de la mano con los propósitos de la Escuela Lara Bonilla, con el propósito de lograr el mejoramiento de la calidad de la gestión

judicial, modernización de su prestación, transparencia y optimizar el acceso a su servicio.

El contenido del módulo se caracteriza por la identificación de los principales elementos de juicio que permanentemente pretende consolidar el/la administrador de justicia dentro de su labor diaria; para el caso específico del módulo de relaciones individuales, han sido los mismos Jueces y Magistrados quienes han identificado una serie de temas, cuya justificación ha sido expresada en el acápite anterior, de los cuales se pretende la obtención de conceptos jurisprudenciales y doctrinarios que se ajusten realmente a la dinámica de las nuevas tendencias que en materia de Derecho Laboral individual rigen al mundo moderno. Dentro de la identificación de los temas realizada por los futuros discentes, hemos identificado tres conceptos que caracterizarán el análisis de los puntos propuestos y que definitivamente constituirán un punto de referencia para el desarrollo de los demás módulos propuestos: se trata de los conceptos de subordinación, dignidad humana y nuevas tendencias en las relaciones de trabajo, que serán analizados desde una perspectiva innovadora que pueda afianzar y modernizar los amplios conocimientos adquiridos durante su formación académica y su experiencia profesional.

En el módulo se aplicarán la metodología y las técnicas didácticas, sugeridas por el *constructivismo* y se tendrán en cuenta los métodos de autoformación propuestos en el Macrocurrículo, para contribuir, como allí se expuso, al entendimiento teórico y a la solución práctica de la compleja problemática planteada dentro de las relaciones individuales de trabajo.

Todos los temas que serán analizados teniendo en cuenta que con la promulgación de la Constitución Política de 1.991 los principios más importantes en materia de relaciones individuales de trabajo fueron “constitucionalizados”, con todo lo que ello significa. Así mismo, con el fin de lograr un estudio verdaderamente integrador de los problemas jurídicos planteados, se deberán estudiar todos los Convenios Internacionales que reconozcan derechos al interior de la relación individual de trabajo, dentro del marco establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-401 de 2.005.

Por último, debemos tener muy en cuenta que la relación individual de trabajo es la fuente esencial de la existencia misma de los temas a tratar en los otros módulos que serán desarrollados. Es esa relación contractual que emana de la voluntad de las partes, la fuente primordial de la cual se derivan las relaciones de Derecho Laboral colectivo, de la cual surge la necesidad de establecer un

Sistema de Seguridad Social Integral y la posibilidad de su financiamiento y la relación jurídica que por excelencia conoce la Jurisdicción ordinaria, En su Especialidad Laboral y de la Seguridad Social. Por lo tanto, el módulo se convierte en un pilar fundamental por ser la fuente primaria de los derechos de carácter laboral.

INTRODUCCIÓN

El artículo 53 de la Constitución Política establece que en el estatuto del trabajo que ordena expedir al Congreso de la República, se deberán tener varios principios mínimos fundamentales, dentro de los que se destaca el de “primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”.

La aplicación práctica de este principio involucra el estudio de diversas figuras jurídicas de carácter laboral como son el contrato de realidad, la subordinación como elemento característico de la relación de trabajo, el trabajo “no dependiente” realizado a través de cooperativas de trabajo asociado y empresas de servicios temporales, y la prestación de servicios de quienes no tienen vínculo laboral.

En todos estos casos, es el juez quien debe determinar en la práctica si las actividades desarrolladas por una persona tienen la connotación de subordinación o dependencia, que las involucre dentro del espectro del derecho laboral.

Este ejercicio del juez está necesariamente determinado por lo que en el proceso puedan demostrar las partes, sin perder de vista que la realidad no puede ser un tema subjetivo, por lo cual su criterio debe apoyarse y estar sustentado en principios, normas, pruebas y la valoración que haga de las mismas, a efectos de llegar a conclusiones objetivas que pueden ser distintas a las formalidades que se presenten en los distintos documentos elaborados por las propias partes.

1.3. EL “CONTRATO-REALIDAD”

Qg

- *La contratación laboral es el punto de entrada al universo del derecho laboral individual, es a través de ella que se genera la seguridad jurídica debida y encauza o no eso que empieza a construirse. Es fundamental que el operador judicial sepa distinguir para luego confrontar, encontrando la razón de ser de la contratación diferenciando aquellas propias del derecho laboral y las que obedecen a naturalezas jurídicas diferentes..*

Qe

- *Auscultando la realidad de las relaciones de trabajo, determinar cuales obedecen a formas regidas por la ley laboral y cuales no.*
- *Identificar los últimos desarrollos del derecho laboral individual en torno al contrato realidad, las responsabilidades de empleadores y trabajadores, determinando la magia del alcance del principio de la “primacía de la realidad”*
- *Establecer los elementos que determinan la existencia de un contrato de trabajo y tener claro para decidir justamente, lo que lo diferencia de otras formas de trabajo.*
- *El concepto de subordinación jurídica es esencial para identificar y precisar el contrato de trabajo de otras maneras de trabajar.*

1.3.2. CONCEPTO

La teoría del contrato realidad está sustentada en el principio de “primacía de la realidad” según el cual en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe preferirse lo que sucede en el terreno de los hechos, que se constituye en uno de los fundamentos del derecho del trabajo.

Así, cuando se ha de determinar la naturaleza, características y demás circunstancias de una vinculación laboral, se debe estar a lo establecido en los informes que puedan extraerse de la realidad de la relación y no a los datos aparentes que puedan ofrecer documentos o contratos.

De acuerdo con este postulado, las formalidades ceden a los hechos y son éstos los que determinan la naturaleza jurídica de la situación producida. Demostrados los hechos la forma no puede quitarles validez, pues es la realidad la llamada a imponerse. Como lo precisa el profesor Plá Rodríguez¹ “...demostrados los hechos ellos no pueden ser contrapresados o neutralizados por documentos o formalidades...”

Este principio es pues un criterio de interpretación para el juez, quien también debe propender en el proceso por la búsqueda de la “verdad real”, principio éste que guarda relación con el derivado de la primacía de la realidad.

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

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

¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Los principios del derecho del trabajo”. Pág. 243.

una relación jurídica, así los propios involucrados hayan querido darle una connotación diferente en los acuerdos formales suscritos por ellos.

Así las cosas, para la doctrina internacional citada por la Corte Suprema “... *en todos los casos debe tratarse, como hemos dicho, de llegar al contrato realidad, a la efectiva prestación al orden de la relación habida entre las partes, para determinar la verdadera naturaleza jurídica del acto cumplido...*”².

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

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

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

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

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

“En anteriores ocasiones esta Sala ha explicado que en materia laboral los datos formales que resultan de documentos contractuales o similares, aunque sean elaborados de buena fe o con todas la apariencias de legalidad que sean del caso, no necesariamente son definitivos para establecer la existencia o inexistencia del vínculo contractual laboral, ya que deben preferirse los datos que ofrece la realidad jurídica analizada, si contradicen lo que informan los aludidos documentos”.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Primera. 1 de diciembre de 1981. Radicado 7922. M.P Fernando Uribe Restrepo. Gaceta Judicial 1981.

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

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

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

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

Ahora bien, una vez precisado que una relación es de naturaleza laboral, la consecuencia lógica es que se aplican las normas de ésta categoría a los contratantes, las cuales se suponen mas favorables al trabajador que las puramente civiles o comerciales, ya que en estas especialidades se parte de la igualdad de los contratantes, mientras que para el derecho laboral el trabajador es la parte débil de la relación laboral. Sin embargo, es preciso anotar que esta

declaración no pude afectar los acuerdos que válida y legalmente las partes hayan pactado y que no contrarién la naturaleza laboral. Así, por ejemplo, si se celebra un contrato de prestación de servicios de carácter civil por un lapso determinado y posteriormente al discutirse la naturaleza del contrato el juez declara la existencia de un vínculo laboral, el término de duración continúa siendo el acordado por las partes.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia precisó³:

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

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

El contrato de trabajo es pues un contrato realidad donde más que a lo formal se atiende a lo real del compromiso o a lo que materialmente se presente. Lo que realmente interesa al derecho laboral son los hechos no los documentos o acuerdos, evitando de esta forma, que se considere como independiente a un trabajador subordinado. Sin embargo, ello no pude llevar a que se considere que todos los documentos involucrados en una relación de carácter laboral que no tengan dicha vocación, v.gr, los civiles o comerciales, se presuman simulados o tengan por objeto encubrir realidades, pues lícitamente pueden corresponder a situaciones reales.

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

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 30 de septiembre de 2003, radicación 20.933, Magistrado Ponente: Carlos Isaac Náder.

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

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

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

En consecuencia, debe reiterarse que el sentenciador evidenció el pago de unos emolumentos, distinguidos unas veces como honorarios, otras como sueldos y otras como "Contable", sufragados por la prestación del servicio de contador, pero no como trabajador de la comunidad demandada, sino como contratista, vinculado por convenios de prestación de servicios, aún cuando, dijo, en la forma escrita se les denominara como de trabajo. Y, en este sentido, no pudo incurrir en un yerro fáctico, dado que, se repite, no alteró, ni ignoró el contenido de las pruebas en mención.

No obstante, el principio de primacía de la realidad no se traduce en una presunción de que todos los documentos contienen simulaciones o fraudes ya que ellos pueden corresponder a situaciones reales.

1.3.3. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

A continuación se hará una referencia breve a los elementos del contrato de trabajo, así como a la relación de trabajo, a manera de presentación pero sin profundizar en ellos.

Así, el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo define el contrato de trabajo como el acuerdo de voluntades entre una persona natural, que presta un servicio subordinado y remunerado y otra persona natural o jurídica, que

se beneficia de dicho trabajo. Esta relación jurídica debe reunir, los requisitos generales de todo contrato: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos.

1.3.3.1. CAPACIDAD

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

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

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

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

1.3.3.2. CONSENTIMIENTO

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

Así, las partes no son libres para determinar el contenido normativo del contrato si sus cláusulas son menos favorables que el mínimo legal. Igualmente, hay quienes afirman que no es necesaria esta manifestación respecto de todos los elementos de la relación laboral.

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

Hay quienes afirman que la capacidad consensual del trabajador es limitada y por eso caracterizan al de trabajo como un contrato de adhesión. El profesor González Charry⁴ indica sobre el particular:

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

1.3.3.3. OBJETO

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

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

1.3.3.4. CAUSA

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

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

⁴ GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. "Derecho Individual del Trabajo". Décima Edición. Legis, pág 121

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

1.3.4. LA TEORÍA DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Una vez se pone en práctica el contrato surge la relación de trabajo, entendiendo como tal la situación jurídica objetiva que se crea entre dos personas por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto

laboral. El hecho constitutivo de la relación es, entonces, la prestación de un trabajo subordinado.

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

1.3.4.1. CONTRATO DE TRABAJO Y RELACIÓN DE TRABAJO

Contrato y relación no son conceptos contrarios sino complementarios que representan dos momentos diferentes y sucesivos. Normalmente, el contrato da origen a la relación de trabajo, es su antecedente, pero para que ella exista no es indispensable el contrato. Puede afirmarse que la relación de trabajo es la materialización del acuerdo de voluntades.

La ley colombiana llega a identificar los conceptos al otorgar protección jurídica a los elementos de la relación de trabajo al señalar que cuando ellos se presenten, existe un verdadero contrato de trabajo.

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

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

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

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

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

“ a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”.

1.3.4.2. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

1) ACTIVIDAD PERSONAL DEL TRABAJADOR

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

2) LA SUBORDINACIÓN LABORAL

Como lo afirma Francisco Javier Romero Montes⁵, la subordinación surge como un hecho histórico durante la época del trabajo industrial en el siglo XIX, cuando el hombre no era dueño de los medios de producción y por tanto requería entregar sus servicios a quien sí los tenía, a cambio de remuneración y con la potestad de dirigir el trabajo. Es lo que se ha conocido como el trabajo por cuenta ajena, es decir, por cuenta del empleador.

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

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

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

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

En virtud de la subordinación el empleador está legalmente autorizado para impartir órdenes, instrucciones, directrices o reglamentos relacionados con la forma como el trabajador debe desarrollar sus labores y cumplir con las obligaciones adquiridas, lo que involucra una potestad de dirección para delimitar la conducta laboral y facultades disciplinarias para velar porque

⁵ ROMERO MONTES, Javier. *“Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano, Libro homenaje a Américo Plá Rodríguez.”* Pág 344.

el comportamiento del trabajador sea adecuado e imponer una disciplina congruente con estos fines.

De conformidad con lo anterior, este elemento se manifiesta en la posibilidad del empleador de impartir al trabajador órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, calidad y cantidad de trabajo e imponerle reglamentos. Para el profesor José Roberto Herrera⁶ “estos son los factores determinantes de la condición subordinante por parte del empleador, de forma que si se dan en la ejecución del contrato no se podrá negar, en principio, la configuración del nexo jurídico laboral”.

El tratadista Ernesto Krotoschin, citado por González Charry⁷ se pronuncia de la siguiente manera en relación con la subordinación como elemento diferenciador de la relación de trabajo:

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

Así, la subordinación permite al operador judicial determinar, de una manera eficiente y eficaz, la naturaleza de las relaciones laborales. Para José Luis Ugarte⁸ la racionalidad pragmática que se exige a la comunidad jurídica en su conjunto (legislador, jueces, juristas) en la calificación de las relaciones laborales y por tanto en el modo de acceder al propio derecho del trabajo, es importante, en primer término, para lograr el objetivo de proteger a quienes se buscaba tutelar al disponer de una normativa laboral (eficacia) y, en segundo lugar, para que lo anterior se consiga al menor costo posible (eficiencia).

Para facilitar esta determinación, es importante observar que para que la subordinación se presente efectivamente, no basta con afirmarlo, sino que debe demostrarse que las órdenes e instrucciones que están siendo impartidas por

⁶ HERRERA VERGARA, José Roberto. “Rediseño de la subordinación laboral para el nuevo tiempo”. Revista Derecho Social N° 59, noviembre 2005. Publicación del Colegio de Abogados del Trabajo. Legis, pág 11.

⁷ Op. Cit. Pág 137.

⁸ UGARTE CATALDO, José Luis. “El nuevo derecho del trabajo”. Editorial universitaria. Santiago de Chile. Pág 43.

uno de los contratantes, se imparten en ejercicio de un poder de disposición de la capacidad de trabajo. No toda ejecución de órdenes e instrucciones conlleva la realización de un contrato de trabajo, ya que en la práctica es posible encontrar contratos de naturaleza civil, como por ejemplo el mandato regulado en el artículo 2144 del Código Civil, que también conllevan la ejecución de órdenes, sin que por ello se desvirtúe la naturaleza civil de dicha relación.

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

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

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

Puede agregarse a lo dicho, que la circunstancia de que el mandato encomendado signifique el control y la vigilancia del contratante sobre la manera en que se ejecutan las obligaciones contractuales o el deber de rendir informes periódicos sobre ellas, no constituye en sí misma prueba de una relación dependiente por cuanto todo contrato, como atrás se explicó, comporta una serie de compromisos, cuyo imperioso cumplimiento por parte del contratista no es signo de la continuada subordinación que requiere el vínculo laboral.⁹

Lo anterior, por cuanto todo contrato bilateral conlleva la generación de obligaciones recíprocas. Para el caso del contrato de trabajo, en desarrollo del elemento de subordinación, es el empleador el facultado para imponer órdenes,

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia 16208 del 17 de julio de 2001. M.P. Carlos Isaac Náder-

al tiempo que le corresponde al trabajador la obligación de acatarlas, como una manifestación de esa dependencia.

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

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

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

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

La exigencia de órdenes o la posibilidad de impartir instrucciones no es pues exclusiva de uno de los contratantes en la relación de trabajo. Las simples sugerencias y recomendaciones no constituyen por sí mismas órdenes en sentido laboral, como tampoco pueden ser consideradas como imposición de reglamentos. No puede afirmarse que en los contratos civiles o comerciales este prohibido impartir instrucciones so pena de que se declare de naturaleza laboral.

Este criterio ha sido reiterado en varios pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia dentro de los que se destaca, la sentencia N° 16305 del 18 de octubre de 2001, M.P. Isaura Vargas Díaz, en la que se indicó: *"..y el hecho de que ese servicio de asesoría se haya convenido como un "obligación" de la corresponsal, tampoco*

puede ser indicativo de la existencia de subordinación, pues, como es apenas lógico, esa denominación corresponde al desarrollo de los deberes o compromisos que, como parte de un negocio jurídico, adquirió.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Los poderes del empleador para exigir la subordinación del trabajador, tienen como límite obligado el respeto por la dignidad del trabajador y por sus derechos fundamentales. Estos, por consiguiente, constituyen esferas de protección que no pueden verse afectadas en forma alguna por la acción de aquél, porque como lo anotó la Corte en la sentencia SU-342/95, los empleadores se encuentran sometidos a la Constitución, sumisión que ‘...no solo se origina y fundamenta en los arts. 1, 4, inciso 2 y 95 de la Constitución, en cuanto los obligan a acatarla y le imponen como deberes respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, obrar conforme al principio de solidaridad social, defender los derechos humanos y propender al logro y mantenimiento de la paz, lo cual se logra con el establecimiento de relaciones laborales

justas en todo sentido sino en el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores...’

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

En las circunstancias anotadas, es evidente que los referidos poderes no son absolutos y tienen como límites: i) la Constitución; ii) los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos; iii) la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, los cuales ‘no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores’.”¹⁰

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

- LA PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

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

Es de todos sabido que en una presunción, de un hecho conocido se deduce uno desconocido. En este caso, el hecho conocido es la prestación personal de un servicio a partir del cual se concluye que el mismo es de naturaleza dependiente o subordinado. La Corte Suprema ha indicado “*Esta presunción, como las demás de su estirpe, parten de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado.* Este hecho es la relación de trabajo personal a que se refiere el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo que consiste “*en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado, dependiente y remunerado”*¹¹.

En virtud de esta presunción, le basta al trabajador demostrar la prestación personal del servicio en un juicio para que de ello se deduzca que esa actividad es de carácter subordinado. Le corresponde entonces al empleador demostrar

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

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de 31 de mayo de 1955.

que el servicio prestado era de carácter autónomo para evitar que se apliquen las consecuencias laborales. En la práctica conlleva una mayor actividad probatoria del supuesto empleador.

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

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

En el mismo sentido, la Corte Constitucional¹² indicó que “*para desvirtuar la presunción el empleador debe acreditar que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente.*”

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

El anterior criterio ha sido ratificado por la misma Corporación y es así como en sentencia del 6 de junio de 1978, M.P. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, la Sala Laboral de la Corte manifestó que e hecho de que la presunción se edifique sobre la base de la existencia de un servicio personal no significa que donde quiera que este se presente hay un contrato de trabajo, ya que si

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-665 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara.

junto con la prueba de aquel hecho surge que los servicios se prestaron de forma independiente y no subordinada, la declaración que corresponde es precisamente la contraria. Para la Corporación “*si para hacer aquella calificación fuera suficiente la simple demostración de un servicio personal, sin atender a las demás circunstancias que aparezcan probadas, habría que concluir que toda actividad humana en beneficio de otra persona estaría siempre regida por un contrato de trabajo, lo cual sería inadmisible por implicar el desconocimiento de la naturaleza de otros vínculos contractuales y de los ordenamientos legales que los regulan*”.

3) SALARIO

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

Al final del módulo se incluye un capítulo especial sobre el salario integral.

1.3.5. ACTIVIDADES PEDAGOCICAS

Ap

1. *Con fundamento en la noción del principio de Primacía de la Realidad, encuentre de manera general la argumentación que un empleador debe entrar a demostrar para contrarrestar lo manifestado por su demandante en el sentido de que su relación de trabajo estuvo regida por las normas laborales y no otras.*
2. *Los elementos del contrato de trabajo están definidos en la ley. Cómo considera debe entenderse el elemento “actividad personal” y su consecuente responsabilidad funcional en relaciones con las obligaciones derivadas, en contratos de trabajo a domicilio y en la modalidad del teletrabajo?*
3. *Si todo contrato bilateral conlleva por lo general la general de reciprocas obligaciones, con qué criterio se debe distinguir las derivadas del contrato de trabajo a las derivadas de un contrato de prestación de servicios. Cómo precisar la subordinación?*

Ap

4. Preparar una exposición crítica y motivada que permita determinar las semejanzas y diferencias que existen entre el contrato de trabajo y la relación laboral, identificando los elementos característicos de estas figuras.
5. Identificar dentro de la jurisprudencia incluida en la unidad referente a la aplicación de la figura del contrato realidad, cuáles son los indicadores de subordinación que debe tener en cuenta el juez al momento de darle aplicación, y cuáles indicadores pueden ser valorados como excluyentes de subordinación.
6. Determinar los alcances, manifestaciones, facultades y límites del poder subordinante.
7. Elaborar un mapa conceptual que permita establecer cuáles son las principales características del principio de la primacía de la realidad, la figura del contrato realidad y la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y cuáles son las consecuencias jurídicas derivadas de su aplicación.

1.3.6. AUTOEVALUACION

Ae

1. Marina Pérez, fue contratada de manera verbal el 1 de junio del 2000 por la empresa GRAFICAS LTDA para que efectuara labores de promotora de negocios, que básicamente consistían en contactar posibles clientes para compra de los productos que la empresa ofrecía. Para facilitarle el cumplimiento de sus funciones se le permitió usar las instalaciones de la empresa, asignándole un lugar para su trabajo previa aclaración verbal de que estas funciones podían ser realizadas en cualquier día según su criterio.

Ella por su cuenta se afilió a la seguridad social, usualmente facturaba sus servicios de manera mensual producto de los negocios concretados y cuando en el mes no hacía negocios, en ocasiones la empresa por ayudarla le hacía anticipos contra posibles negocios, incluso le otorgó préstamos contra esos eventuales negocios.

Le expidió a solicitud de ella, certificaciones sobre su condición de independiente y durante este tiempo y hasta el mes de julio de 2009, nunca reclamó aduciendo situación de inconformidad alguna. La

Ae

empresa la envío a algunos congresos nacionales y también según la empresa para mejor presentación, tácitamente le permitió presentarse incluso con tarjetas de presentación como Gerente Comercial y así firmó varias ofertas, de tal modo que los clientes de Graficas LTDA la percibían como empleada de la empresa.

En Julio del 2000, renuncia por escrito argumentando el que no se le reconocen las prestaciones sociales, ni se le afilia a la seguridad social, es decir, no se le trata como a un trabajador dependiente normal. Presenta demanda en donde solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo con todos los efectos que tal solicitud genera.

Por favor analice las circunstancias aquí planteadas y trate de dirimir la controversia, diciendo la normatividad y jurisprudencia aplicable.

2. Señale la respuesta verdadera. Solo una lo es.

La presunción consagrada en el artículo 24 del C.S. del T., tiene la siguiente naturaleza:

1. De derecho y por tanto no desvirtuable
2. Legal y por tanto no desvirtuable
3. De derecho y por tanto desvirtuable
4. Legal y por tanto desvirtuable
5. Ninguna de las anteriores

(la respuesta es 4-)

1.3.7. BIBLIOGRAFIA

B

*Sentencias altas Cortes y conceptos Ministerio de la Protección Social
Además de lo citado en el cuerpo del documento, se debe tener en cuenta lo siguiente:*

PRIMACÍA DE LA REALIDAD

Conceptos Ministerio de la Protección Social

B

- 24205 de 2.004
- 2255 de 2.003
- 620 de 2.006

Corte Constitucional

Constitucionalidad

- C-006 de 1.996 M.P. Fabio Morón Díaz
- C-023 de 1.994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
- C-154 de 1.997 M.P. Hernando Herrera Vergara
- C-016 de 1.998 M.P. Fabio Morón Díaz
- C-401 de 1.998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

Tutelas

- T-026 de 2.001 M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- T-166 de 1.997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- T-500 de 2.000 M.P. Alejandro Martínez Caballero
- T-890 de 2.000 M.P. Alejandro Martínez Caballero
- T-033 de 2.001 M.P. Alejandro Martínez Caballero

Sentencias Corte Suprema de Justicia

- Sentencia Sala Laboral, caso Hernando Franco I. Contra Parqueaderos Gar.
- Sentencia diciembre 1 de 1.981
- Rad. 5638 de l 27 de mayo de 1.993 MP. Jorge Iván Palacio Palacio
- Rad. 6490 del 27 de abril de 1.994. MP. Rafael Méndez Arango
- Rad. 7420 del 7 de julio de 1995 MP. José Roberto Herrera Vergara
- Rad. 20.933 del 30 de septiembre de 2003. MP. Carlos Isaac Náder

B

• Rad. 23.191 del 2 de septiembre de 2.004 M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza

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

DE FERRARI Francisco. "Derecho del Trabajo".

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

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. "Derecho del Trabajo".

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

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Curso de Derecho Laboral, T.II", Vol I Montevideo.1978.

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

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

Unidad2 | NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

Qg

Bienvenidas todas las otras maneras de generar trabajo. Lo que se pretende es generar una empleabilidad que permita mirar otros horizontes, pero cumpliendo la ley, la que debe ser aplicada sin maniobras, sin encerronas, sin manipulaciones y sin dilaciones. La economía social y otras formas de trabajo son excelentes alternativas y por ellas podemos llegar a tener pequeños y medianos empresarios que dinamicen el trabajo y generen mejores maneras de vivir. Actualmente este tema se desenvuelve entre lo llamariamos "LA VERDAD Y EL ABUSO"

Qe

1. *La estabilidad laboral es uno de los pilares del derecho del trabajo. Cómo entender la precariedad en la contratación, las maneras descaradas y descarnadas de laboralidad en la llamada tercerización, que instrumentalizan y mercantilizan a los seres humanos y los convierten en meros objetos de producción sin el respeto mínimo de su condición digna, en una apariencia y simulación de lo que la ley autoriza. Pero, así mismo, cómo entender esas nuevas formas de laboralidad que abarcan gran parte de la población económicamente activa y que en el mundo es una realidad, sin que ello vulnere los derechos de los trabajadores argumentando que lo que hacen es generar trabajo.*
2. *La implementación de la denominada tercerización su indebida manipulación, la falta de controles o el simplemente dejar hacer y dejar pasar, ha causado un daño casi irreversible a la contratación en general. Lo fundamental es detectar para sancionar las conductas indebidas, buscando evitar sobre todo el aprovechamiento de la clase trabajadora más indefensa y no conoedora de sus derechos laborales, mediante pronunciamientos serios que trasciendan y empiecen a por lo menos causar en todos la sensación de que nuestra justicia no pasa inadvertidas estas anomalías.*



3. *Evitar que por la vía de la tercerización se desconozcan otros derechos de los trabajadores de carácter remunerativo y prestacional, también su seguridad social y el derecho asociativo sindical.*
4. *Entender como se debe analizar el principio de la “primacía de la realidad”, para evitar la simulación.*

Nuestro sistema de relaciones laborales está siendo impactado por las denominadas “nuevas formas de trabajo” que no están centradas en el contrato de trabajo como fue concebido por el derecho laboral “clásico”, ni protegidas por las garantías propias del derecho del trabajo.

En Colombia el panorama de las nuevas formas de trabajo, visto desde el ángulo de las modalidades de contratación, resulta complejo y variado. Una breve descripción de las mismas, a la luz de las relaciones laborales del sector privado, es la siguiente:

1) El trabajo mediante vínculo laboral indirecto:

En estas modalidades el trabajador tiene un vínculo laboral formal, es decir, un contrato de trabajo. Pero ese contrato no se celebra entre la persona que trabaja y el sujeto beneficiario de su trabajo, sino que hay un sujeto que intermedia en esa relación. Las modalidades del vínculo indirecto son:

- El trabajo a través de *contratistas independientes*: Esta modalidad está reconocida en la legislación laboral, que precisa quiénes son contratistas independientes y determina los efectos laborales de esta modalidad de contratación.
- El trabajo a través de *empresas de servicios temporales*: En este caso la empresa que suministra los trabajadores (empresa de servicios temporales) es el empleador, y la empresa usuaria de los servicios del trabajador paga a la temporal la tarifa respectiva por el suministro del servicio.

2) El trabajo sin vínculo laboral:

En estas modalidades las personas que prestan servicios no tienen la posibilidad de reclamar los derechos correspondientes al contrato de trabajo por cuanto se considera que los servicios prestados son de naturaleza independiente. Las modalidades son las siguientes:

- *El trabajo a través de cooperativas de trabajo asociado*: Esta modalidad de trabajo, está regulada por la Ley 79 de 1988. Se caracteriza porque los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, y porque el régimen de retribución, trabajo y de seguridad social es el establecido en los estatutos respectivos y no el de la legislación laboral.

- *El trabajo mediante empresas asociativas de trabajo:* Esta modalidad involucra el ánimo de lucro de quien promueve la empresa asociativa. La Ley 10 de 1991 indica que las empresas asociativas son organizaciones económicas productivas en las cuales los aportes de carácter laboral que hagan los asociados son evaluados periódicamente por una junta de asociados en función de la productividad, sin que pueda regir en esa modalidad la legislación laboral.
- *El trabajo mediante contratos de prestación de servicios:* En esta modalidad de contratación, se basa en el principio de la autonomía contractual propio de derecho privado, de modo que a actividades tradicionalmente consideradas bajo contrato de trabajo, se le desconoce la mencionada calidad y se asumen como contratos, civiles o mercantiles, de prestación de servicios, en los que solamente se pagan los honorarios pactados y dejan de reconocerse los derechos propios del contrato de trabajo.

A continuación se analizarán de manera mas detallada algunas de estas modalidades:

2.2. COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

El proceso de modernización del trabajo en el mundo, conlleva a la búsqueda de nuevos mercados laborales y Colombia no es la excepción. Como consecuencia de ello, los mercados emergentes productos de la globalización, deben ajustarse a la dinámica de empleo impuesta por la economía mundial.

Bajo este panorama, destacaremos sintéticamente el concepto de cooperativa de trabajo asociado, su marco legal, sus particularidades, sus diferencias con otras figuras, jurisprudencias de las altas cortes y algunas preguntas y respuestas frecuentes, sobre esta nueva forma de trabajo.

2.2.1. CONCEPTO

De conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 79 de 1988, “*es cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta o eficientemente bienes o servicios, para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general*”.

De conformidad con el artículo 70 de la misma disposición “*Las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios*”.

Así mismo, el artículo 3º del Decreto N° 4588 de 2006, define a las Cooperativas de Trabajo Asociado como, “*organizaciones sin ánimo de lucro, pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios, para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.*”

A pesar de la juventud de las normas antes citadas, es importante precisar que estas formas de trabajo han estado reguladas en nuestra legislación desde los inicios de la segunda mitad del siglo XX, tal como se anotará en el acápite correspondiente.

La jurisprudencia se ha ocupado de definirlas y es así como la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de la Sala de Casación Laboral del 9 de septiembre de 1987 (Gaceta 2429), definió a las Cooperativas en los siguientes términos:

“*En una cooperativa la asociación es completamente libre y quienes se vinculan, pasan a compartir los beneficios que ella les proporciona. No se da propiamente la relación de un patrono capitalista con su asalariado ya que el capital de estas esta fundamentalmente conformado por el trabajo de los socios que laboran por cuenta propia debido a que, en este sentido, son codueños de la empresa...*”

2.2.2. MARCO LEGAL

La primera legislación cooperativa expedida en el país es la contenida en Ley 134 de 1931 que consagra algunas normas sobre cooperativismo las cuales con posterioridad fueron complementadas con la Ley 79 de 1988 “*Por la cual se actualiza la legislación cooperativa*” y con el reciente Decreto 4588 de 2006 “*Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas de Trabajo Asociado*”.

Así mismo, dentro de este contexto normativo, debe tenerse presente el Decreto 1598 de 1963 que en su artículo 25 consagraba que las Cooperativas de Trabajo tenían por finalidad brindar a sus asociados la oportunidad de trabajar en forma solidaria y participativa , con una disciplina aceptada y no dependiente. Esta norma fue reglamentada con el Decreto 2050 de 1985 el cual, pese a tener

una vigencia temporal, sirve de guía para comprender el origen normativo de las Cooperativas de Trabajo que actualmente conocemos.

El trabajo cooperativo se rige por sus propios estatutos, en consecuencia, las relaciones entre la Cooperativa y sus asociados por ser de naturaleza cooperativa y solidaria, están reguladas por la legislación cooperativa, los estatutos, el Acuerdo Cooperativo y el Régimen de Trabajo Asociado y de compensaciones que parten de la base del *animus societatis* como elemento que sirve de cohesión entre a partes.

En estos casos los asociados ponen al servicio de un ente común sus propias capacidades para obtener beneficios mutuos. No hay relaciones de dependencia o subordinación, pues se parte de la igualdad de los miembros de la colectividad, de lo que se desprende que no le es aplicable la legislación laboral ordinaria, que regula el trabajo dependiente.

2.2.3. PARTICULARIDADES DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

Como ya se precisó, estas formas asociativas nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que deciden unirse para trabajar bajo sus propias reglas, contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos y por ello se reitera que no están sujetas a la legislación laboral ordinaria, ya que sus socios son los mismos trabajadores que pueden pactar las reglas que gobiernan sus relaciones laborales de previsión, de seguridad social y de compensación

Estas características han sido analizadas por la jurisprudencia y es así como la Corte Constitucional mediante Sentencia T-002 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño, manifestó sobre las Cooperativas de Trabajo Asociado lo siguiente:

*"Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. Dado que los socios son los mismos trabajadores éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del código que regula esa materia. Todos los asociados tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa. Sólo en casos excepcionales y en forma transitoria u ocasional se les permite contratar trabajadores no asociados, quienes se regirán por la legislación laboral vigente."*¹³

13 Sentencia C-211/00.

"Las cooperativas de trabajo asociado pertenecen a la categoría de las especializadas¹⁴, y han sido definidas por el legislador así: "Las cooperativas de trabajado asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios" (art. 70 ley 79/88). El principal aporte de los asociados en esta clase de organizaciones es su trabajo, puesto que los aportes de capital son mínimos.

Las características más relevantes de estas cooperativas son:

- *La asociación es voluntaria y libre*
- *Se rigen por el principio de igualdad de los asociados*
- *No existe ánimo de lucro*
- *La organización es democrática*
- *El trabajo de los asociados es su base fundamental*
- *Desarrolla actividades económico sociales*
- *Hay solidaridad en la compensación o retribución*
- *Existe autonomía empresarial"*

De lo anterior se puede concluir que el convenio asociativo de trabajo se caracteriza porque tanto el ingreso de los asociados como su retiro es voluntario, es una empresa sin ánimo de lucro y en principio la relación entre la cooperativa de trabajo asociado y uno de sus socios es de carácter no laboral.

La Corte Constitucional precisó, en la sentencia C-211 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz, que *"los miembros de las cooperativas de trabajo asociado no ostentan una relación empleador - empleado, lo que de suyo implica que bajo tales respectos el asociado ha de trabajar individual o conjuntamente para la respectiva cooperativa en sus dependencias"*.

Sin embargo, en la práctica es posible encontrar casos en los que pese a parecer formalmente como relaciones cooperativas lo que en realidad existe es una relación laboral. En este sentido, no puede olvidarse que en el contexto laboral se aplica el principio de primacía de la realidad, al cual ya se hizo referencia, en virtud del cual si se cumplen con las condiciones previstas por el Código Sustantivo del Trabajo para que exista una relación laboral, es éste el vínculo que debe primar y no el suscrito mediante convenio asociativo de trabajo.

¹⁴ Algunos doctrinantes consideran que dichas cooperativas también podrían ser integrales si además del servicio de trabajo desarrollan otros servicios complementarios y conexos con éste.

En estos casos, tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como la de la Corte Constitucional han concluido que frente ante la presencia de un servicio de carácter subordinado en una Cooperativa, se aplican las normas de naturaleza laboral, independientemente del vínculo cooperativo suscrito entre las partes.

Así, la Corte Constitucional indicó:

"... en el caso de autos la Sala observa que si bien la actora es asociada de una cooperativa de trabajo asociado (Coodesco), también lo es el hecho de que Coodesco la envió a prestar sus servicios personales en las dependencias del Citibank, lugar donde cumplía un horario y recibía una remuneración por parte de la Coodesco. Es decir, en el caso planteado, tuvo lugar una prestación personal del servicio en cabeza de la actora, una subordinación jurídica de la misma frente a Coodesco y una remuneración a cargo de ésta por los servicios personales prestados por la demandante. En otras palabras, se configuró el contrato de trabajo en consonancia con la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal (art. 53 C.P.)"¹⁵

Para la Corte Constitucional, la existencia de una relación entre cooperativa y cooperado no excluye necesariamente que se de una relación laboral entre cooperativa y cooperado y esto sucede cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, si no para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa.

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

"...Debe la Corte precisar que la contratación con cooperativas de trabajo asociado para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios se halla permitida y reglamentada por la ley, pues constituye una importante fuente de trabajo a través de la organización autogestionaria de personas que deciden asociarse para trabajar de manera solidaria bajo sus propias reglas. Pero es claro que la celebración de contratos con esas entidades no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza

¹⁵ Sentencia T-286 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería.

de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica.

Esa conducta no cuenta con respaldo jurídico y constituye una reprochable tergiversación del objetivo que persiguió la ley al permitir el funcionamiento de esos entes cooperativos, en los que debe prevalecer real y efectivamente, mas no sólo en apariencia, el trabajo cooperado y mancomunado de los trabajadores que de manera libre hayan tomado la decisión de organizarse para desarrollar su capacidad laboral.

Por esa razón, cuando se ha contratado a una cooperativa de trabajo asociado para que preste un servicio, ejecute una obra o produzca determinados bienes, es claro que en el evento de que los trabajadores que adelanten la ejecución de las actividades en desarrollo del respectivo contrato se hallen sin duda sujetos a una subordinación típicamente laboral respecto del beneficiario del servicio, de la obra o de la producción de bienes, deberán ser considerados como sus trabajadores para todos los efectos legales, por concurrir allí los elementos que configuran una verdadera relación de trabajo, como con acierto lo concluyó en este caso el Tribunal, lo cual es fiel trasunto del principio de la primacía de la realidad, elevado hoy a rango constitucional por el artículo 53 de la Constitución Política.

Y no podrá considerarse legalmente en tales eventos que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de ésta porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y, en segundo lugar, porque la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales, calidad que, importa destacar, no puede asumir una cooperativa de trabajo asociado por ser sus funciones legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión.

Desde luego, no podrá considerarse que en quien ha acudido a la fraudulenta utilización de la contratación con una cooperativa de trabajo asociado exista algún elemento que razonablemente pueda ser demostrativo de buena fe de esa persona, porque si realmente ostenta la calidad de empleadora, se estará en presencia de una conducta tendiente a evadir el cumplimiento de la ley laboral, lo que, en consecuencia, amerita la imposición de sanciones como la moratoria debatida en el presente proceso.”

Consciente de esta realidad el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4588 de 2006, con el cual se reglamentó el funcionamiento de la Cooperativas de Trabajo Asociado y se establecieron límites en cuanto a su funcionamiento y, en lo que concierne con el tema arriba analizado, es su artículo 17 precisó:

"ARTICULO 17º. PROHIBICIÓN PARA ACTUAR COMO INTERMEDIARIO O EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES. Las Cooperativas y Precooperativas de trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes. Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado".

Y, en el artículo 16, fijó una importante consecuencia jurídica al incumplimiento de la anterior prohibición, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 16º. DESNATURALIZACIÓN DEL TRABAJO ASOCIADO. El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo".

En desarrollo de esta reglamentación se ha insistido en la necesidad que las Cooperativas se especialicen en la actividad a la cual vayan a orientar la prestación de sus servicios, especialmente cuando los mismos se refieran a los sectores de la salud, educación transporte, vigilancia y seguridad privada. Para aquellas Cooperativas que actualmente se encuentren prestando estos servicios en concurrencia con otros, se establece el deber de desmontarlos, especializarse y registrarse en la respectiva Superintendencia o entidad que regula la actividad.

Finalmente, conviene destacar un tema de gran importancia, como es el relacionado con la afiliación de los asociados al sistema de seguridad social y los efectos de dicha afiliación, ya que en la práctica se han generado discrepancias en los entes de seguridad social por considerar que como los cooperados no

tienen el carácter de trabajador dependiente, no pueden ser beneficiarios de todas las prestaciones del sistema.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia precisó dichos alcances, en cuanto a la obligatoriedad, afirmando que el artículo 59 de la Ley 79 de 1988 señala, entre otros aspectos, la obligación de incluir en sus estatutos o reglamentos el régimen de previsión y de seguridad social de las Cooperativas.

Así en sentencia N° 22404 del 31 de mayo de 2005, M.P. Camilo Tarquino Gallego, indicó que de esta norma se desprende que las Cooperativas “*no deben ellas sustraerse del sistema de riesgos de protección, precisamente porque en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y seguridad privada, sus asociados están sometidos a determinadas contingencias que los hace vulnerables, sin que puedan excluirse totalmente de las previsiones, en esa específica materia*” y concluye que por ello no puede entenderse que con tal definición contrarían la naturaleza del cooperativismo, ni la condición de asociados o gestores, diferentes a los trabajadores dependientes o subordinados, al tiempo que ratifica que “*siempre debe existir una reglamentación en el punto específico de la previsión y seguridad social, amén de que otro fundamento para estimar que en este evento la Cooperativa debía asumir los riesgos surgidos de la realización del trabajo de sus miembros, lo consagra el artículo 6 del mismo Decreto 468 de 1990, que así lo dispone, al señalar que “la cooperativa de trabajo asociado deberá organizar directamente las actividades de trabajo de sus asociados con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización”*”.

Y frente a las consecuencias de la afiliación, en sentencia N° 25725 del 2 de febrero de 2006, M.P. Luis Javier Osorio López, la misma Sala Laboral, afirmó:

“Es por lo tanto indudable que al tomar el seguro por parte de la Cooperativa Especializada de Seguridad y Escoltas “COOPES” y afiliar a sus asociados que se traducen en los asegurados, los cuales como se dijo no están excluidos del Sistema, y por demás cumplir con la cancelación oportuna de la prima de aseguramiento o cotización, la lógica consecuencia no es otra que la asunción del riesgo y el pago de las prestaciones económicas que se originan al sobrevenir el suceso, a cargo de la aseguradora ARP SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S.A.

En estas condiciones, la Administradora de Riesgos Profesionales que está instituida para proteger tanto a trabajadores subordinados, independientes y asociados, luego de recibir la afiliación de cualquiera de éstos, no le es dable sostener que no le cabe obligación o responsabilidad alguna, pues ello no tiene sentido, precisamente porque cuando la

Cooperativa a la cual pertenecía el occiso, se decide por la protección de la seguridad social a través de la ARP demandada, quedó subrogada en los riesgos profesionales, cumpliendo así con las preceptivas de los artículos 9 y 15 del Decreto 468 de 1990, quedando la accionada obligada a cubrir las prestaciones por el riesgo ocasionado, en los términos del ordenamiento vigente para la época, en este caso concreto, la pensión de sobrevivientes por la muerte del afiliado consagrada en el artículo 49 del estatuto de riesgos profesionales dispuesto en el Decreto 1295 de 1994".

Así las cosas, al optar por afiliarse a una entidad de seguridad social, la Cooperativa, adquiriere los derechos y obligaciones que las disposiciones legales le asignen a los patronos o empleadores y la entidad de seguridad social contrae deberes y obligaciones para prestar el servicio y responder por el riesgo asegurado que asumió.

2.2.4. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y LAS EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES

ver gráficos en la siguiente página

2.2.5. LA DESREGULACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN LABORAL

Para facilitar el estudio de este fenómeno, se presentan varias preguntas y respuestas a inquietudes frecuentes-

1.- ¿Que consecuencias se generan si una Cooperativa de trabajo asociado envía trabajadores en misión o ha prestado servicios de intermediación de mano de obra temporal sin la respectiva autorización del Ministerio de la Protección Social?

De conformidad con el Artículo 34 del Decreto 4588 de 2006, las sanciones para las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, para las Empresas Asociativas de Trabajo y en general para todas las personas naturales o jurídicas que presten servicios de mano de obra temporal, sin la autorización del Ministerio de Protección Social pueden ir desde la prohibición temporal o definitiva del ejercicio de una o más de sus actividades específicas, hasta la disolución de la cooperativa o empresa y la cancelación de su personería jurídica.

2.- ¿Hay alguna sanción para el tercero que contrata con la Cooperativa de Trabajo Asociado el envío de trabajadores en misión?

COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO	EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES
<p>1.- LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO SON AUTOGESTIONARIAS.</p> <p>El artículo 3 del Decreto 4588 de 2006 define a las cooperativas como empresas asociativas sin ánimo de lucro que vinculan el trabajo personal de sus asociados y sus aportes económicos para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, debiendo por lo tanto participar activamente en las decisiones de la empresa.</p>	<p>LA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES.</p> <p>Según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, es aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador, sin que el trabajador o empleado en misión participe en la gestión de la empresa usuaria.</p>
<p>2.- LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO SON EMPRESAS SOLIDARIAS en la que los asociados desarrollan personalmente las actividades propias de su objeto social, a fin de atender las obligaciones comerciales de las cooperativas con sus clientes, en los ámbitos de la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios, según sea el caso, generando trabajo permanente. El desarrollo de las actividades debe hacerse de manera autogestionaria, buscando un ingreso digno y justo en beneficio de los asociados (artículo 3 Decreto 4588 de 2006).</p>	<p>Las EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES desarrollan su objeto social de intermediación enviando trabajadores en misión a las empresas que requieran atender actividades transitorias, accidentales o temporales. (artículo 77 Ley 50de 1990).</p>
<p>3.-LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO INTEGRAN VOLUNTARIAMENTE A SUS ASOCIADOS. Para cumplir con este propósito deben acatar sus regímenes y estatutos, con sujeción a la legislación propia de la economía solidaria y no a la laboral ordinaria (artículo 10, Decreto 4588 de 2006).</p>	<p>Las EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES vinculan laboralmente los trabajadores en misión para cumplir con las tareas o servicios contratados con un usuario y están sujetos a la legislación laboral. El artículo 74 de la Ley 50 de 1990 establece que los trabajadores en misión son aquellos que contratan las empresas de servicios temporales para cumplir con las tareas o el servicio contratado. A los trabajadores en misión se les aplica, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral (artículo 75, Ley 50de 1990).</p>

COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO	EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES
<p>4.- LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO no pueden actuar como intermediarias laborales, pues incurrián en la prohibición contemplada en el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006, además de no estar autorizadas pues para ello se requiere cumplir con las normas establecidas en la legislación laboral y tener objeto social único y exclusivo (artículo 71 y 72, Ley 50 de 1990).</p>	<p>Las EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES sí pueden enviar trabajadores en misión, siempre y cuando se encuentren autorizadas por el Ministerio de la Protección Social y dicha actividad se encuentra definida como único objeto social (artículos 72 y 82, Ley 50 de 1990). De la misma manera, el artículo 93 prohíbe a la empresa usuaria contratar servicios temporales cuando la EST no cuente con la autorización, y en caso de incumplimiento, el Ministerio de la Protección Social podrá imponer multas sucesivas.</p>
<p>5.- EL TRABAJO EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO SOLO PUEDE SER ADELANTADO POR SUS ASOCIADOS y de manera excepcional por razones debidamente justificadas por trabajadores no asociados, evento éste que configura relaciones laborales que se rigen por las normas del Código Sustantivo del Trabajo (artículo 15 del Decreto 4588 de 2006).</p>	<p>En las EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES los trabajadores deben estar vinculados bajo las modalidades contenidas en artículo 74 de la Ley 50/90, como trabajadores de planta que desarrollan su actividad en las dependencias propias de la EST, o como trabajadores en misión que son aquellos que la EST envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicios contratados por éstos.</p>
<p>6.- LAS RELACIONES DE TRABAJO EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO ESTAN REGULADAS EN LOS REGÍMENES DE TRABAJO, PREVISIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y COMPENSACIONES, los cuales deben estar registrados ante el Ministerio de la Protección Social previo al inicio de la ejecución del acuerdo cooperativo de trabajo asociado (artículo 2, Resolución 1451de 2000).</p>	<p>En las EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES las relaciones laborales están reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas laborales, y tampoco podrán desarrollar su objeto social hasta tanto el Ministerio de Protección Social les autorice su funcionamiento.</p>

COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO	EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES
<p>7.-LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO RETRIBUYEN AL TRABAJADOR ASOCIADO POR LAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS CON COMPENSACIONES Y NO CON SALARIO, las cuales deben ser presupuestadas en forma adecuada y técnicamente justificadas, para que se retribuya el trabajo con base en los resultados económicos de la empresa, así como de acuerdo con la función, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado (Artículo 25 del Decreto 4588 de 2006).</p>	<p>En las EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES los trabajadores en misión tienen derecho al salario y a las prestaciones sociales equivalentes a las de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa (artículo 79, Ley 50 de 1.990).</p>
<p>8.- LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO NO PUEDEN ACTUAR COMO AGRUPADORAS PARA LA AFILIACIÓN COLECTIVA a las EPS, (artículo 18, Decreto 1703 de 2002) y se requiere la demostración efectiva de la condición de asociado y que éste trabaje directamente para la cooperativa.</p>	<p>En las EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES se aplican las normas relativas a la afiliación al sistema de Seguridad Social de los trabajadores dependientes.</p>
<p>9.- LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO NO PUEDEN CONSTITUIRSE PARA BENEFICIAR A SOCIEDADES O EMPRESAS COMERCIALES, pues les está prohibido realizar acuerdos con sociedades que las hagan participar directa o indirectamente de los beneficios o prerrogativas que las leyes le otorguen a las entidades del sector solidario (numeral 2 del artículo 6 de la Ley 79/88 y numeral 2 del artículo 13 de la Ley 454/98).</p> <p>Al dedicarse la CTA a la labor propia de las EST, está sustrayendo al trabajador asalariado del régimen laboral favoreciendo al usuario de las especiales regulaciones del sector cooperativo.</p>	

COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO	EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES
<p>10.- LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO DEBEN ESTABLECER EN SUS REGÍMENES DE PREVISIÓN SOCIAL la forma de atender las contribuciones económicas para el pago de la Seguridad Social (Artículo 29 Decreto 4588 de 2006).</p>	<p>Las EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES respecto de los trabajadores son responsables de la seguridad social (salud, pensiones y riesgos profesionales), en los términos del artículo 4 del Decreto 24 de 1998, y conforme a las normas propias de la legislación laboral.</p>
<p>11.- EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO LA TERMINACIÓN DE UN CONTRATO CON TERCEROS NO ES CAUSAL PARA LA EXCLUSIÓN O EL RETIRO DEL ASOCIADO DE LA COOPERATIVA, pues el asociado es dueño de su empresa y no puede ser excluido o retirado de la misma bajo el pretexto de la terminación del trabajo.</p> <p>La decisión del retiro voluntario corresponde únicamente al asociado por existir el principio Constitucional de la libre asociación (artículo 38 de la Constitución Política).</p>	<p>En las EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES el trabajador puede ser desvinculado al finalizar la obra o labor o terminación del contrato de prestación de servicios entre la usuaria y la EST.</p>
<p>12.- LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO NO PUEDEN SER UTILIZADAS COMO EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES PARA LOGRAR BENEFICIOS TRIBUTARIOS en beneficio de terceros, pues las CTA están exentas del impuesto de renta y complementarios, si se cumple con lo establecido en los artículos 19 y 358 del Estatuto Tributario, de lo contrario, deberán pagar impuesto con tarifa del 20% por pertenecer al régimen tributario especial.</p>	<p>Las EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES, tienen una tarifa del impuesto a la renta del 35% más la sobretasa del 10% (artículos 240 y 260-11 del Estatuto Tributario).</p>

De conformidad con el Artículo 36 del Decreto 4588 de 2006, el Ministerio de Protección Social, a través de las Direcciones Territoriales sancionará a los usuarios o terceros beneficiarios que contraten el envío de trabajadores en misión o la intermediación laboral, imponiéndoles multas sucesivas hasta de 100 salarios mínimos mensuales vigentes.

3.- ¿Las cooperativas de trabajo asociado retribuyen al asociado su labor con salario?

Las actividades desarrolladas por el asociado no son salario, son compensaciones, las cuales deben ser presupuestadas en forma adecuada y técnicamente justificadas, para que se retribuya el trabajo con base en los resultados económicos de la empresa, debido a que el asociado es dueño de la empresa y no trabajador subordinado.

4.- ¿Las cooperativas de trabajo asociado pueden actuar como agrupadoras para la afiliación colectiva a las EPS?

Señala el artículo 19 del Decreto 4588 de 2006 que las C.T.A sólo podrán afiliar al Sistema de Seguridad Social Integral a sus trabajadores asociados y no podrán actuar como asociaciones o como agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes, ni aparecer como asociaciones mutuales para los mismos efectos.

2.3. LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

2.3.1. MARCO LEGAL

“Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador” Ley 50 de 1.990, artículo 71º, concordante con el artículo 1º del Decreto Reglamentario 24 de 1.998 y el artículo 2º del Decreto 4369 de 2006.

2.3.2. SUJETOS DE LA RELACIÓN

1) La empresa de servicios temporales, quien debe constituirse como persona jurídica, estar debidamente autorizada para funcionar por parte del Ministerio

de la Protección Social y tiene como único objetivo el establecido en el mencionado artículo 71º de la Ley 50/90.

Los trabajadores son contratados directamente por la empresa de servicios temporales, quien es su único empleador.

De la reglamentación de las temporales, están excluidas las empresas que prestan servicios diferentes al envío de trabajadores en misión, como son las de suministro de alimentación y las que realizan labores de aseo. Tampoco pueden ejercer la actividad propia de las temporales, aquellas que tengan objeto social diverso al previsto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990; las que no estén debidamente autorizadas por el Ministerio de la Protección Social para el desempeño de esa labor, tales como las dedicadas al servicio de vigilancia y mantenimiento ni las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, las Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares.

2) Los terceros beneficiarios, que son las personas naturales o jurídicas que contratan los servicios de las temporales, quienes se denominan usuarios y,

3) Los trabajadores, que son contratados por la empresa de servicios temporales son de dos (2) categorías: trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los primeros, son los que desarrollan su actividad en las dependencias de la temporal y, los segundos, los que la temporal envía a las usuarias a cumplir la tarea o el servicio contratado por éstas.

2.3.3 PARTICULARIDADES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

1) Las empresas de servicios temporales celebran con las usuarias, contrato de prestación de servicios para el envío de trabajadores en misión. De acuerdo con lo establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1.990, los usuarios sólo podrán contratar temporales en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60. del Código Sustantivo del Trabajo.

b) Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

c) Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) mes más.

2) La norma determina con toda claridad, la temporalidad del trabajador en misión. Por tanto, este sólo puede ser contratado para los casos expresamente consagrados en la ley, pues tal y como lo dice la Corte Constitucional “la norma lo que busca es la protección de los trabajadores, para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, haciendo a un lado los permanentes”¹⁶

Así las cosas, la norma permite la vinculación de trabajadores en misión para atender necesidades realmente temporales y ocasionales. Sin embargo, permite la contratación de trabajadores para la prestación de servicios por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más, lo que implica, que si la usuaria, después de un año de vinculación del trabajador en misión, desea continuar con sus servicios, deberá contratarlo de manera directa, pues lo contrario constituiría una prohibición que expresamente se encuentra consagrada en el D.R. 503/98, artículo 2º.: “Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio.”

Si la usuaria viola esta prohibición, sería considerado como el empleador directo del trabajador, y la empresa de servicios temporales pasaría a ser un empleador aparente y un simple intermediario. Así lo determinó la Corte Suprema de Justicia al establecer que “cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, solo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador”¹⁷, posición reiterada mediante la Sentencia 25714 del 31 de marzo de 2006.¹⁸

2) Las empresas de servicios temporales deben constituirse como personas jurídicas, contar con resolución de aprobación expedida por el Ministerio de la Protección Social debidamente ejecutoriada y tendrán como único objeto el citado en el artículo 71 de la Ley 50 de 1.990.

16 Corte Constitucional, Sentencia C-330, julio 27 de 1.995, M.P. Jorge Arango Mejía

17 Corte Suprema de Justicia, Casación laboral, Sentencia 25717 de febrero 21 de 2006, M.P.

Carlos Isaac Náder

18 Corte Suprema de Justicia, Casación Laboral, Sentencia 25714 del 31 de marzo de 2006, M.P.

Francisco Javier Ricaurte Gómez

El Ministerio de la Protección Social, autoriza el funcionamiento de las empresas de servicios temporales que cumplan con todos los requisitos exigidos en la ley y sus reglamentos. Por tanto, es requisito indispensable para la usuaria, contratar con temporales que cuenten con la resolución motivada, debidamente ejecutoriada y que no se encuentren suspendidas o canceladas; de omitir esta obligación, la usuaria se convertiría en el único y verdadero empleador del trabajador en misión y, la empresa de servicio temporal en un simple intermediario. Esta afirmación se encuentra totalmente fundamentada en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia 25717¹⁹³ cuando manifiesta “Es éste entonces el sentido del criterio doctrinal expuesto en la sentencia rememorada, de 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, donde específicamente se dijo, lo siguiente:

“Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la EST. funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad del la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones”.

- Las empresas de servicios temporales son verdaderas empleadores.²⁰ Las temporales contratan al trabajador en misión, pagan su salario, prestaciones sociales y demás acreencias laborales, afilan al trabajador al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales, afilan al trabajador a la Caja de Compensación Familiar y pagan aportes al SENA, al ICBF, a la caja de compensación y al Sistema Integral de Seguridad Social. No obstante, la subordinación será ejercida directamente por la usuaria en virtud de una delegación que le hace la temporal a esta y que la faculta para darle

19

20 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de abril 29/86, M.P.

órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos en los términos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Este es el criterio doctrinal de la Corte Suprema de Justicia expuesto en la Sentencia 9435 de abril 24 de 1.997²¹:

"Al usuario le corresponde ejercer la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión de manera que está facultado para exigirles el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Pero esta facultad se ejerce no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la E.S.T, pues el personal enviado depende exclusivamente de ella. En otros términos, la usuaria hace las veces de representante convencional del patrono E.S.T, con el alcance previsto por artículo 1, inciso 1 del Decreto 2351 de 1965 (C.S.T art. 32) esto es que lo obliga frente a los trabajadores, al paso que ante éstos los representantes (usuarios para el caso) no se obligan a título personal, sino que su responsabilidad se contrae tan solo frente al representado, en caso de incumplir lo estipulado en el respectivo convenio que autoriza la representación.

Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las E.S.T. como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art. 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (C.S.T Arts. 33, 34, 35 y 36), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen *in solidum*, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión."

- La usuaria no es responsable solidariamente por las acreencias laborales (salarios, prestaciones e indemnizaciones) de los trabajadores en misión, toda vez que la usuaria paga un sobrecosto a la temporal, precisamente para no responsabilizarse por los pagos y la administración del personal. No obstante, y según lo establece el Decreto 4369 de 2006, la omisión de la usuaria de no informar al Ministerio de la Protección Social o a la Superintendencia Nacional de Salud sobre el incumplimiento de la temporal respecto de las

²¹ Corte Suprema de Justicia, Casación Laboral, Sentencia 9435, abril 24 de 1.997, M.P. Francisco Escobar Henríquez

obligaciones sobre la afiliación y cotización al Sistema de Seguridad Social Integral, del personal en misión que le ha prestado sus servicios durante el mes inmediatamente anterior, lo hará solidariamente responsable en el pago de los correspondientes aportes, así como en las consecuencias económicas y jurídicas que se deriven de la omisión, evasión o elusión.

- La usuaria no es responsable solidariamente por la salud ocupacional de los trabajadores en misión, toda vez que el artículo 78 de la Ley 50/90, señala que la “empresa de servicios temporales es responsable de la salud ocupacional de los trabajadores en misión, en los términos de las leyes que rigen la materia para los trabajadores permanentes”

No obstante, se exige, que cuando se trate de actividades riesgosas, o trabajadores de un adiestramiento o sea necesario el suministro de elementos de protección espacial, determinar, dentro del contrato de prestación de servicios que se celebre entre la empresa de servicios temporales y la usuaria, la forma como se atenderán las obligaciones en materia de salud ocupacional.

De esta manera, en caso de algún siniestro que afecte al trabajador en misión por culpa del usuario, es la empresa de servicios temporales quien debe asumir la culpa, sin perjuicio del derecho a repetir contra la usuaria por el incumplimiento contractual si este se presenta.

- Los trabajadores en misión tienen derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigente en la empresa, a gozar de los mismos beneficios que el usuario tenga para sus trabajadores en cuanto a transporte, alimentación y recreación. Así mismo, tienen derecho a la compensación monetaria por vacaciones y primas de servicios proporcional al tiempo laborado y, en lo pertinente, a los derechos y beneficios establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo.

3) Obligaciones de las empresas de servicios temporales:

- a) Constituir una póliza de garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, a favor de los trabajadores en misión, para asegurar el pago de sus salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, en caso de iliquidez de la temporal, la cual deberá depositarse en el Ministerio de la Protección Social.

- b) Afiliar y a pagar los aportes parafiscales y los aportes a los Sistemas de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales, de acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia de todos los trabajadores (en misión y de planta)
- c) Informar, dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, a la usuaria del servicio, sobre la afiliación y el pago de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral, del personal en misión que le ha prestado sus servicios durante el mes inmediatamente anterior. En caso de no hacerlo, la usuaria deberá informar al Ministerio de la Protección Social y/o a la Superintendencia Nacional de Salud, según sea el caso, pues la omisión lo hará solidariamente responsable en el pago de los correspondientes aportes, así como en las consecuencias económicas y jurídicas que se deriven de la omisión, evasión o elusión.
- d) Presentar informes estadísticos a que se refiere el artículo 88 de la Ley 50 de 1990 y los informes de reformas estatutarias.

Por último, resulta importante resaltar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte, ha sido enfática al reconocer la utilización válida de trabajadores en misión por parte de las Entidades públicas, de hecho, en los fallos más importante que han sido proferidos en materia de empleo temporal el demandando casi siempre ha sido una Entidad de naturaleza pública.

2.4. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

2.4.1 MARCO CONCEPTUAL

El contrato de prestación de servicios es aquel por el cual una persona natural o jurídica (contratista) presta sus servicios personales a otra persona natural o jurídica (contratante) con independencia y autonomía técnica y directiva sobre la actividad realizada y por un precio determinado.

No existe una definición legal como tal; el contrato puede ser verbal o escrito, bajo el pacto de obligaciones, prohibiciones y condiciones previamente establecidas en el mismo, todo bajo un precio determinado y un término que podrá ser definido o indefinido²².

22 Salvo para el caso de los contratos de prestación de servicios suscritos por entidades del sector público, cuya naturaleza eminentemente temporal ha sido definida en la propia ley.

2.4.2 LAS PARTICULARIDADES DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Se observa entonces la presencia de tres elementos que caracterizan este tipo de contratos, a saber: a) la prestación de un servicio, que puede ser personal o no, b) la independencia y autonomía para la realización del objeto y c) un precio determinado (honorarios o precio)

- El contratista, persona natural o jurídica, tiene derecho única y exclusivamente al pago de un precio o de unos honorarios;
- Por tanto, no tendrá derecho a percibir salario, prestaciones sociales, vacaciones, y demás beneficios laborales.
- El contratante no estará obligado a afiliarlo al sistema integral de seguridad social, pero sí, de controlar su vinculación, afiliación y aporte como independiente.

2.4.3 LA PRESUNCIÓN Y SIMULACIÓN

El artículo 24 del C.S. del T., subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1.990, establece:

"Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

No obstante quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 1º de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada".

Este inciso segundo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional por considerar que era violatoria del derecho a la igualdad con respecto a los trabajadores que en la realidad han prestado sus servicios bajo la continuada dependencia o subordinación del trabajador, y que en forma evidente han cumplido los elementos propios de la relación de trabajo. (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-665 Nov. 12/98). Por tanto, corresponderá al contratante desestimar que el contrato civil o comercial de prestación de servicios, era de trabajo.

Los elementos esenciales que diferencian al contrato de prestación de servicios del contrato de trabajo, son la autonomía e independencia en la ejecución del servicio, pues mientras que en el contrato de trabajo se evidencia la subordinación jurídica, que se traduce en la facultad del empleador para impartir órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o para imponer reglamentos a sus trabajadores, en el contrato de prestación de servicios debe imponerse la autonomía e independencia para el cumplimiento del objeto encomendado.

Por lo tanto, con la suscripción del contrato de servicios el contratante acepta ser el beneficiario de la ejecución de un servicio que no será prestado bajo su continuada subordinación y dependencia, si ello no fuere así, el Juez del trabajo deberá dar plena aplicación al principio de la primacía de la realidad, tal y como lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia

“En el sub lite desde un comienzo quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación en los términos del mencionado artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, sin que la accionada conforme con las reglas de la carga de la prueba, haya logrado destruir dicha presunción, pues por el contrario las probanzas arrimadas en tiempo corroboran la estructuración de esa dependencia, acorde con lo que aflora de la realidad de los hechos, debiéndose en el caso particular dar aplicación al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre la forma del documento contractual, para establecer la existencia de la relación laboral.”

En efecto, del análisis objetivo y ponderado de los elementos probatorios referidos en sede de casación, surge la aplicación para este asunto en concreto del principio protector de la primacía de la realidad, que en materia laboral ha tenido cabida antes y después de la Constitución Política de 1991, por cuanto su reconocimiento viene de tiempo atrás por la jurisprudencia y la doctrina nacional y ahora expresamente consagrado en el artículo 53 de la Carta Mayor, consistente en darle prelación a las circunstancias que rodearon la relación jurídica, más que a la forma que resulte del documento contractual o cualquier otro que hayan suscrito o expedido las partes, que conlleva necesariamente a que son aquellas particularidades que se extraen de la realidad las que se deben tener en cuenta y no otras las que deben determinar el convencimiento diáfano del juez con respecto a los servicios prestados por una persona natural y que se reclaman en una acción judicial, como determinantes de la existencia de un contrato de trabajo. (22259)

Así, la Corte a través de su jurisprudencia ha sido enfática al señalar que la subordinación jurídica propia de la relación laboral, es ajena a la relación civil o comercial derivada del contrato de prestación de servicios:

"(...) traduciéndose todo esto en el ejercicio de la empleadora del auténtico poder disciplinario y subordinante sobre el trabajador, consistente en la potestad o facultad de sancionar el incumplimiento de órdenes, instrucciones, obligaciones, prohibiciones o la deficiente ejecución en la labor, lo que resulta ajeno a cualquier relación de naturaleza civil o comercial y sí propio de la subordinación jurídica del contrato de trabajo a que se refiere el artículo 23 del C. S. del T."(22259)

Sin embargo, la ausencia de la subordinación en la relación que emana de la ejecución del contrato de prestación de servicios, no implica que el contratante quede completamente maniatado frente a las facultades autónomas de su contratista, de hecho, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido así mismo, que la existencia del contrato civil o comercial no impide que el contratante establezca parámetros, condiciones e instrucciones para la ejecución del servicio y que haya lugar a la supervisión y vigilancia sobre las labores desarrolladas por el contratista. Al respecto ha señalado la Corte:

"Es que definitivamente la vigilancia, el control y la supervisión que el contratante de un convenio comercial o civil realiza sobre la ejecución y las obligaciones derivadas del mismo, en ningún caso es equiparable a los conceptos de "subordinación y dependencia" propios de la relación de trabajo, pues estas últimas tienen una naturaleza distinta a aquellos; en todo caso, las instrucciones específicas hay que valorarlas dentro del entorno de la relación y no descontextualizadamente como lo intenta el censor, pues son precisamente esas circunstancias peculiares las que en determinado momento permiten colegir si las órdenes o instrucciones emitidas corresponden a un tipo de contrato u otro". (Corte Suprema de Justicia, Casación laboral, Sentencia sept. 6 de 2001. Radicación 16062. M.P. Carlos Isaac Náder).

En este mismo sentido, la Corte ha señalado que en el contrato de servicios, es posible establecer que su ejecución se realice en las instalaciones de la Empresa, y que el simple hecho de establecer un horario marco en el cual puede desarrollarse la labor, no implica de por sí la existencia de un contrato de trabajo. Al respecto señala la Corte:

"Ciertamente la relación de trabajados en las instalaciones de la empresa no significa per se el establecimiento de una dependencia y subordinación, considera la Corte que aún tomando este último aserto como jurídico, tiene razón el Tribunal al emitirlo porque ciertamente la subordinación típica de la relación de trabajo no se configura automáticamente por el hecho de que desde el inicio o en un determinado momento del vínculo jurídico convengan un horario de prestación de servicios y la realización de estos dentro de las instalaciones del beneficiario de los mismos, puesto que si bien algunas veces ello puede ser indicio de subordinación laboral, tales estipulaciones no son exóticas ni extrañas a negocios jurídicos diferentes a los del trabajo, y en especial

a ciertos contratos civiles de prestación de servicios o de obra en los que es razonable una previsión de esa naturaleza para el buen suceso de lo convenido, sin que por ello se despoje necesariamente al contratista de su independencia. (Corte Suprema de Justicia, Casación laboral, Sentencia mayo 4 de 2001. Radicación 15678. M.P. José Roberto Herrera).

De forma tal que sólo el análisis conjunto de los hechos, los documentos y, en general del acervo probatorio con el cual cuente el Juez en cada caso, le permitirá determinar si la relación civil o comercial de servicios cuya naturaleza se discute, fue verdaderamente ejecutada en condiciones de independencia y autonomía, o si por el contrario, imperó el ejercicio y sometimiento a la subordinación jurídica por parte de los contratantes, teniendo siempre presente la presunción contenida en el artículo 24 del C.S. del T., que podrá ser desvirtuada por el contratante.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, podemos establecer cuál es la importante tarea que debe realizar el Juez del trabajo, en la búsqueda de la verdad que le permita determinar si el vínculo de trabajo que han puesto bajo su conocimiento las partes, fue en realidad un contrato de prestación de servicios o un contrato de trabajo ejecutado en condiciones de subordinación jurídica:

“El numeral 2 del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 1º de la Ley 50 de 1990, contiene una importante regla de juicio, probatoria, que protege los fundamentales derechos que emanen de la relación laboral: una vez reunidos los tres elementos que la tipifican, dice la norma, se entiende que existe contrato de trabajo, que no deja de serlo, añade, por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Esa regla de juicio le enseña al juez laboral que debe desatender el simple rótulo formal o aparente que se le asigne a los contratos y los documentos que oculten la relación de servicio personal subordinado con nombres o menciones propias de otros contratos.

Cuando las partes han estado vinculadas por medio de un contrato de trabajo y en seguida, sin solución de continuidad, aparece sorpresivamente la celebración de un contrato civil y la utilización de formas propias de ese contrato, puede constituir un total desconocimiento de la regla de juicio del citado artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y, asimismo, del principio constitucional de la primacía de la realidad, admitir la novación del contrato al dar por demostrado ese hecho con base exclusiva en los medios probatorios escritos que no acrediten la forma como el trabajador prestó sus servicios.

En esos casos la aludida regla probatoria debe ser rigurosamente seguida. El juez debe observar si existe un motivo para admitir el sustancial cambio de la relación y si la independencia jurídica está probada con medios de convicción que le permitan ver, con toda claridad, que la subordinación laboral en efecto cedió ante una total independencia jurídica propia de los contratos civiles, mercantiles y de otro orden (el mandato, la prestación de servicios independientes, la procuración, la agencia, etc.). El rigor en esta materia es ineludible, porque decisiones judiciales que sean tolerantes invitan a evadir el cumplimiento de la ley laboral y a permitir que el beneficiario del servicio aproveche la necesidad del trabajador dependiente para imponerle condiciones que lo perjudican inmediatamente y que afectarán el legítimo disfrute de sus derechos laborales reconocidos por la ley y su seguridad frente al riesgo de vejez, con grave daño no sólo individual sino social."(23987)

Para finalizar, dos temas merecen una consideración especial por parte del Juez del trabajo al momento de conocer un conflicto originado en una relación derivada de la celebración de un contrato de prestación de servicios. El primero de ellos, se refiere a los parámetros legales que debe tener en cuenta cuando la persona del contratante corresponda a una entidad de carácter público que debe someterse a la Ley de contratación estatal, Ley 80 de 1.993, especialmente en lo que a su artículo 32 se refiere, disposición en la cual el legislador ha fijado de forma excluyente, los supuestos de hecho en los cuales la entidad estatal podrá celebrar contratos de prestación de servicios con una persona natural; al respecto, al analizar la constitucionalidad de la norma precitada, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

"El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los

particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.”

Es claro entonces, que tratándose de contratos de prestación de servicios celebrados por entidades sometidas al régimen de contratación estatal, el Juez cuenta con elementos normativos mucho más rígidos que pueden llegar a determinar la solución que debe adoptar para cada caso. Sobre este mismo tema su ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, manifestando lo siguiente:

“En efecto. No es materia de discusión que entre los contratos que la ley califica como administrativos que pueden celebrar las entidades oficiales se encuentra el de prestación de servicios; pero del hecho de hallarse consagrado legalmente este contrato, no se deriva la facultad de utilizarlo cuando se trata de relaciones laborales, puesto que en todos los casos en que los servicios personales al Estado o a una entidad descentralizada, o en los que la participación directa o indirecta de aquél sobrepasa los porcentajes indicados en la misma ley, son prestados por un ser humano de manera subordinada, se está, sin discusión posible, ante una relación de trabajo gobernada por una relación legal y reglamentaria o mediante un contrato de trabajo, de acuerdo con lo que determine la Constitución Política, o la ley cuando ella directamente no lo establece.

“En la actualidad la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales aparece expresamente prevista en la Constitución Política en los artículos 123 y 125, en los cuales a los trabajadores del Estado, o de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, se les clasifica como servidores públicos; pero se les diferencia de los empleados y de los miembros de las corporaciones públicas; sin que resulte razonable entender que al deferirse a la ley la determinación del régimen “aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas”, se estuviera facultando a la administración pública para utilizar el contrato administrativo de prestación de servicios como una modalidad de vinculación laboral.

“Tal despropósito no resulta de la Constitución, conforme lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, en la que, siguiendo la doctrina y jurisprudencia laboral al respecto, señala como una característica diferencial del contrato de prestación de servicios la autonomía e independencia de quien los presta; autonomía que contrasta con la subordinación que es propia del contrato de trabajo y de los servicios personales realizados por los funcionarios y empleados públicos en virtud de una relación legal y reglamentaria.

“Quiere lo anterior decir que cuando por razones del servicio sea necesario vincular a alguien para la ejecución de una actividad de carácter permanente del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, vale decir, una de las funciones que deben ser cumplidas siempre y no de manera puramente transitoria, deberá el nominador, de acuerdo con lo que disponga la ley, nombrarlos previo concurso, o de manera libre, para quienes no son de carrera administrativa, o deberá

celebrar el patrono con ellos un contrato de trabajo; mas lo que sí resulta notoriamente improcedente e ilegal, es acudir al contrato administrativo de prestación de servicios para encubrir una relación de trabajo.

“Tratándose de relaciones de trabajo, la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral no es una novedad de la actual Constitución Política, sino un principio protector del trabajo humano subordinado, que desde antes de 1991 tenía expresa consagración legal y pleno reconocimiento por parte de la jurisprudencia y doctrina nacionales”²³

Por último, es importante recordar los criterios que ha establecido en su jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con respecto a la procedencia de la indemnización moratoria en aquellos casos donde el Juez de conocimiento, aplicando el principio de la primacía de la realidad y la presunción del artículo 24 del C. S. del T., determina la existencia de un contrato de trabajo en aquella relación que en apariencia se encontraba regida por un contrato de prestación de servicios. Al respecto ha señalado la Corte:

“Esa buena fe que la jurisprudencia ha encontrado en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y que le ha servido, si se halla suficientemente probada, para exonerar al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se le encuentra judicialmente responsable de la falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato, es la creencia razonable de no deber, pero no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada, pues aunque igualmente se ha admitido que corresponde a la que se ha dado en denominar buena fe simple, que se diferencia de la buena fe exenta de culpa o cualificada, debe entenderse, con todo, que es aquella que cabe definir como la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

La sociedad demandada, al contestar la demanda, claramente expresó que a partir del 1º de diciembre de 2000 la relación laboral cambió sustancialmente para asumir las características de una civil gobernada por el contrato de prestación de servicios. Pero es la prueba de la manera como interactuaron las partes o la expresión puntual de las razones que sustentan la creencia del empleador sobre la naturaleza del vínculo jurídico, cuando discute la existencia de la obligación con respaldo en las pruebas del proceso, lo que debe servir al juez laboral para determinar si la convicción es o no fundada, mas no la simple declaración de haberse concertado un contrato civil.

El escrito en el que simplemente se declara que el contrato fue civil y no de naturaleza laboral, pero sin dar razones serias y atendibles para ello, así sean jurídicamente

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, sentencia del 11 de Diciembre de 1997 (Rad. 10153) reiterado en la sentencia del 22 de Marzo de 2000 (Rad. 12960) M.P. Fernando Vásquez Botero y en la sentencia del 6 de febrero de 2.007 (Rad. 28125) M.P. Isaura Vargas.

equivocadas, no puede servir para dar por demostrado que el empleador creyó de buena fe que en las relaciones con quien prestó el servicio personal estaba obligado por el nexo autónomo de un contrato civil, que se caracteriza por la independencia jurídica de esa persona frente al contratante, al contrario del laboral, que, a su turno, se distingue porque el beneficiario del servicio tiene la posibilidad de dar órdenes e instrucciones que deben ser acatadas por el trabajador.”(23987).

2.5. ACTIVIDADES PEDAGOGICAS

Ap

1. *Distinga cinco características especiales y cinco características general del trabajo asociado con fundamento en la misma Ley 79 de 1988, esto orientado a establecer con claro sentido pedagógico las diferencias del trabajo asociado con otras formas de trabajo de la economía social y con las empresas de servicios temporales.*
2. *Señale desde la dimensión mercantil en que casos se puede celebrar contratos de suministro de personal con Empresas de Servicios Temporales, precisando con sentido práctico el entendimiento correcto de “si la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste”.*
3. *Ante el incumplimiento de la prohibición para las CTA de actuar como intermediarios o como EST, que consecuencias jurídicas acarrea para la CTA y para la persona natural o jurídica que se beneficia de ese servicio?*
4. *En qué eventos las CTA pueden vincular a personas naturales no asociadas a esta para desarrollar actividades propias de la CTA?*
5. *En qué eventos no se puede ejercer la actividad propia de EST?*
6. *Cómo aplican las EST la obligación legal de contratar aprendices?*
7. *Identificar qué tipo de responsabilidad laboral surge cuando se simula la contratación por medio de estas figuras o se presenta contratación fraudulenta?*
8. *Establecer en qué esquema de contratación se presentan las consecuencias más gravosas desde el punto de vista económico para el beneficiario del servicio y cuál es la razón?*

2.6. AUTOEVALUACIÓN

Ae

1. Puede una EST contratar trabajadores en misión, para que la empresa beneficiaria los ubique bajo la modalidad del teletrabajo autónomo o móvil?

Cual es la fundamentación jurídica para hacerlo o no. Qué razonabilidad práctica puede argumentar en cuanto a opciones de manejo, remuneración, seguridad social, etc.

2. La CTA Sabana de Torres, quienes demuestran una experiencia comprobada en tendido y conexión de cableado eléctrico, tiene 70 asociados y contrata con la empresa REDES el suministro de 20 asociados quienes a su vez van a trabajar para REDES en un trazado de 70 kilómetros haciendo tendido y conexión de redes eléctricas en un contrato que REDES tiene con ELECTROBOGOTA S.A. Tres trabajadores sufren un accidente de trabajo y uno de ellos fallece, quedando lo otros dos con secuelas que una vez valorados se determina pérdidas de capacidad laboral superior al 5% pero inferior al 50% y se ordena reubicación laboral.

Se pregunta como analiza esta situación, qué normas si es que así lo considera se han violado, qué responsabilidades tiene la CTA, la empresa usuaria y el cliente final. Se ha desnaturalizado la condición de asociado para pasar a otra clase de relación jurídica?

3. De las siguientes formas de trabajo la existencia necesaria de un vínculo laboral directo o indirecto está implicada en:

- a. Las cooperativas de trabajo asociado
- b. Las empresas de servicios temporales
- c- Los contratos de prestación de servicios
- d- Las empresas asociativas de trabajo
- e. Todas las anteriores
- f.(la respuesta es 2-)

4. Responda las siguientes cuestiones:

Ae

- a. Quién ejerce y cómo el poder de subordinación, si se considera que la verdadera empleadora es la Empresa de servicios temporales, pero es la usuaria la que necesita ordenar el trabajo?
- b. Si se cumplen los requisitos establecidos en la Ley para la contratación con Empresas de servicios temporales, cuál es la razón jurídica por la cual la empresa usuaria no es responsable solidario de las acreencias laborales de los trabajadores en misión.
- c. En qué casos la empresa usuaria sería responsable solidaria por tales acreencias?

2.7. BIBLIOGRAFIA

B

Sentencias altas Cortes y conceptos Ministerio de la Protección Social
Además de lo citado en el cuerpo del documento, se debe tener en cuenta lo siguiente:

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Corte Constitucional

- T-286 de 2.003 M.P. Jaime Araújo Rentería
- C-094 de 2.003 M.P. Jaime Córdoba Triviño

Corte Suprema de Justicia

- Rad. 16.208 del 17 de julio de 2.001 M.P. Carlos Isaac Nader
- Rad. 15.678 del 4 de mayo de 2001. MP. José Roberto Herrera Vergara
- Rad. 16.062 del 6 de septiembre de 2001. MP. Carlos Isaac Náder
- Rad. 22.259 del 2 de agosto de 2.004 M.P. Luis Javier Osorio López
- Rad. 23.987 del 16 de marzo de 2.005 M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza

B

Tribunal Superior de Antioquia

- *Rad. P2600404 del 30 de septiembre de 2.004 M.P. Juan Gerardo Zuluaga Aramburo*

EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

Corte Constitucional

- *C-330 del 27 de julio de 1.995 MP. Jorge Arango Mejía*

Corte Suprema de Justicia

- *Rad. 9435 del 24 de abril de 1997 MP. Francisco Escobar Henríquez*
- *Rad. 25717 del 22 de febrero de 2.006 M.P. Carlos Isaac Nader*
- *Rad. 25714 del 31 de marzo de 2.006 M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez*

COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

Corte Constitucional

- *T-002 de 2.006 M.P. Jaime Córdoba Triviño*
- *T-286 de 2.003 M.P. Jaime Araujo Rentería*

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

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

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

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

Unidad 3 | EL IUS VARIANDI

Qg

El empleador con todas sus facultades se entroniza en la relación laboral creyendo que puede disponer a su arbitrio de sus trabajadores apoyándose en el denominado IUS VARIANDI. Lo que aquí cabe apuntar como objetivo general, es que esta facultad tiene sus límites, si que ello conlleve a que el empleador quede entonces maniatado entre su querer empresarial y la precariedad en el desarrollo de esta facultad. El juez debe mirar entonces si esta facultad subordinante está excedida, cuales son los límites y como declararlos o encontrarlos.

Qe

1. *Tiene el juez una función pedagógica en sus fallos. Es a través de ellos que buscamos en muchas ocasiones el correcto entendimiento de ciertas facultades y hasta donde un trabajador puede contrastar la voluntad de su empleador por sobrepasar sus límites.*
2. *El ser humano no es una mercancía o un bien del que se dispone aquí y allá. Nadie está facultado por alguien para mercantilizar a ese ser humano trabajador. El juez debe tener claro esto, lo que le permite tener más sabiduría para sus decisiones.*
3. *El trabajador vende su fuerza laboral y se debe entender qué implica ello. Los derechos y los deberes en términos de altura humana, como seres cívicos.*

3.2. CONCEPTO

Se debe resaltar que bajo la denominación de *IUS VARIANDI* no existe desarrollo legal en el ordenamiento laboral colombiano, de manera que es dable acudir a la doctrina para definirlo como la potestad patronal de variar unilateralmente algunos aspectos de la prestación de servicios prometida por el trabajador, dentro de los límites del respectivo contrato de trabajo, se trata de un uso razonable de la discrecionalidad que la ley confiere al empleador. El ejercicio del *IUS VARIANDI* es un acto unilateral del empleador en cuanto se impone al trabajador sin requerir el concurso de su voluntad.

Así, el *IUS VARIANDI* ha sido entendido como la facultad que tiene todo empleador de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo del empleado dentro de unos criterios de razonabilidad y justicia preservando el honor, la dignidad, los derechos mínimos y la seguridad del trabajador, alterando unilateralmente aspectos no sustanciales de la relación laboral.

Es, por tanto, una facultad emanada de la potestad subordinante del empleador que se genera en todo contrato de trabajo sin necesidad de estipulación expresa. El patrono puede entonces modificar por su cuenta algunas de las condiciones a las que se sometió originalmente el trabajador sin que ello implique un cambio de contrato ni violación del mismo, siempre y cuando lo haga dentro de ciertos límites ya que con la variación no es dable afectar los intereses del trabajador, atendidos desde un enfoque muy genérico que comprende tanto el aspecto jurídico atinente a los derechos laborales mínimos, legales o convencionales, como a las conveniencias de índole personal, social, o familiar que deben precisarse en cada caso concreto.

Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que esta facultad debe ejercerse dentro de los límites del contrato y que no puede convertirse en un acuerdo novatorio, entre otros motivos, por su carácter unilateral. Es así como las modificaciones pueden recaer sobre aspectos secundarios o accidentales, no esenciales o fundamentales, y que generalmente se refieren a la forma, manera o modo de realizarse el trabajo, la prestación del trabajador.

La voluntad unilateral del patrono materializada en el *IUS VARIANDI* se refiere siempre a condiciones de trabajo no esenciales del contrato de trabajo que de ninguna manera tengan el carácter de modificaciones sustanciales.

Para el tratadista Francisco de Ferrari “Los límites del poder de dirección y del IUS VARIANDI surgen de las condiciones del propio contrato de trabajo delineada por una serie de condicionantes, impuestas por normas de orden público y por los principios del derecho del trabajo que estrechan severamente los márgenes de discrecionalidad patronal. Los principios de protección del trabajador, de irrenunciabilidad, de buena fe, etc, sumados a las condiciones concretas de cada Contrato de Trabajo, constituyen un límite mucho más eficaz a la discrecionalidad patronal.”²⁴

De lo anterior se desprende, igualmente, otro aspecto de la figura analizada como lo es el relacionado con los límites del poder subordinante del empleador. Para nuestro ordenamiento es claro que esta facultad está limitada por normas como el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador. Así las cosas, toda alteración de las condiciones de trabajo está sujeta a la valoración objetiva de estos factores.

Ha sido muy prolífica la jurisprudencia en relación con el principio del IUS VARIANDI, y en particular en lo relativo a sus alcances y limitaciones. Para el efecto, valga citar la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 7 de octubre de 1996, radicación 8004:

“De la cláusula contractual no se puede derivar un error de hecho manifiesto y mucho menos con trascendencia jurídica, toda vez que su simple estipulación no habilita jurídicamente al empleador para hacer traslados unilaterales al trabajador, sin que existan razones valederas para ello y mucho menos cuando el perjudicado con tal medida adujo las que a su juicio eran más que suficientes para oponerse razonablemente al mismo. Dicha cláusula es ineficaz en la medida que procura para el empleador facultades o poderes omnímodos que lesionan la libertad del trabajador, desborda el jus variandi y desconoce los derechos fundamentales que se constituyen como límite al poder subordinante del empleador.

Así se desprende del literal b del artículo 1 de la Ley 50 de 1990, cuando dispone que la facultad de subordinación y dependencia no puede afectar “el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país...”.

En la misma dirección apunta el último párrafo del artículo 53 de la Constitución Nacional, cuando dispone que “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

24 DE FERRARI Francisco. “Derecho del Trabajo”. Pág. 362

La anterior normatividad también rige en el ámbito de la empresa, por lo tanto el empleador no puede sustraerse a ella a través de su régimen interno, porque es a partir de la observancia de esos conceptos relativos a derechos fundamentales de primera generación como se garantizan los derechos atinentes a la persona del trabajador, que por mandato de la propia Constitución Política y la Ley no son susceptibles de acuerdo incondicional entre las partes.

Esta Sala en Sentencia del 21 de noviembre de 1983 se pronunció sobre este tema de la siguiente manera:

“Enseña la doctrina, en todo caso, que el ejercicio del derecho de traslado del trabajador como manifestación del jus variandi, tiene siempre significación excepcional, sin que quepa encuadrarlo, en forma alguna, dentro del catálogo general de las facultades normales del poder de dirección del empresario (no es normal en el sentido de que requiere justificación especial). Y se ha indicado que si la empresa utilizase de una manera omnímoda la facultad de traslado, estaría en posesión de una auténtica patente de corso laboral frente al trabajador, convirtiéndose, en la práctica, en un libre despido encubierto. También se ha dicho que si el derecho a ordenar el traslado no tiene en cuenta las necesidades del servicio y los derechos del trabajador, sería dotar a la empresa de un arma terrible, cual es la de facultarle a despedir libremente a sus trabajadores”.

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia T-407 de 1992, señaló lo siguiente:

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

“... el empresario ha de guiar sus actuaciones frente al asalariado dentro de las mínimas condiciones del debido respeto a la dignidad de sus operarias, porque, según se ha explicado precedentemente, es consustancial tal dignidad con la naturaleza del hombre-persona y cabalmente, de la relación que se establece entre obrero y patrono y en razón del poder subordinante del último sobre el primero, pueden aparecer situaciones conflictivas de abuso que el ordenamiento constitucional no tolera, porque se repite ha

de entenderse que al empleador se le prohíbe categóricamente atentar contra la dignidad de sus empleados.”

Ahora bien, frente al ejercicio del IUS VARIANDI en las entidades públicas, la Corte Constitucional ha expresado:

“... En lo referente a entidades públicas, los expresados límites de IUS VARIANDI no pueden entenderse como la pérdida de la autonomía que corresponde al nominador en cuanto al manejo del personal a su cargo, ni como la absoluta imposibilidad de ordenar traslados, pues éstos resultan indispensables para el adecuado desarrollo de la función pública y para la oportuna atención de las necesidades del servicio.

Adicionalmente, por razón de la naturaleza y la finalidad de sus funciones dentro de la estructura del aparato estatal, ciertos organismos y entidades deben gozar de un mayor grado de discrecionalidad para el ejercicio del ius variandi. Tal es el caso de la Policía, el Ejército, los entes investigativos y de seguridad, entre otros...” (Sentencia T-615- de 1992).

De acuerdo con lo anterior, si bien el poder de dirección del empleador se encuentra limitado por el ordenamiento laboral, la discrecionalidad de las decisiones deberá ser analizada en cada caso, pues no es lo mismo ejercer una facultad de movilidad geográfica en una empresa privada o en una empresa pública.

Los límites impuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional se pueden agrupar en dos: el primero, referido a la propia estabilidad del trabajador en el cual se encuentra la dignidad del mismo, el trabajo en condiciones dignas y justas, la salud física y mental entre otros, y, el segundo, relativo a una vinculación causal entre la modificación del contrato de trabajo y los efectos que sobre el núcleo familiar y los miembros de este puede tener esta modificación en las condiciones de trabajo entre los cuales se pude mencionar la salud física y emocional de los integrantes del grupo familiar con énfasis en la mujer embarazada y los derechos de los niños.

La Corte Constitucional ha desarrollado dos principios fundamentales en el tratamiento del IUS VARIANDI: i) el Principio de la Objetividad: la modificación debe obedecer a necesidades de la empresa y por ello está proscrita toda forma de discriminación ejercida a través del IUS VARIANDI; ii) el Principio de Razonabilidad: Este principio perteneciente al test de razonabilidad, permite predicar para el caso específico si existe una razón suficiente que permita la justificación proporcional de la modificación del contrato.

En desarrollo de lo anterior, esta Corporación ha precisado que para la aplicación del IUS VARIANDI es preciso tener en cuenta el test de razonabilidad utilizado por muchos tribunales en el mundo para solucionar posibles pugnas entre derechos, principios o valores presentes en el ordenamiento jurídico, el cual permite establecer en qué casos, un tratamiento de una situación específica puede vulnerar el principio de igualdad.

En la sentencia C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se establecen los parámetros de aplicación de esta herramienta en los siguientes términos:

El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad (cf. infra, 6.3.1.): ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?. Esta Corte, en la sentencia T-230/94, estableció los lineamientos generales del test de razonabilidad; en esta ocasión, completará esos lineamientos e introducirá distinciones necesarias para su aplicación al caso objeto de la demanda de inexequibilidad.

Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae (cf. 6.3.1.), el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

- a. *La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.*
- b. *La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.*
- c. *La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.*

El orden de estas etapas corresponde a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior. El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que puede llevarse a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación,

y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido.

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. Sobre este último punto, el de la proporcionalidad en sentido estricto, ha dicho la Corte en la sentencia T-422 de 1992:

“Los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir con su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.”

En cuanto al ejercicio del ius variandi, se han estudiado por la doctrina y la jurisprudencia dos modalidades que por ser las de mayor ocurrencia, han dado lugar a numerosos pronunciamientos. Estas modalidades son el “locativo” y el “funcional”, a los cuales se hará referencia a continuación.

IUS VARIANDI LOCATIVO

Una forma del IUS VARIANDI es el denominado “locativo” o “geográfico”, que se presenta cuando la modificación unilateral hecha por el empleador conlleva el traslado del trabajador no de manera transitoria o temporal, sino permanente o indefinido y que, además, implica un cambio en la ciudad o región de su domicilio o residencia habitual, que puede justificarse por razones sociales o de organización o producción.

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia N° 8521 del 21 de noviembre de 1983, reiterada en la sentencia N° 0272 del 15 de septiembre de 1986, se pronunció sobre este tema de la siguiente manera:

“Enseña la doctrina, en todo caso, que el ejercicio del derecho de traslado del trabajador como manifestación del jus variandi, tiene siempre significación excepcional, sin que quepa encuadrarlo, en forma alguna, dentro del catálogo general de las facultades normales del poder de dirección del empresario (no es normal en el sentido de que requiere justificación especial). Y se ha indicado que si la empresa utilizase de una manera omnímoda la facultad de traslado, estaría en posesión de una auténtica patente de corso laboral frente al trabajador, convirtiéndose, en la práctica, en un libre despido encubierto. También se ha dicho que si el derecho a ordenar el traslado no tiene en cuenta las necesidades del servicio y los derechos del trabajador, sería dotar a la empresa de un arma terrible, cual es la de facultarle a despedir libremente a sus trabajadores”.

Para la Corte es claro que el empleador puede modificar las condiciones y el lugar de trabajo, siempre que esa orden no signifique un cambio esencial en la materia objeto del contrato, ni una lesión en el honor, la dignidad, la seguridad y los derechos mínimos del trabajador. De igual forma, con fundamento en la buena fe que debe regir la ejecución de los contratos de trabajo, deben existir razones válidas para exigir la prestación del servicio en un lugar distinto al inicialmente contratado, tal como se precisó en la sentencia N° 8230 del 12 de junio 1985.

Sobre esta modalidad y, en particular sobre sus alcances, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 1839 del 9 de noviembre de 1990, M.P. Ramón Zúñiga Valverde, precisó que *“...la movilidad personal no es una facultad del empleador, unilateral y omnímoda, puesto que no se puede disponer del trabajador como si fuese una máquina o mercancía, ya que él “echa, como las plantas, sus propias raíces”. Es evidente que el trabajador tiene un legítimo derecho a la inmovilidad que le permite organizar su vida personal, social y familiar sin trastornos innecesarios”*.

En la misma sentencia, la Corporación afirmó en cuanto a los límites : “*El cambio de la sede de trabajo, que implica cambio de localidad, o sea el traslado en sentido propio, debe tener ciertos límites genéricos (causa justificativa de la actuación empresarial y respeto a los derechos adquiridos del trabajador), además de unos límites específicos, propios o impropios, como pueden ser el criterio de a antigüedad y el de las cargas empresariales, respectivamente*”.

Y en sentencia del 26 de julio de 1999, M.P. Fernando Vásquez Botero, reiteró sobre el particular:

“*La figura del ius variandi ha sido objeto de diversos análisis por parte de la jurisprudencia laboral, -tanto la vertida para el sector privado, como la para el sector público-, la cual ha sido reiterada en manifestar que, como la potestad subordinante del empleador, que es de donde conceptualmente nace, no puede ser ejercida de manera omnímoda y arbitraria, pues en realidad no tiene la condición de absoluta e irrestricta, sino que es esencialmente relativa y sometida a unos límites, radicados en los derechos del trabajador, su honor y su dignidad. Precisamente, en el anterior marco de restricciones es que ha sido reflexionado el cambio de lugar de ejecución del contrato laboral (movilidad geográfica), en el evento de su disposición por parte del empleador, y a partir de allí se ha pregonado, en diversas épocas, que el mismo no puede ser fruto de la arbitrariedad y el capricho del empleador, sino que debe obedecer a razones objetivas y válidas bien de índole técnicas, operativas, organizativas o administrativas que lo hagan ineludible o al menos justificable*”.

Ahora bien, tratándose del Estado- empleador, en la misma sentencia se indicó:

“*Es por lo anterior que, en sentir de la Corte, en asuntos de la naturaleza del que se trata, al Estado como empleador, incluyendo en ese concepto las entidades descentralizadas a través de las cuales cumple sus funciones o actividades que le asigna la ley, no puede ser asimilado, tratado y juzgado como un empleador del sector privado, para el cual, y bien puede afirmarse es la regla general, el buen resultado económico de su gestión es uno de sus fines primordiales por no decir el principal. Y en este orden de ideas sirve como criterio orientador para el fin que nos ocupa, así esté previsto para el empleado público, la regulación que la figura del traslado contempla en el art., 30 del Decreto 1950 de 1973, y respecto del cual la jurisprudencia administrativa laboral, con referencia a la necesidad del servicio, ha señalado que las acciones del Estado no pueden estar condicionadas o sometidas a los intereses personales de cada uno de sus servidores y, por ende, las razones del buen servicio público que tenga la administración prima sobre las subjetivas que oponga el empleado trasladado, pues de lo contrario la movilidad*

geográfica en la función pública sería absolutamente imposible, toda vez que es lógico partir de la base que una determinación en ese sentido alguna incomodidad genera para quien se le ordena.

Sobre esta modalidad de IUS VARIANDI la Corte Constitucional también ha precisado que la facultad del empleador de trasladar a sus trabajadores no es absoluta, pues encuentra sus límites en las disposiciones constitucionales que exigen que el trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas y justas y bajo los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53 y que la facultad discrecional para modificar la ubicación territorial de los trabajadores no puede ser utilizada en forma arbitraria, y que, en caso de que así lo sea, podrá ser acusada, en situaciones especiales, por medio de la acción de tutela. Y, ha precisado esta Corporación, que para que un traslado se considere arbitrario debe comportar una de condiciones que fueron expuestas en la sentencia T-965 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, las cuales si bien hacen referencia a servidores del estado, son extensibles a los trabajadores particulares:

“ (1) que el traslado tenga como consecuencia necesaria la afectación de la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido; (2) cuando la decisión de trasladar al trabajador es intempestiva y arbitraria y tenga como consecuencia necesaria la ruptura del núcleo familiar, siempre que no suponga simplemente una separación transitoria u originada en factores distintos al traslado o a circunstancias superables; (3) cuando quede demostrado que el traslado pone en serio peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia. No sobra advertir que, para que la acción de tutela pueda proceder, las circunstancias alegadas deben encontrar pleno respaldo probatorio en el correspondiente expediente.”

Ahora bien, con relación a la movilidad geográfica que se presenta en algunas entidades públicas, se ha pronunciado la Corte Constitucional en varias sentencias, dentro de las cuales, vale citar la T - 346 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería, en la que afirmó:

“De igual forma, la Corte ha reconocido que ciertas entidades, en razón a las funciones constitucionales y legales que le han sido asignadas, deben disponer de una planta de personal de carácter global y flexible, que le permita cumplir a cabalidad con las funciones a ella asignadas, pudiendo con ello, reubicar a sus funcionarios en las diferentes dependencias del territorial nacional, situación que debe siempre entenderse, que obedece a criterios razonables que buscan la prestación de un mejor servicio. Lo

anterior significa, que el ius variandi no puede sustentarse en la arbitrariedad de los funcionarios sino en la discrecionalidad de los mismos”.

Aun cuando las entidades de carácter público que tienen una naturaleza de planta global y flexible pueden gozar de una mayor discrecionalidad en el traslado de sus empleados, el ejercicio del ius variandi debe responder a criterios de razonabilidad. En la ya citada sentencia T- 346 de 2001, la Corte Constitucional manifestó:

“ De igual forma, la Corte ha reconocido que ciertas entidades, en razón a las funciones constitucionales y legales que le han sido asignadas, deben disponer de una planta de personal de carácter global y flexible, que le permita cumplir a cabalidad con las funciones a ella asignadas, pudiendo con ello, reubicar a sus funcionarios en las diferentes dependencias del territorial nacional, situación que debe siempre entenderse, que obedece a criterios razonables que sólo buscan la prestación de un mejor servicio”.

IUS VARIANDI FUNCIONAL

Esta es una de las modalidades del IUS VARIANDI que, si bien se ha ejercido desde hace varias décadas, ha sido objeto de mayor estudio por parte de la doctrina en años recientes. En tal sentido puede ser entendida como la facultad del empleador de modificar las condiciones de ejercicio de la profesión u oficio por parte del trabajador, fruto de la necesidad constante de adaptar la vida empresarial a las cambiantes condiciones en que se desarrollan los negocios en la actualidad.

Para Francisco De Ferrari “*Si el empleador tuviera que considerar el Contrato de Trabajo como una cristalización jurídica, como una creación inalterable del derecho, si no pudiera adaptarlo continuamente a los nuevos hechos con ello no causará perjuicios al trabajador, se vería irremediablemente en la necesidad de despedir con frecuencia*”.²⁵

Es por ello que “*negar terminantemente al empleador todo derecho a variar por mínima justificada que sea la variación pretendida, llevaría a un alto e indeseable riesgo de ruptura de las relaciones labores*.²⁶

25 DE FERRARI, Francisco, “Derecho del Trabajo”. Pág 106.

26 DE FERRARI, Francisco. Op. Cit. Pág. 106

No obstante, esta movilidad funcional tampoco puede ser considerada como absoluta, pues para su ejercicio se deben tener en cuenta, entre otros aspectos, como lo sostienen los tratadistas Palomeque López y Alvarez de la Rosa, “*la pertenencia al grupo profesional y a las categorías profesionales equivalentes*”²⁷.

Así las cosas, “*el límite estará en las categorías equivalentes que deben explicarse en razón a actividades realmente realizadas y no desde una perspectiva formal o nominal; las categorías serán equivalentes para un concreto trabajador si se corresponden con su contratada y específica competencia técnico profesional, aunque las funciones que vaya a ejercer en razón a la movilidad no sean iguales a las anteriores. Con las equivalencias, el empresario logra que el trabajador realice unas tareas distintas con las mismas aptitudes y capacidades con las que fue contratado*”.

Ello significa, en primer término, que las modificaciones solo pueden realizarse a cargos equivalentes al original, es decir, a empleos de la misma categoría y con funciones afines. Y en segundo lugar, que en algunas ocasiones la decisión sobre el traslado debe consultar el entorno social del trabajador, con el objeto de evitar perjuicios considerables.

Para los tratadistas citados “*La facultad empresarial, por otra parte, no autoriza la movilidad funcional que origine situación vejatoria, rendimiento deficiente o daño para la formación profesional del trabajador o no sea ejercida con la buena fe propia de cualquier relación contractual o esté precedida por ánimo o actitudes discriminatorias (en estos casos, la carga de la prueba recae sobre el que alega el fraude o abuso de la actuación empresarial)*.

De igual forma, respecto a los derechos económicos, en los casos de movilidad funcional el trabajador debe permanecer económicamente indemne siempre que las funciones o actividades a desarrollar sean de la misma categoría. Sin embargo, el mantenimiento de tales derechos económicos no implica, tampoco, la consolidación de los complementos vinculados a un concreto cargo o puesto de trabajo.

Con el ejercicio del *IUS VARIANDI* se busca entonces, realizar el interés objetivo de la empresa para que el empleador pueda ejercer su actividad directiva y de organización, adecuando la prestación del trabajo subordinado según las necesidades técnicas o económicas reales y objetivas de la empresa,

²⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. “*Derecho del Trabajo*”. Pág. 584

pero siempre dentro de los límites establecidos en la ley y estudiados por la jurisprudencia y la doctrina a los cuales ya se hizo referencia.

Finalmente, para Palomeque López y Álvarez De La Rosa, “...en cualquier caso, y vale también como límite genérico para todo tipo de movilidad funcional, el empresario no podrá invocar la causa de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales, como consecuencia de la movilidad funcional....”.²⁸

Señala Plá Rodríguez que esta modalidad se diferencia del *IUS VARIANDI* ejercitado con propósitos disciplinarios, que se presenta cuando el patrono modifica las condiciones de trabajo como una sanción disciplinaria.²⁹ El ejercicio de esta facultad no puede confundirse con el ejercicio de las facultades disciplinarias.

No debe perderse de vista que tanto el ejercicio arbitrario del *IUS VARIANDI* por parte del empleador, como la negativa del trabajador de acatar las modificaciones impuestas por el patrono sin razones válidas, son constitutivas de justa causa de terminación del contrato de trabajo.

A manera de conclusión se puede decir que El *IUS VARIANDI* es una facultad unilateral que le permite al empleador dirigir y organizar el trabajo que ha contratado, es decir, es uno de los instrumentos que le permite ejercer su poder de dirección sin que por ello afecte, de manera sustancial las condiciones del trabajo ni las condiciones particulares del trabajador.

3.3. ACTIVIDADES PEDAGOCICAS

Ap

- 1. Establezca las clases de *IUS VARIANDI* que la doctrina acoge?
- 2. El *IUS VARIANDI* geográfico puede ser considerado una desmejora en las condiciones contractuales del trabajador'
- 3. El *IUS VARIANDI* funcional que implica?

²⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Op cit. Pág 584

²⁹ PLÁ RODRÍGUEZ, Amèrico. “Curso de Derecho Laboral, T.II”, Vol I Montevideo.1978.Pág. 176.

3.4. AUTOEVALUACIÓN

Ae

1. Aplique el test de razonabilidad para demostrar que en un traslado no se afecta al trabajador orientado a demostrar que no hay trato desigual en relación con sus pares.

3.5. BIBLIOGRAFIA

B

Sentencias altas Cortes y conceptos Ministerio de la Protección Social

Además de lo citado en el cuerpo del documento, se debe tener en cuenta lo siguiente:

IUS VARIANDI

Corte Suprema de Justicia

- *Sentencia septiembre 23 de 1.977*
- *Sentencia de mayo 27 de 1.982*
- *Sentencia noviembre 21 de 1.983*
- *Sentencia abril 5 de 1.989*
- *Sentencia febrero 4 de 1975*
- *Sentencia noviembre 16 de 1.981*
- *Sentencia junio 12 de 1.985*
- *Sentencia noviembre 21 de 1.983*
- *Sentencia enero 30 de 1.992*
- *Rad. 6490 del 27 de abril de 1994 MP. Rafael Méndez Arango*
- *Rad. 10.728 del 15 de julio de 1.998. MP. Germán Valdés Sánchez*
- *Rad. 10.969 del 26 de julio de 1.999 M.P. Fernando Vásquez Botero*

B

Corte Constitucional

- *T-125 de 1.999 M.P. Carlos Gerardo Díaz*
- *T-584 de 1.999 M.P. Hernando Herrera Vergara*

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

Unidad 4 | LA SOLIDARIDAD LABORAL DEL BENEFICIARIO O DUEÑO DE LA OBRA

Qg

En esa búsqueda de justicia el legislador pretendió no dejar sin amparo ciertos derechos de los trabajadores que en algunas circunstancias a pesar de ser declarados no había un responsable respecto del cual se pudieran efectivizar y sus derechos quedaban burlados. Al hablar de solidaridad laboral estamos en presencia de amparo de protección y de tranquilidad Lo que el juez debe hacer es mirar esa cadena de responsabilidad y declararla, para que a través de ella el demandante encuentre justicia. Dicho de otra manera, las diferentes formas de trabajo de alguna manera la ley laboral las observa y está atento su desarrollo para fortalecer mejor los derechos de los trabajadores.

Qe

1. *Conocer el ámbito de acción del tema solidaridad laboral, que implica esa garantía, cómo se demuestra y cómo se efectiviza.*
2. *Analizar la solidaridad laboral en esas formas de trabajo indirectas, es importante que el juez encuentre el nexo que genera la solidaridad, es decir la conexidad entre las labores y el objeto social de la contratante y la contratista.*
3. *Bajo el supuesto de encontrar esa conexidad, debe el juez mirar cual fue el objeto de esa contratación que genera efectos en uno y otro sentido.*
4. *Los seguros que se tienen en este tipo de relaciones comerciales o civiles ayudan a asegurar las resultas de estos procesos, es importante que el juez tenga conocimiento sobre el cómo operan estos seguros y su ámbito de cubrimiento.*

Según el Diccionario de la Real Academia la Responsabilidad Solidaria es la “*Adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros*”. Para Eugéne Gaudentem, son solidarias las obligaciones que aunque tengan un objeto divisible, dan a cada acreedor el derecho a exigir o imponer a cada deudor la obligación de pagar la totalidad de la deuda.

Según las voces del artículo 1568 del Código Civil, la regla general en nuestro ordenamiento es la de que las obligaciones divisibles deben ser satisfechas a cada acreedor por cada deudor en proporción a su parte. Si la obligación no es solidaria ni indivisible, cada uno de los acreedores puede solo exigir su cuota y cada uno de los codeudores solamente está obligado al pago de la suya. La solidaridad establecida en nuestra legislación laboral, es una modalidad de obligaciones plurisubjetivas y de objeto divisible.

La solidaridad laboral se ha establecido como un mecanismo para proteger los derechos de los trabajadores haciendo extensivas al obligado solidario las acreencias laborales insolutas en su calidad de dueño o beneficiario de la obra contratada, ante la eventual insolvencia del deudor principal, que no es otro que el empleador.

El tema de la solidaridad tiene especial relevancia en materia laboral cuando se acude a la figura del contratista independiente, regulada por el artículo 3 del Decreto 2351 de 1965, que modificó el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto esta disposición indica que el beneficiario o dueño de la obra será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios, prestaciones o indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores vinculados al contrato, siempre que la contratación esté referida al giro ordinario de sus negocios.

El sentido de esta regulación se puede colegir de lo expresado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 25 de mayo de 1968 en la que se indica:

“Más el legislador, con el sentido protecciónista que corresponde al derecho laboral, previendo la posibilidad de que el contrato por las grandes empresas, como vehículo que les sirva para evadir las obligaciones sociales, y dada la frecuencia con que los pequeños contratistas independientes caen en la insolvencia o carecen de la responsabilidad necesaria, sin desconocer el principio de que el beneficiario de la obra no es en caso alguno el sujeto patronal, estableció expresamente, a favor exclusivo de los trabajadores, la responsabilidad solidaria del contratista y del beneficiario por el valor de los salarios”

y de las prestaciones e indemnizaciones a que puedan tener derecho, sin perjuicio de que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o repita contra él lo pagado a esos trabajadores".

Esta finalidad fue reiterada en sentencia N° 14038 del 26 de septiembre de 2000, M.P. Luis Gonzalo Toro Correa, por parte de la misma Corporación en los siguientes términos:

"No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores fueran burlados cuando los grandes empresarios contrataran la ejecución de una o mas obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieran la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudirse a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado".

El contratista independiente se compromete, mediante un contrato civil o mercantil o administrativo, a realizar una o varias obras o a prestar un servicio en favor de la persona natural o jurídica con quien contrate, a cambio de determinada remuneración o precio. El contratista asume los riesgos propios de la función a su cargo, debe ejecutarla con sus propios medios y goza de autonomía técnica y directiva; para cumplir su obligación requiere contratar trabajadores pues se trata de un verdadero empleador y no de un mero representante o intermediario respecto del contratante o beneficiario de la obra o del servicio. Su actividad económica no es la intermediación laboral, sino la especialidad que les permite construir la determinada obra o lograr la prestación del servicio.

En lo que hace al beneficiario del servicio o dueño de la obra, es claro que no es empleador en términos formales con respecto de los trabajadores requeridos por el contratista, ya que no ejerce la subordinación laboral frente a aquellos o éste, de lo que se desprende que solo es acreedor de un resultado o de un servicio concreto, es pues, un garante para el pago de las acreencias al trabajador.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias, dentro de las cuales es pertinente citar la N° 6610 del 23 de agosto de 1994, M.P. Rafael Méndez Arango, en la que se precisó:

"...conviene precisar que la solidaridad consagrada en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo modificó el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965, está establecida a favor de los trabajadores del "contratista independiente", que por definición legal es un verdadero patrono y no un representante ni intermediario de quienes con él contratan la ejecución de obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, "por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlo con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva".

(...)

"Pero de dicha norma no resulta que el "contratista independiente" sea, a su vez, responsable de las obligaciones que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, en su condición de patrono, adquiera en relación con sus propios trabajadores".

Esta teoría ha sido ratificada en varias jurisprudencias, dentro de las cuales se destaca la del 19 de abril de 1996, en la cual se reiteró que quien encarga la ejecución de una obra o la prestación de un servicio no adquiere ninguna obligación laboral independiente con los trabajadores del contratista, ya que si ello fuera así no existiría la solidaridad, pues ésta presupone, en los términos del artículo 1569 del Código Civil, la existencia de varias personas que deben una misma cosa a un mismo acreedor bien sea singular o plural.

Posteriormente, la sala plena Laboral, sentencia del 18 de mayo de 1998, unificó los criterios de las dos secciones existentes en ese momento en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en torno a este tema, en los siguientes términos:

"Esta Sala ha reiterado el criterio jurisprudencial conforme al cual el beneficiario de la realización de una obra o la prestación de un determinado servicio por parte de un contratista independiente no adquiere en virtud de la solidaridad prevista en el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965, la condición de empleador de los trabajadores de ese empresario.

En relación con este tema, tiene entendido que el precepto mencionado determina claramente que el contratista independiente es el verdadero empleador, pero que prevé la solidaridad como una especial garantía, derivada de la naturaleza protectora del derecho del trabajo, en el evento hipotético de que éste se encuentre insolvente o pretenda substraerse de sus obligaciones patronales, haciendo también responsable por los mismos créditos al usuario de los servicios o dueño de la obra, cuando se trata de labores propias o inherentes al giro normal de sus actividades.

Por lo tanto, quien encarga la ejecución de una obra o la prestación de un servicio no adquiere ninguna obligación independiente con los trabajadores del contratista, porque

de ser ello así no existiría solidaridad, pues ésta tiene lugar, conforme a lo preceptuado por el artículo 1569 del Código Civil, cuando varias personas deben una misma cosa al acreedor"

Ahora bien, para que el contratista independiente se considere como un verdadero empleador y no representante ni intermediario cuando contrata la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, es preciso que se reúnan los siguientes requisitos:

- a. Que se trate de obras contratadas a precios determinados.
- b. Que el contratista asuma todos los riesgos de la ejecución.
- c. Que goce de libertad para nombrar y remover el personal de que se va a valer para la ejecución de los trabajos.
- d. Que disfrute de plena autonomía tanto desde el punto de vista técnico para la ejecución de las obras, como en la dirección y manejo del personal.
- e. Que en la ejecución de las obras utilice sus propios medios, es decir, que se valga de instrumentos de trabajo que sean de su propiedad y no del dueño de la obra.

La regla general de estos contratistas es que son verdaderos empleadores y responden consecuentemente de todas las obligaciones de carácter laboral. Sin embargo, como ya se anotó, previendo que puedan resultar insolventes o que se nieguen a cumplirlas, la ley hace al dueño de la obra solidariamente responsable con aquel por tales obligaciones, a menos que la obra en que se han ocupado los trabajadores sea extraña a la empresa o negocio del dueño de aquella.

Según las voces del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, la obligación solidaria a favor del trabajador y a cargo del empresario descansa en dos fundamentos de hecho: el contrato de obra y el de trabajo, siendo cada una de estas obligaciones autónomas e independientes más no excluyentes al momento de presentarse la solidaridad de la obligación en materia laboral.

Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia del 13 de noviembre de 1968 lo siguiente:

"Según lo expuesto, la confesión de Domínguez sólo a él perjudica y no al empresario; pero si además del contrato de trabajo acredita el demandante el de obra entre el empresario y el contratista, surge ya a la escena jurídica la obligación solidaria del segundo porque su responsabilidad emerge no sólo de la responsabilidad laboral sino

del contrato de obra. De nada sirve acreditar el contrato laboral si el de obra no aparece demostrado, como ninguna consecuencia tendría para el empresario que se probara el contrato de obra si el laboral no aparece establecido.

Para demostrar el contrato de obra, deben producirse respecto de los sujetos de esa relación jurídica (empresario y contratista independiente) y las aducidas para acreditar el contrato de trabajo frente a los sujetos de esa figura jurídica (contratista independiente y sus empleados). No quiere ello decir que el empresario, en cuanto a las pruebas para establecer el contrato de trabajo, pueda ser colocado al margen, sin ninguna injerencia en su control.

Es obvio que tiene facultad para contradecirlas, porque la relación procesal es una sola y en ella es parte el empresario. En el juicio su posición y la del contratista independiente, en relación con el trabajador demandante, es la de litisconsortes. No reconoce la ley expresamente esta figura pero la registra la jurisprudencia. De acuerdo con ella y la doctrina los litisconsortes, en sus relaciones con la contraparte, se consideran como litigantes separados de modo que los actos de cada uno de ellos no redundan en provecho ni en perjuicio de los otros.

Así las cosas, pueden determinarse algunas particularidades en materia de responsabilidad solidaria en materia laboral:

1. Se configura a través de la relación beneficiario – contratista - trabajadores, de donde resulta que el primero debe lo que el segundo dejó de pagar a los terceros.
2. Se hace efectiva en un proceso judicial en el que haya tenido éxito la acción laboral de solidaridad sobre la base de la demostración de los siguientes supuestos:
 - a. Existencia de un contrato de naturaleza no laboral entre el contratista y el beneficiario de la obra.
 - b. Que la obra y/o el servicio contratado guarden relación con actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario de la obra.
 - c. Que exista contrato de trabajo entre el contratista y sus colaboradores, o entre los subcontratistas (contratados por el contratista como beneficiario) y sus trabajadores.
 - d. Que el contratista o el subcontratista en su caso, no cancelen las obligaciones de carácter laboral que tienen respecto de sus colaboradores.

3. Solo opera para el caso de incumplimiento en el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, de lo que se desprende que no puede ser alegada en caso de no pago de otros conceptos laborales, v.gr. los descansos remunerados como son las vacaciones.

Sin duda, el aspecto fundamental a la hora de definir si existe solidaridad del beneficiario o dueño de la obra respecto de las obligaciones laborales del contratista independiente, es el de establecer si las actividades del contratista son extrañas a las actividades de la empresa o negocio del beneficiario o dueño de la obra. A continuación se citarán algunos de los criterios expuestos sobre el particular por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que servirán de orientación al juez al momento de evaluar situaciones similares:

- En la sentencia del 15 de noviembre de 2001, radicación 15614, en la que se trajo a colación la del 10 de octubre de 1997, se explicó:

"No desconoce la Corte que entre la construcción de las torres adelantada por la demandada METALEC y la emisión de señales de televisión, la prestación de servicios de transmisión de señales de televisión, la utilización de redes y servicio de satélite, para la emisión, transmisión o recepción de esas señales-- que son actividades que según el certificado de la Cámara de Comercio atrás aludido TELEANTIOQUIA puede adelantar en desarrollo de su objeto social -- puede existir alguna relación indirecta, pero ellas no constituyen su objeto social principal, como quiera que se trata de situaciones excepcionales que no aparecen en los documentos que según la impugnante fueron erróneamente apreciados dentro de las que corrientemente debe ejercer para cumplir su designio empresarial.

De otro lado, esa correlación indirecta no es suficiente para considerar que dicha labor de construcción de torres sea inherente al negocio de TELEANTIOQUIA o constituya una actividad normal o permanente suya que habitualmente desarrolle, para de allí concluir la existencia de los supuestos exigidos por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo para que se dé la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario o dueño de la obra.

En efecto, para que esa solidaridad se dé no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.

Así lo explicó la Corte en la sentencia del 10 de octubre de 1997, radicado 9881, a la que pertenecen los siguientes apartes:

“Es protuberante entonces el error del Tribunal cuando concluyó luego de un análisis teórico muy superficial del tema que “..la responsabilidad solidaria de contratista y beneficiario se debe a que la obra contratada es inherente con la actividad ordinaria de PALMERAS DE PUERTO WILCHES S.A, la construcción de un tanque para almacenamiento de aceite se considera una actividad normal de la empresa PALMERAS DE PUERTO WILCHES S.A y no una labor extraña a las actividades normales de esta...”

En efecto, se desprende claramente de las pruebas reseñadas que el contratista independiente del caso se dedica a un negocio diverso del que ocupa al contratante y si bien con la obra contratada éste buscaba cubrir una necesidad propia, ello no implica una actividad permanente de aquél como para que deviniera en algo inherente a la empresa del beneficiario, pues tan solo se prolongaría hasta que se culminara la construcción del tanque metálico.

No escapa a la Sala la posibilidad de que el Tribunal haya partido de una errónea interpretación del artículo 34 C.S.T, a propósito de la hipótesis de exclusión de solidaridad del beneficiario de la obra con el contratista independiente en el evento de que la obra contratada comporte labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de aquél, pero ello no es dable dilucidarlo dada la precaria motivación del fallo.

Con todo interesa aclarar que la solidaridad en cuestión se excluye cuando el contratista cumple actividades ajena de las que explota el dueño de la obra, porque lo que persigue la ley con el mecanismo de solidaridad es proteger a los trabajadores frente a la posibilidad de que el empresario quiera desarrollar su explotación económica por conducto de contratistas con el propósito fraudulento de evadir su responsabilidad laboral. Esta situación por tanto no se presenta en el caso de que el dueño de la obra requiera de un contratista independiente para satisfacer una necesidad propia pero extraordinaria de la empresa, conforme acontece en el asunto de los autos”.

Esa necesaria correspondencia entre las actividades del contratista independiente y las del beneficiario de su trabajo en este caso no logró demostrarse, por cuanto que, si bien la construcción de las torres que adelantó METALEC puede servir de apoyo al negocio de TELEANTIOQUIA, no constituye su esencia, porque es apenas un soporte no inherente a su cabal desarrollo” .

- En la sentencia del 30 de agosto de 2005, radicación 25505, M.P. Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López, se dijo:

"Sea lo primero señalar que el deslinde del objeto de la actividad que examinamos, -sustancial para el propósito de calificarla como si propia o extraña al objeto social de quien se demanda solidaridad-, se ha de hacer a partir del contrato de servicios de mantenimiento celebrado entre la siderúrgica y el contratista de servicios eléctricos, visible a folio 83, y no limitado a la labor que se ejecutaba -en desarrollo del vínculo contractual-, en el momento de la ocurrencia del accidente.

Así, se ha de dar por sentado, como lo consignó el fallador en su providencia, que el examen de calificación de pertinencia de la actividad tiene por referente el mantenimiento de maquinaria, tal como se estipuló en el contrato aludido que en la cláusula primera relacionada con el objeto se lee que la prestataria pone a disposición de la beneficiaria su organización empresarial, "en la prestación de servicios de mantenimiento eléctrico de la maquinaria y equipos de propiedad de la beneficiaria" y por un plazo de un año prorrogable.

La actividad propia de una empresa del sector productivo, en nuestro caso dedicada a transformar el hierro y el carbón en acero, comprende toda aquella que sea indispensable para obtener un producto final, en especial la adquisición y manejo de insumos, que de manera simplificada son la materia prima y los equipos que la han de transformar; de esta manera, las operaciones tendientes a asegurar el funcionamiento de la maquinaria indispensable para la producción siderúrgica no pueden ser reputadas como extrañas; se trata del mantenimiento de elementos necesarios y distintivo de este tipo de industria, y como tal, un servicio con vocación a ser requerido continuadamente.

Ciertamente, según se desprende del contrato de prestación de servicios de mantenimiento eléctrico, se está frente a unos ofrecidos al dueño de la obra por parte del contratista empleador directo del actor, no para una obra puntual, ni para una prestación de carácter general, sino un mantenimiento eléctrico específico y especializado para la maquinaria y equipos de una empresa siderúrgica, y para ser prestados de manera permanente.

Esta tesis doctrinaria no se opone a la que ha sostenido la Sala cuando ha considerado que son extrañas al giro ordinario de los negocios, las actividades de mantenimiento de la infraestructura física del establecimiento productivo, - de ella hace la requerida para servicios públicos-, o a empresas del sector servicios en las que su equipamiento son de apoyo a la labor, y no como aquí, maquinarias imprescindibles y específicas para la obtención del producto industrial.

Precisó la Corte en relación con el alcance del concepto de labores extrañas a las actividades normales de la empresa, en la tarea de acarrear cemento como producto único o principal elaborado por la compañía, lo siguiente:

"Nuestro Código Sustantivo del Trabajo se muestra más comprensivo todavía porque al referirse a 'labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio', para configurar la excepción al principio legal de la de la responsabilidad solidaria, obviamente incluyó dentro del ámbito de la regla general todas aquellas obras inherentes o conexas con las actividades ordinarias del beneficiario.

"2. La tarea de acarrear cemento, que es el producto único o principal industrialmente elaborado por la empresa, de la factoría al embarcadero fluvial, tarea encomendada por 'Cementos del Caribe S.A.' a su contratista Benjamín Serrano, a fin de que éste la cumpliera por sus propios medios y con entera independencia en la ejecución de su compromiso, no resulta ser en manera alguna labor extraña o ajena a la actividad normal de la empresa, dado que la distribución y el mercadeo es, si se quiere actividad inherente, cuando no inseparable, y en últimas siempre conexa o relacionada con la producción misma, por ser todas etapas graduales de un solo proceso industrial. Así que no puede considerarse jamás como actividad desvertebrada o remota de cualquiera empresa o negocio la de acercar el producto elaborado a la clientela que lo demanda, con el propósito de que el consumidor lo adquiera fácilmente, actividad que no interesa únicamente a los terceros, puesto que de ella se obtienen generalmente mayores beneficios para el productor".

Y en la sentencia N° 23063 del 22 de septiembre de 2004, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, se precisó:

"Para la Corte existe una clara correspondencia entre las actividades que la recurrente admite constituyen el objeto social principal de BP EXPLORATION, esto es, la explotación, desarrollo y exploración de petróleos y las anteriormente descritas, en las que se incluye la prestación de servicios y explotación de todas las actividades propias y derivadas de la ingeniería de petróleos. Por manera que, de haber apreciado ese documento, la conclusión del Tribunal sobre las actividades desplegadas por las demandadas no tendría por qué ser diferente.

Con mayor razón, si se toma en cuenta que de manera acertada para establecer que las actividades que cumplió Lumicord Ltda. no eran ajenas a las cumplidas por la beneficiaria de la obra examinó las que en realidad esa contratista independiente cumplió en el desarrollo del contrato entre ellas celebrada y no las que surgían de sus

objetos sociales, pues en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo lo que debe observarse para efectos de establecer la solidaridad que allí se consagra no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste.

En síntesis, para que se dé la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario o dueño de la obra contenida en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, indispensable que las actividades desarrolladas por el contratista sean propias de la actividad normal o permanente del beneficiario y para ello la sola verificación de los objetos sociales de las empresas no es suficiente, toda vez que el examen del juez deberá comprender también el que la obra ejecutada o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste en la práctica.

Ahora bien, una vez en firme la decisión judicial que ordene el pago por responsabilidad solidaria, el beneficiario tiene la facultad legal de ejercer la acción de repetición contra el contratista, en razón de lo que haya pagado por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, como resultado del incumplimiento de las obligaciones laborales que le competen al contratista frente a sus trabajadores.

De otra parte, es menester recordar que en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, se contemplan dos relaciones jurídicas: la primera entre el beneficiario de la obra y el contratista que la ejecuta y, la segunda, entre este contratista independiente y los trabajadores que utiliza para tal fin. De lo anterior se desprende que no basta con que quien ejecuta la obra sea un contratista independiente para que se configure la solidaridad, sino que es necesario que la obra o labor contratada pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues de ser ajenas a ellas, los trabajadores o contratistas independientes no pueden exigir tienen contra el beneficiario de la obra, la solidaridad que consagra el texto legal.

En relación con este tópico, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expresó en sentencia N° 23303 del 14 de septiembre de 2005, M.P. Isaura Vargas Díaz:

"Pese a lo hasta ahora anotado, que como se ha reseñado impide un adecuado estudio de los cargos del recurso extraordinario, importa a la Corte recordar, de un lado, que la solidaridad que atribuye el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo al beneficiario del trabajo o dueño de la obra, como fuente de responsabilidad laboral, excluye al contratante cuando las labores del trabajador resultan extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, lo que permite concluir que dicha situación no se presenta cuando se contrata la ejecución de una obra o la prestación de un servicio para satisfacer una necesidad propia pero distinta a las que normalmente orientan su actividad o explotación económica".

Situación diferente se presenta en los contratos de administración delegada, en los cuales se contrata con una firma de arquitectos o con un profesional de ésta rama la construcción de una obra en la cual todos los gastos de la misma se hacen por cuenta y riesgo del contratante. El arquitecto paga a nombre y cuenta de la entidad contratante todos los gastos de obra definidos como presupuesto de construcción. La entidad contratante, en este caso, provee los fondos para la construcción o establece un mecanismo de pago que le permita al arquitecto atender, de manera exclusiva, los pagos de la construcción. Todo lo anterior, según el Decreto 2090 de 1989, que contiene el reglamento de honorarios para la profesión de arquitectura.

Para la jurisprudencia, en éstos casos no opera la solidaridad, tal como puede verse en la sentencia N° 22371 del 10 de mayo de 2004 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema e Justicia, M.P. Eduardo López Villegas, en la que se indicó:

"Del texto de las cláusulas transcritas, para la Corte emerge con nitidez, que la Sociedad Vías Canales y Puertos Ltda. actuó simplemente como delegada o mandataria del Patrimonio Autónomo Edificio El Gran Mochuelo representado legalmente por la Fiduciaria Tequendama S.A., como corresponde a la naturaleza del contrato de administración delegada que fue el efectivamente celebrado por los contratantes, y en esa medida, esta última no hubiera estado eximida de responsabilidad frente a las obligaciones laborales de la demandante, siendo evidente que las partes pactaron que la contratación del personal necesario para la adecuada ejecución de la obra se hacía a nombre del contratante, vale decir de la Fiduciaria como representante legal del Patrimonio Autónomo, y que los salarios y prestaciones sociales se cancelaban con los fondos suministrados por éste, los que en realidad el contratista únicamente administraba".

Debe igualmente mencionarse que la solidaridad reconocida en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, es una acción especial creada por la ley en garantía de los derechos del trabajador y como tal exige la comparecencia en el juicio, tanto del principal obligado, en su condición de empleador, como de la persona o entidad beneficiaria de la obra, frente a quienes deberá discutirse la existencia misma de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

Sin embargo, se ha discutido si la comparecencia del solidario debe ser considerada como *litis consorcio* obligatorio o no. A pesar de ser un tema de estirpe procesal, se hará mención de la tesis de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular.

Así, en pronunciamiento N° 9500 del 13 de mayo de 1997, M.P. Francisco Escobar Henríquez, precisó esta Corporación:

“El problema radica en definir el alcance de tal especie de solidaridad, particularmente en lo que hace el cobro judicial de los derechos laborales en juego. A este propósito ha de advertirse en primer término que conforme lo preceptúan los artículos 1568 y 1571 del Código Civil, la solidaridad pasiva supone que el acreedor está facultado para exigir el total de la deuda a cada uno de los deudores y podrá dirigirse contra todos éstos en conjunto o contra cualquiera de ellos a su arbitrio. Esta índole de la solidaridad permite inferir, en principio, que si se reclama la obligación a uno de los deudores, no es indispensable citar la juicio a los demás para integrar debidamente el contradictorio necesario”.

“Sin embargo, no es dable trasladar en términos absolutos ésta conclusión a la materia laboral, ya que la naturaleza misma de las relaciones jurídicas puede excluirla, máxime si se toma en consideración que con arreglo a las normas procedimentales que desarrollan el derecho de defensa, cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas...” (C.P.C. art 83), de forma que se garantiza que quien pueda verse afectado en sus intereses por la decisión que en determinado asunto deba emitirse por la administración de justicia, ha de ser convocado al proceso, a fin de que tenga la posibilidad de exponer si lo desea su punto de vista, sus razones o justificaciones”.

“Se desprende por lo tanto, que si el contratista es demandado único, no es forzoso llamar al beneficiario, pues en la hipótesis de prosperar el reclamo no surge derecho de

repetición en contra de éste, de forma que el fallo no lo afecta. En cambio no procede demandar solo al beneficiario pues resulta indispensable citar al contratista para integrar el contradictorio, en vista de que éste es el sujeto directo de la relación jurídica y se vería afectado en todo caso, dada la viabilidad legal de la repetición, en el evento de una decisión desfavorable”.

Esta posición fue reiterada, entre muchas otras, en sentencias N° 22371 del 10 de mayo de 2004, M.P. Eduardo López Villegas y N° 24323 del 12 de septiembre de 2006, del mismo magistrado, en las que se precisó insistió que cuando se demanda al deudor solidario laboral en su condición de beneficiario o dueño de la obra, debe también ser llamado al proceso el empleador.

En el primero de los fallos mencionados se precisó lo siguiente:

“a) El trabajador puede demandar solo al contratista independiente, verdadero patrono del primero, sin pretender solidaridad de nadie y sin vincular a otra persona a la litis.

“b) El trabajador puede demandar conjuntamente al contratista patrono y al beneficiario o dueño de la obra como deudores. Se trata de una litis consorcio prohijada por la ley, y existe la posibilidad que se controveja en el proceso la doble relación entre el demandante y el empleador y éste con el beneficiario de la obra, como también la solidaridad del último y su responsabilidad frente a los trabajadores del contratista independiente.

“c) El trabajador puede demandar solamente al beneficiario de la obra, como deudor solidario si la obligación del verdadero patrono, entendiéndose como tal al contratista independiente ‘existe en forma clara expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o porque se le haya deducido en juicio anterior adelantado tan sólo contra el mismo’.

“Este principio formulado por la Corte frente al beneficiario o dueño de la obra tiene cabal aplicación para cuando se convoca al proceso al intermediario laboral, pues su razón es la de una calidad que es común a aquéllos y a éste: deudor solidario de las obligaciones con trabajadores del empleador; ciertamente si lo que se persigue con el proceso es la existencia de la deuda, la unidad del objeto no puede ser rota; con el deudor solidario debe ser siempre llamado el empleador, quien es el primero que debe responder por los hechos que originan o extinguen la obligación reclamada.

A su turno, en la sentencia N° 25323 del 12 de septiembre de 2006, M.P. Eduardo López Villegas, ya citada, se recordó:

“El litis consorcio necesario se ha de constituir en todo proceso en el que además de determinar la existencia de unas acreencias laborales a favor del trabajador, se persiga el pago de la condena por parte de cualesquiera de las personas sobre las que la ley impone el deber de la solidaridad.

De esta manera, el responsable principal de las deudas laborales ha de ser siempre parte procesal cuando se pretenda definir la existencia de las deudas laborales; y ello es condición previa, en caso de controversia judicial, para que se pretenda el pago de la misma, en el mismo proceso o en uno posterior; los deudores solidarios, a su turno, han de ser necesariamente partes procesales en los procesos que tengan por objeto definir la solidaridad, esto es, si se dan o no los presupuestos para declarar tal responsabilidad solidaria frente a la deuda laboral, reconocida por el empleador, o declarada judicialmente en proceso, se repite, anterior o concomitante”.

Lo anterior no es óbice para que, como lo indica la Corte el trabajador escoja entre cualquiera de los obligados para exigir el pago de una obligación, una vez ésta ya ha sido establecida.

Ahora bien, como el obligado solidario no es mas que un garante para el pago de las acreencias laborales al trabajador, se ha analizado por la jurisprudencia si como consecuencia de ello debe responder también en los casos de culpa patronal.

Para la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en los eventos de culpa, la misma es del empleador y solo son exigibles al beneficiario o dueño de la obra, en virtud de la solidaridad establecida en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, los derechos respecto de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a cargo del contratista.

En la sentencia N° 14038 del 26 de septiembre de 2000, M.P. Luis Gonzalo Toro Correa, se indica sobre este tema:

“Y no por ello puede decirse que se le esté haciendo extensiva la culpa patronal al Municipio demandado. No, la culpa es del empleador, pero los derechos respecto de los

salarios, las prestaciones e indemnizaciones (como lo enuncia el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo) que de ella emanan son exigibles a aquel en virtud, como atrás se anotó, de haberse erigido legalmente la solidaridad que estableció el estatuto sustantivo laboral, en procura de proteger los derechos de los asalariados o sus causahabientes”

(...)

“No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores fueran burlados cuando los grandes empresarios contrataran la ejecución de una o más obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieran la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudirse a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado”.

Por último, importa reseñar que frente a la obligación del beneficiario o dueño de la obra de responder por el pago de la sanción por mora por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista independiente. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que las sanciones por no pago a la terminación de la relación de trabajo, de salarios y prestaciones sociales debidos –y en el caso de los trabajadores oficiales además las indemnizaciones--, no son operan automáticamente, bajo el entendido de que, en cada caso, debe examinarse por el juez la conducta del empleador con el propósito de establecer si tuvo razones atendibles para sustraerse en ese momento al cumplimiento de esa obligación.

Ahora bien cuando quiera que es un tercero, llámese beneficiario de la obra, deudor solidario, etc., quien, por disposición legal debe asumir las obligaciones laborales del empleador, la jurisprudencia había considerado que por ser un sustituto del empleador, le era dable alegar su buena fe a efectos de liberarse de ese gravamen laboral, es decir, le era posible al tercero alegar su propia buena fe.

Sin embargo, en sentencia N° 22.905 del 6 de mayo de 2005, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema modificó su tesis al manifestar:

“... es la buena o mala fe del empleador, o sea del contratista, la que debe analizarse para efectos de imponer la sanción moratoria y no la de su obligado solidario”, sobre el supuesto de que “... la culpa que genera la obligación de indemnizar es exclusiva del empleador, lo que ocurre es que, por virtud de la ley, el dueño de la obra se convierte en garante del pago de la indemnización correspondiente, no porque se le haga extensiva

la culpa, sino por el fenómeno de la solidaridad, que, a su vez, le permite a éste una vez cancele la obligación, subrogarse en la acreencia contra el contratista, en los términos del artículo 1579 del Código Civil ...”

Esta posición fue ratificada en sentencia N° 23657 del 29 de septiembre de 2005, M.P. Isaura Vargas Díaz, en la que se afirmó:

“De lo dicho, debe concluirse, de una parte, que para evitar la llamada ‘sanción moratoria’ al tercero no le es dable alegar razones propias para eludir el pago de los citados conceptos laborales y, de otra, que no habiendo acreditado que las que tuvo el empleador para ese mismo efecto resultaban ‘atendibles’, la aludida sanción le será imponible.

(...)

En efecto, siendo el pago ‘la prestación de lo que se debe’, tal y como lo reza el artículo 1626 del Código Civil, al adquirir el tercero la obligación de solucionar el crédito laboral no debe más ni menos que lo que competía a su deudor legal. Y si entre los débitos del empleador está la sanción por mora por el no pago de prestaciones sociales y salarios, y en algunos casos el de indemnizaciones, de no solucionarlos al momento de adquirir esos pasivos, lo lógico es que el estado de mora persista y que las sanciones legales que castigan ese estado se sigan generando hasta cuando dicho pago se cumpla total y efectivamente. Por manera que, siguiendo esa línea de pensamiento, bien puede afirmarse que el estado de mora de las deudas laborales y su sanción no penden propiamente de la identidad de quien en algún momento fungió como deudor, sino, cuestión bien distinta, de su efectiva solución.

Aun cuando por regla general de derecho un tercero ‘puede’ --o en algunos casos ‘debe’-- pagar por otro, el pago que ‘soluciona’ efectivamente la obligación no puede hacerse de manera deficitaria por el nuevo deudor, sino en las precisas condiciones en que adquirió la obligación. Por tanto, en tratándose de la sanción moratoria laboral, el punto final de esta obligación laboral acaece cuando se hace efectivo el pago de los salarios y prestaciones sociales del trabajador –y en el caso del trabajador oficial también el de las indemnizaciones--, por lo que, hasta que tal hecho no ocurra, se seguirá generando la pluricitada sanción”.

Así las cosas, en los eventos de condena por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista independiente, el deudor solidario está llamado a responder por todas ellas, y no le es dable alegar su propia buena fe como eximente de responsabilidad.

4.2. ACTIVIDADES PEDAGOGICAS

Ap

1. Cómo entender la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra, cuando el trabajador del contratista sufre un accidente de trabajo por culpa de su empleador?
2. Cómo entender la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra cuando el contratista es responsable de la indemnización moratoria?

4.3. AUTOEVALUACION

Ae

1. Un trabajador en misión sufre un accidente de trabajo, la empresa usuaria no presta los primeros auxilios con la celeridad que el caso amerita. Como consecuencia de ello, el trabajador se agrava y fallece. Se pregunta que clase de responsabilidad tiene la empresa usuaria y la responsabilidad de la EST. El sistema de riesgos profesionales puede negar las prestaciones asistenciales y económicas señaladas en la ley?
2. Jaime Rojas de profesión electricista, es trabajador en misión de una EST y es enviado a trabajar en jornada de 6 a.m. hasta las 2 p.m., en la empresa A cuya actividad principal consiste en la elaboración de paneles eléctricos; por la tarde la EST lo envía a la empresa B, cuyo actividad principal consiste en el monitoreo y arreglo de semáforos.

La empresa B decide contratarlo de manera directa, pero Jaime continua como trabajador en misión para la empresa A.

Se le diagnostica una enfermedad profesional propia de estas actividades y en la que se evidencia faltó responsabilidad de las empresas donde ha trabajado en desarrollo de su profesión como electricista.

Ninguna empresa acepta la responsabilidad, cómo decidiría usted este caso?

3. La CTA La Estancia, contrata previa oferta comercial con la empresa de palma AFROPALMA, la ejecución de un trabajo de recolección de fruto, para lo cual dispone de 20 asociados. Para desarrollar la

Ae

labor, la empresa AFROPALMA le suministra todos los elementos de trabajo requeridos para la misma.

4. *Estando en el proceso de recolección de fruto tres asociados sufren una accidente de trabajo al ser atropellados por el carromato (vehículo utilizado para transportar fruto).*
5. *La CTA no tenía afiliados a sus asociados al sistema general de riesgos profesionales. Dos de ellos fallecen y sus beneficiarios demandan en solidaridad a la empresa AFROPALMA.*
6. *Evidencie si cree que hay, las fallas en este proceso y determine si existe la posibilidad real de la solidaridad entre el contratante y la CTA.*

4.4. BIBLIOGRAFIA

B

Sentencias altas Cortes y conceptos Ministerio de la Protección Social
Además de lo citado en el cuerpo del documento, se debe tener en cuenta lo siguiente:

SOLIDARIDAD LABORAL

Corte Suprema de Justicia

- *Sentencia de mayo 8 de 1961*
- *Sentencia de mayo 25 de 1.968*
- *Rad. 6494 de agosto 10 de 1.994 MP. Ernesto Jiménez Díaz*
- *Rad. 17.573 del 12 de junio de 2002 MP. Germán Valdés Sánchez*

Unidad 5 | EL ACOSO LABORAL

Qg

El ser humano imperfecto inmerso en las relaciones de trabajo dependiente, tiende en su accionar diario a ser generador o receptor de conductas que afectan su dignidad, ponen en entredicho mal intencionado sus capacidades y afectan su salud laboral, física y mental con incidencia en su vida social y familiar. El cómo se desarrollan esas conductas para contrarrestarlas para impedirlas o suspenderlas, es en determinado momento responsabilidad del juez. Un juez meramente calculador no las identifica y por obvias razones no ejerce justicia, pero un juez humano, que sufre, que siente, que se duele en ocasiones de ciertas conductas, pero centrado en profundos valores y principios, puede sin tomar partido impartir la justicia debida y ayudar a restablecer relaciones deterioradas.

Qe

1. *Conocer bien la ley, modalidades de acoso, conductas atenuantes y agravantes para contrastarlas con las realidades que llegan a su conocimiento.*
2. *Entender que estas conductas implican precariedad de altura humana en ciertos comportamientos, que no solo se dan respecto de empleador al trabajador, sino en sentido inverso y sobre todo entre pares de trabajo.*
3. *Distinguir las facultades que implican la subordinación y la dependencia de lo que el trabajador pueda alegar como acoso laboral.*

5.2. CONCEPTO

De conformidad con lo establecido por el artículo primero de la Ley 1010 de 2.006 por medio de la cual se adoptaron medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo, se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar un perjuicio laboral, generar desmotivación en su labor, o la dejación de su puesto de trabajo. La conducta podrá ser ejercida por un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un subalterno o entre compañeros de trabajo.

Para el profesor Heinz Leymann, quien es considerado el autor del concepto del *mobbing* con el cual se designa genéricamente el acoso laboral en la doctrina internacional, el acoso laboral puede definirse como “*Un conjunto de acciones de comunicación negativa dirigidas por una muchas personas en contra de otra, que salen a relucir con mucha frecuencia y durante mucho tiempo y en las que la relación entre el autor y la víctima se hace evidente*”. El mal ambiente de trabajo o cuchicheos y chismes no entran dentro del concepto de acoso laboral. Según Leymann “*una impertinencia una vez dicha, es y sigue siendo una impertinencia. Pero si se repite cada día, durante varias semanas, entonces hablamos de acoso laboral*”.³⁰

5.3. LA DIGNIDAD HUMANA DERECHO FUNDAMENTAL DEL TRABAJADOR

5.4. LOS ANTECEDENTES LEGALES EN COLOMBIA

5.5. LOS ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN COLOMBIA

Al no existir una vía judicial más expedita que garantizara la protección de los derechos del trabajador que estaban siendo vulnerados, los primeros pronunciamientos jurisprudenciales que se produjeron sobre el tema del acoso en el trabajo, fueron realizados por vía de tutela; mecanismo que resultaba ser un medio expedito en búsqueda de la protección de los derechos del trabajador acosado.

³⁰ Citado por Ausfelder Trude, *Mobbing El Acoso Moral en el Trabajo*, Editorial Océano, Barcelona, 2002.

La Corte Constitucional, a través de su Sentencia T-461 de 1998, analizó el tema del hostigamiento en las relaciones laborales resaltando la importancia del principio de la dignidad del ser humano, al interior de las relaciones de trabajo y la especial protección que la propia Constitución le ha conferido a dicho principio. Así mismo, dentro de la parte resolutiva de la Sentencia en comento, prácticamente se están sentando por anticipado cuáles serán las bases jurídicas de la Ley 1010 promulgada casi ocho años después, al establecer en primera instancia una solución correctiva del acoso, para advertir a renglón seguido que si ésta no se llegare a producir, se aplicará la medida sancionatoria, que en este caso sería la ocurrencia de un despido indirecto. Así lo determinó la Corte:

"(...) se concederá, a efectos de proteger el derecho a la dignidad del señor (...), razón por la que se ordenará a la Sociedad (...), para que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, cese todo acto de hostigamiento en contra del mencionado trabajador, so pena de que éste pueda dar por terminado el contrato, si esa es su voluntad, por una justa causa que, entre otras, le permitiría demostrar que pudo configurarse un despido indirecto."

Bajo la misma línea, mediante la Sentencia T-013 de 1999, La corte señala:

"La jurisprudencia de esta Corporación, en relación con el tema de la dignidad del trabajador ha sido clara: No puede el empleador ejercer actividades o conductas que desconozcan los derechos del empleado, pero en especial, su dignidad."

Continuando con la línea jurisprudencial, mediante la Sentencia T-170 de 1999³¹ nuevamente la Corte Constitucional reitera su posición frente a lo que posteriormente conoceríamos como el acoso laboral. Utilizando las expresiones de "hostigamiento y persecución", la Corte hace alusión al tema para insistir en que a pesar de que en su momento no existían normas que regularan la materia de forma expresa, la protección en estos eventos se funda en las garantías establecidas constitucionalmente.

"El hostigamiento hacia un trabajador -cualquier trabajador- vulnera de suyo los derechos fundamentales, pues ofende su dignidad y constituye abierto desconocimiento de las más elementales garantías democráticas, por lo cual su existencia, aunque no resulten probados otros comportamientos del patrono, exige la protección judicial."

³¹ Es importante anotar que si bien la sentencia funda buena parte de su análisis en la protección de la dignidad humana del trabajador, también lo es que buena parte de sus consideraciones se encuentran determinadas por la protección del derecho de asociación sindical.

Vale la pena anotar lo que la doctrina especializada del momento concluía frente a la existencia de este tipo de pronunciamientos jurisprudenciales:

*"De esta manera se puede entender que: i) En los eventos en que se vea amenazado el respeto a la dignidad humana del trabajador como consecuencia de acoso moral y no exista otro medio de defensa judicial será procedente la acción de tutela, para que cese la afectación del derecho fundamental y ii) En los eventos en que se termine una relación laboral como consecuencia del hostigamiento por parte del empleador, el trabajador podrá solicitar el pago de las indemnizaciones propias del despido indirecto, pero consecuencias como la nulidad del despido prevista en Francia no opera en nuestro ordenamiento."*³²

5.6. MARCO LEGAL

Se encuentra concentrado en la Ley 1010 de 2.006 por medio de la cual se adoptaron medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo.

En el artículo 2 de la Ley 1010, encontramos las características esenciales que la conducta debe tener, para que pueda ser considerada como constitutiva de acoso laboral:

a. Persistencia de la conducta. Esta característica será determinante para calificar la existencia del acoso laboral. Al respecto se hace muy ilustrativa la lectura del siguiente aparte de la exposición de motivos de la Ley 1010 de 2.006:

"Hemos tratado de tipificar diversas modalidades de acoso, pero siempre bajo la forma de conductas repetidas y verificables (no simples suposiciones). Por regla general un simple episodio aislado y pasajero de brusquedad en el trato no debe tener la entidad de acoso laboral."

Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo establecido en el penúltimo inciso del artículo 7 de la Ley 1010, en el cual se estableció que excepcionalmente un solo acto podrá ser constitutivo de acoso laboral, en caso que afecte gravemente la dignidad humana o cualquier derecho fundamental del trabajador.

32 Revista Actualidad Laboral, "Mobbing: acoso moral en el Derecho Laboral", Fabián Hernández Henríquez e Iván Daniel Jaramillo Jassir, enero de 2004.

b. Conducta demostrable: El trabajador afectado debe probar la existencia de la conducta constitutiva de acoso laboral. Frente a esta característica esencial es importante hacer dos precisiones:

- Conforme a lo previsto por el inciso final del artículo 7 de la Ley 1010, las situaciones de acoso pueden ser demostradas por cualquiera de los medios probatorios contemplados en el régimen procesal.
- De acuerdo con el citado artículo 7 de la Ley 1010, en caso que cualquiera de las conductas que han sido incluidas de forma taxativa dentro del precepto normativo, tengan el carácter de repetidas y públicas, se presumirá la existencia del acoso laboral. En este evento, la carga de la prueba correrá entonces a cargo del presunto acosador, con el fin de desvirtuar la presunción.

c. La conducta debe tener una finalidad específica. Según lo establecido por el artículo 2 de la Ley 1010, esta deberá ser *"infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo."*

La conducta constitutiva de acoso laboral deberá reunir por lo menos estos tres requisitos esenciales, para que pueda ser considerada como una conducta típica establecida en la Ley 1010 de 2.006.

Especial mención merece el tema del ámbito de aplicación de la Ley 1010 de 2006, ya que según se dispuso en el artículo primero, la Ley no podrá ser aplicada en el ámbito de las relaciones de trabajo en las cuales no se presente la subordinación o dependencia jurídica característica de las relaciones laborales que se rigen a través de un contrato de trabajo. Así las cosas, en el ámbito de las relaciones que se producen entre una cooperativa de trabajo asociado y sus asociados, no resultan aplicables las disposiciones consagradas en la Ley 1010. Conforme a lo anterior, la doctrina especializada ha señalado que *"de presentarse un caso de acoso deberán invocarse las normas de la Constitución Política, la Ley 79 de 1988 y demás normas del sector cooperativo"*³³.

Con respecto a las relaciones de trabajo que se producen en el ámbito del empleo temporal, hay que decir que existiendo dos tipos de relación subordinada, esto

³³ Revista Actualidad Laboral, "Ley de acoso laboral: historia y perspectivas", Iván Daniel Jaramillo Jassir, mayo de 2006.

es, la relación contractual que existe entre el trabajador en misión y la empresa de servicios temporales, y la relación de trabajo con subordinación delegada que existe entre la empresa usuaria y el trabajador en misión, podemos concluir que los trabajadores en misión son sujetos de las disposiciones de la Ley 1010; así las cosas, en el evento que se produzcan conductas constitutivas de acoso laboral por parte de la empresa usuaria, sus representantes o subordinados, las garantías previstas en la Ley 1010 resultan plenamente aplicables a este tipo de trabajadores.

Por su parte, los trabajadores o profesionales independientes que prestan sus servicios por medio de convenios de carácter civil o comercial³⁴, se encuentran expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de acoso laboral, razón por la cual su protección debe hallarse en el respeto a la dignidad humana consagrado constitucionalmente.

5.7. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

Conforme a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 1 de la Ley 1010 de 2.006, son bienes jurídicos protegidos, el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, la armonía entre quienes comparten un mismo ambiente laboral y el buen ambiente en la empresa. Es decir, que se protege la dignidad del ser humano en toda su dimensión.

5.8. SUJETOS DEL ACOSO LABORAL

- Quién puede ser acosado (sujeto pasivo)

Cualquier trabajador de la entidad sin importar su jerarquía.

- Quién puede cometer el acoso (sujeto activo)

Activamente los jefes, los subordinados y los compañeros de trabajo.

- Sujetos partícipes

La persona natural que como empleador promueva, induzca o favorezca el acoso laboral, y la persona natural que omita cumplir los requerimientos o amonestaciones que se profieran por los Inspectores de Trabajo en los términos de la Ley 1010³⁵.

34 Que generalmente responden a contratos de prestación de servicios.

35 El numeral segundo del artículo 9 de la Ley, definió la competencia de los Inspectores Municipales de Policía, los Personeros Municipales y la Defensoría del Pueblo para cominhar al empleador a poner en marcha los procedimientos establecidos para superar el acoso. Por lo tanto, la omisión en el cumplimiento de los requerimientos o amonestaciones que emanen de este tipo de autoridades,

Aunque puede llegar a confundirse con el sujeto partícipe, se hace necesaria la distinción de otra clase de sujeto (también activo) que puede estar presente en el ámbito del acoso, que podríamos denominar como “empleador tolerante”, el cual podrá ser objeto de la imposición de sanciones establecidas en el artículo 10 de la Ley 1010; por tolerancia del acoso se entendería lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 9 de la Ley, según el cual *“La omisión en la adopción de medidas preventivas y correctivas de la situación de acoso laboral por parte del empleador o jefes superiores de la administración, se entenderá como tolerancia de la misma”*.

Respecto de la posibilidad que terceros afectados por las conductas constitutivas de acoso puedan ser considerados como sujetos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 1010, es importante citar el concepto de la doctrina especializada:

“La posibilidad de que terceros afectados puedan poner en conocimiento de las autoridades la ocurrencia de situaciones de acoso laboral se contempló en el proyecto de Ley original, sin embargo en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes se decidió acoger la propuesta de FENALCO de suprimir dicha posibilidad en atención a que: “En esta materia, como en el caso de los delitos querellables, no parece conveniente dejar demasiado abierta la puerta para que sujetos que no hacen parte de la relación directa de acoso puedan poner en marcha todo el andamiaje de lucha contra el acoso.”³⁶

Una vez definidos los sujetos del acoso, podemos establecer los niveles en que puede producirse el mismo:

- Acoso descendente

Conductas constitutivas de acoso ejercidas por parte de un superior jerárquico sobre un trabajador subordinado.

- Sujeto activo: Persona natural que se desempeñe como gerente, jefe, director, supervisor o cualquier otra posición de dirección y mando al servicio del empleador.
- Sujeto pasivo: Persona natural que se desempeñe como trabajador.

necesariamente tendrá las mismas consecuencias previstas para el caso de los Inspectores del Trabajo.

³⁶ Revista Actualidad Laboral, “Ley de acoso laboral: historia y perspectivas”, Iván Daniel Jaramillo Jassir, mayo de 2006.

- Acoso horizontal (acoso entre iguales)

El acoso es desplegado por un trabajador sobre un compañero de trabajo.

- Sujeto activo y pasivo: Tanto el sujeto activo como el pasivo, serán personas naturales que se desempeñen como trabajadores.

- Acoso ascendente

Las conductas constitutivas de acoso son desplegadas por un trabajador sobre uno superior jerárquico.

- Sujeto activo: Persona natural que se desempeñe como trabajador
- Sujeto pasivo: Superior jerárquico.

5.9. DIFERENTES MODALIDADES DEL ACOSO LABORAL

5.9.1 MALTRATO LABORAL

Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral.

Lo importante será entonces, el convencimiento al cual pueda llegar en cada caso particular, respecto de qué expresiones verbales y comportamientos tienen verdaderamente la intención de menoscabar la dignidad del trabajador.

5.9.2 PERSECUCIÓN LABORAL

Toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral.

En este caso, deberá examinarse muy cuidadosamente el carácter proporcionado y razonable de las órdenes e instrucciones que imparte el empleador en ejercicio del *ius variandi*.

5.9.3 DISCRIMINACIÓN LABORAL

Todo trato diferenciado por razones de raza, género, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social o que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral.

El trato diferente ha sido considerado como discriminatorio según la doctrina constitucional, cuando no obedece a causas objetivas y razonables que lo justifiquen.

5.9.4 ENTORPECIMIENTO LABORAL

Toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos.

5.9.5 INEQUIDAD LABORAL

Asignación de funciones a menoscabo del trabajador.

En realidad se trata de una manifestación que puede clasificarse dentro del concepto de discriminación.

5.9.6 DESPROTECCIÓN LABORAL

Toda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador.

5.10. CONDUCTAS CONSTITUTIVAS

Ya han sido analizados los tres elementos esenciales que ha consagrado la Ley 1010 para que una conducta pueda ser calificada como constitutiva de

acoso laboral. Así mismo, la Ley de acoso ha establecido de forma taxativa un listado de conductas de las cuales se presumirá su carácter de constitutivas de acoso, siempre que el afectado acredite su ocurrencia pública y repetida:

- a. *Los actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias;*
- b. *Las expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social;*
- c. *Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo;*
- d. *Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo;*
- e. *Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios;*
- f. *La descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo;*
- g. *las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público;*
- h. *La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona;*
- i. *La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa;*
- j. *La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados;*
- k. *El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales;*
- l. *La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor;*
- m. *La negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos;*
- n. *El envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social.*

5.11. CONDUCTAS NO CONSTITUTIVAS

El empleador seguirá ejerciendo las atribuciones propias que le confiere su poder subordinante en la relación laboral, es decir, que podrá dar órdenes e instrucciones, imponer reglamentos y manuales en general para regular el ejercicio de la actividad laboral, aplicar su régimen disciplinario y sancionatorio y modificar razonablemente las condiciones laborales.

En el artículo 8 de la Ley 1010, encontramos por vía de exclusión expresa, situaciones que no constituyen acoso laboral bajo ninguna de sus modalidades:

- a) *Las exigencias y órdenes, necesarias para mantener la disciplina en los cuerpos que componen las Fuerzas Pública conforme al principio constitucional de obediencia debida;*
- b) *Los actos destinados a ejercer la potestad disciplinaria que legalmente corresponde a los superiores jerárquicos sobre sus subalternos;*
- c) *La formulación de exigencias razonables de fidelidad laboral o lealtad empresarial e institucional;*
- d) *La formulación de circulares o memorandos de servicio encaminados a solicitar exigencias técnicas o mejorar la eficiencia laboral y la evaluación laboral de subalternos conforme a indicadores objetivos y generales de rendimiento;*
- e) *La solicitud de cumplir deberes extras de colaboración con la empresa o la institución, cuando sean necesarios para la continuidad del servicio o para solucionar situaciones difíciles en la operación de la empresa o la institución;*
- f) *Las actuaciones administrativas o gestiones encaminadas a dar por terminado el contrato de trabajo, con base en una causa legal o una justa causa, prevista en el Código Sustantivo del Trabajo o en la legislación sobre la función pública.*
- g) *La solicitud de cumplir los deberes de la persona y el ciudadano, de que trata el artículo 95 de la Constitución.*
- h) *La exigencia de cumplir las obligaciones o deberes de que tratan los artículos 55 a 57 del C.S. del T, así como de no incurrir en las prohibiciones de que tratan los artículo 59 y 60 del mismo Código.*
- i) *Las exigencias de cumplir con las estipulaciones contenidas en los reglamentos y cláusulas de los contratos de trabajo.*
- j) *La exigencia de cumplir con las obligaciones, deberes y prohibiciones de que trata la legislación disciplinaria aplicable a los servidores públicos.*

El parágrafo del citado artículo 8, aclara que las exigencias técnicas, los requerimientos de eficiencia y las peticiones de colaboración a que se refiere el mismo, deberán ser justificados, fundados en criterios objetivos y no discriminatorios.

Todas estas situaciones podrían ser clasificadas dentro de las relaciones que catalogamos como de tipo descendente, y reiteran lo expuesto al inicio de este acápite, en cuanto a la conservación intacta de la Ley de acoso, respecto del poder de subordinación patronal que emanada de la relación laboral, siempre y cuando esta sea ejercida de forma razonable y proporcionada.

5.12. MEDIDAS PREVENTIVAS Y CORRECTIVAS DEL ACOSO LABORAL

El artículo 9 de la Ley, dispuso la obligación de incluir en los reglamentos internos de trabajo mecanismos de prevención del acoso laboral, que pudieran materializarse a través de un procedimiento interno confidencial, conciliatorio y efectivo que permita superar las conductas que sean potencialmente constitutivas de acoso laboral.

Así mismo, la ley 1010 otorga competencia para conocer de situaciones constitutivas de acoso laboral a los Inspectores de Trabajo, Inspectores Municipales de Policía, y Personeros Municipales o de la Defensoría del Pueblo. En el mencionado artículo 9 fue establecida una competencia a prevención, esto es, que la primera autoridad que conozca de los hechos tendrá competencia excluyente para cominar al empleador para que ponga en marcha los mecanismos establecidos en su reglamento interno. En estos casos la víctima de acoso puede solicitar traslado a otra dependencia si existe una opción clara en ese sentido, de manera que de ser posible puede ser sugerida por la autoridad que conozca de los hechos. Las autoridades antes mencionadas carecen de facultades para determinar si una conducta específica que ha sido puesta bajo su conocimiento, es constitutiva o no de acoso laboral, así como tampoco se encuentran facultados para imponer sanciones. De la misma manera se estableció la posibilidad de que las partes involucradas acudan ante una institución de conciliación autorizada legalmente, para buscar una solución al caso.

5.13. ACTIVIDADES PEDAGOGICAS

Ap

Leer el artículo de MARY J. CART contra la ALLISON GAS TURBINE DIVISION DE LA GENERAL MOTORS CORPORATION.

5.14. AUTOEVALUACION

Ae

Sacara sus propias conclusiones

5.15. BIBLIOGRAFIA

B

ACTUALIDAD LABORAL. Revista. "Mobbing: acoso moral en el Derecho Laboral", Fabián Hernández Henríquez e Iván Daniel Jaramillo Jassir, enero de 2004.

ACTUALIDAD LABORAL. Revista. "Ley de acoso laboral: historia y perspectivas", Iván Daniel Jaramillo Jassir, mayo de 2006.

AUSFELDER Trude. "Mobbing El Acoso Moral en el Trabajo". Editorial Océano, Barcelona, 2002.

NUSSBAUM, MARTHA, "Justicia Poética" Editorial Andrés Bello, 1997

Unidad 6 | EL SALARIO INTEGRAL

Qg

La flexibilización en materias de pagos remunerativos a los trabajadores llevó al legislador a establecer la figura de pago denominada SALARIO INTEGRAL. La manera como está conformada, sus variables y lo que implica no puede constituirse en una facultada abusiva para las empresas. El juez conociendo el tema y la práctica de su implementación, atenderá mejor su función y orientará con sus decisiones a unos y otros.

Qe

1. *Los esquemas remunerativos deben ser entendidos de manera diferente. La flexibilización salarial implica un cambio de actitud en el entendimiento de las normas relativas a salario y a los conceptos no salariales.*
2. *Los mercados integracionistas, la migración laboral, las necesidades empresariales focalizadas en la producción y rentabilidad, no pueden desconocer la constitución, los tratados y la normatividad en general y en especial lo que significa “remuneración mínima vital y móvil proporcionalidad a la cantidad y calidad de trabajo”.*

Con la expedición de la Ley 50 de 1.990, en virtud del principio de libertad de forma y estipulación en materia salarial, que en todo caso haya sus límites en la autonomía contractual restringida que impera en materia laboral por la naturaleza pública de sus normas e irrenunciabilidad de derechos mínimos allí consagrados, fue creada esta nueva modalidad jurídica para la determinación del salario acordado por las partes, denominada salario integral.

El salario integral constituye una modalidad de salario en dinero, que comprende la inclusión global de dos conceptos, el primero, la retribución del trabajo ordinario y segundo, la compensación total y anticipada de las prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o dominical y festivo, subsidios, suministros en especie y, en general, las que sean incluidas en dicha estipulación, excepto las vacaciones; por lo tanto la modalidad de salario integral tiene dos factores que se encuentran claramente establecidos: a) El estrictamente salarial destinado a la retribución que se deriva directamente de la prestación del servicio, y b) Un factor prestacional que agrupa o engloba las prestaciones sociales establecidas legalmente y aquellas reconocidas de forma extralegal por el empleador. Sobre la determinación del factor prestacional para cada caso, es importante consultar la sentencia del 27 de abril de 2005 proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, radicación 21396.

“El cuestionamiento de la recurrente se circumscribe a la interpretación que le asignó el Tribunal al artículo 18 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto consideró que el 30% a que alude la norma acusada como factor prestacional, es con referencia al salario mínimo mensual legal vigente y no, como lo arguye el censor, al salario ordinario devengado por el trabajador.

Prevé el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, en el inciso segundo del ordinal segundo, “*...en ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía...*”. En este contexto, el salario mínimo integral permitido a que se refiere la norma parcialmente transcrita, nunca puede ser inferior a 13 salarios mínimos mensuales legales vigentes. La importancia de esta modalidad de salario, se refleja en los amplios debates que precedieron y motivaron al legislador a su consagración, en efecto, en los anales del Congreso se registra en lo pertinente de la exposición de motivos “*La Comisión considera que la inclusión de la institución del salario integral selectivo no debe deslaboralizar la relación de trabajo ni posibilitar la reducción*

de la remuneración. De ahí, que juzguemos oportuno exigir que el salario integral esté compuesto por el pago simultáneo del componente salarial básico más el componente prestacional, que en lugar de perderse simplemente se integraría al salario. Para cautelar lo anterior se determina que el salario integral mínimo será igual al resultado de sumar diez (10) veces el salario mínimo legal más el factor prestacional de la empresa que en ningún caso será inferior al 30% del respectivo salario” (subrayado fuera de texto).

Así las cosas, del espíritu del legislador al concebir esta modalidad de salario, tanto en su motivación como en el texto finalmente codificado, se impone precisar, en dirección a determinar su verdadero sentido, que esta modalidad salarial hace referencia a una suma única convenida libremente y por escrito constituida por dos elementos, a saber, uno que retribuye el servicio-salario ordinario-; incluye todas las sumas que la empresa paga al trabajador y que por mandato legal tengan naturaleza salarial; en tanto que la segundo componente es la proporción o porcentaje de prestaciones sociales y beneficios, legales o extralegales, que no tengan naturaleza salarial, indemnizatoria o remuneratoria del descanso (vacaciones) y hubieren sido pagadas por el empleador a todos los trabajadores en la anualidad inmediatamente anterior, proporción ésta que se entiende compensatoria de tales prestaciones y beneficios cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie, denominado -factor prestacional-.

Para resolver el interrogante que surge en el *sub judice* frente a la norma en comentario, en dirección a determinar su verdadero sentido, la Corte hace las siguientes precisiones:

1. Cuando el salario ordinario pactado sea igual a 10 salarios mínimos legales mensuales, y **no se cuente con el factor prestacional de la empresa**, se tendrá por tal el 30% de aquella cuantía, equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales, es decir, el salario integral estará compuesto por 13 salarios mínimos legales mensuales.
2. Si el salario ordinario convenido es igual a 10 salarios mínimos y el **factor prestacional de la empresa supera el 30%**, este factor será el que deberá sumarse para cuantificar el salario integral.
3. Si el salario ordinario convenido es igual a 10 salarios mínimos y el **factor prestacional de la empresa es inferior al 30%**, se tendrá como factor prestacional el equivalente al 30%, que deberá adicionarse a los 10 SMLM, para efectos de totalizar el salario integral. Es decir, en total 13 SMLM.

4. Si el salario ordinario acordado supera los 10 SMLM, y **no se demuestra el factor prestacional de la empresa**, se tendrá como tal el que acuerden las partes, siempre y cuando no sea inferior al 30% del salario ordinario convenido.

Lo anterior por cuanto es claro que el elemento teleológico de la norma, fue proteger a los trabajadores al determinar una compensación mínima legal del componente prestacional, que la tasó en 30% aplicable sobre el salario ordinario que efectivamente perciba el empleado, y no la de determinar una cuantía mínima sin consideración al monto de la remuneración ordinaria pactada, porque de entenderse así, conduciría al absurdo de que ante ausencia de prueba del factor prestacional de la empresa, siempre se tomase el 30% como referente a los 10 S.M.L.M., desconociendo el real salario ordinario – respecto del cual se entiende debe compensar tales prestaciones y beneficios-; porque cuando el precepto legal alude al “*respectivo salario*”, lo hace refiriéndose al salario ordinario del trabajador, el cual como es obvio puede variar legalmente superando los 10 S.M.L.M., y es frente al devengado como ordinario bajo los parámetros legales que debe operar ese componente prestacional”

Determinemos entonces cuáles son los requisitos formales establecidos en el artículo 18 de la Ley 50 de 1.990³⁷, que reformó el artículo 132 del C.S. del T., para que el pacto del salario integral tenga validez:

- a) El monto del salario integral no podrá ser inferior al valor de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, más el factor prestacional que corresponda a su empleador, el cual en todo caso, no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha suma.
- b) Que su pacto responda a la libertad de estipulación del salario y la autonomía de la voluntad de las partes.
- c) Que sea estipulado por escrito.
- d) El trabajador que pacte su salario bajo la modalidad de integral en ejecución de una relación laboral que ya se encuentra vigente, debe encontrarse devengando un salario ordinario superior a los diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La estipulación escrita es, entonces, una solemnidad inherente a la esencia del acto, imprescindible para su eficacia. Así lo precisó la Sala Laboral de la Corte en sentencia del 9 de mayo de 2003, radicación 19683, al advertir que si

³⁷ La Corte Constitucional analizó la exequibilidad de la norma citada, por medio de la Sentencia C-565 de 1.998.

bien el documento en el que se pacte esa forma de remuneración no requiere fórmulas sacramentales para su elaboración, “*el que deba constar por escrito si es una solemnidad, cuya inobservancia trae aparejada su inexistencia, cuyos efectos son los propios de la ineeficacia como acto jurídico necesario*”.

Sin embargo, la Corte ha señalado que ese pacto escrito no requiere formas precisas ni sacramentales en su estipulación, “*A este aspecto debe aclararse que la estipulación del salario integral no requiere de fórmulas sacramentales y las partes incluso pueden acordar un sistema mixto, (...) siempre y cuando la modalidad adoptada se ajuste a los requisitos legales mínimos, entre otros, que conste por escrito la expresión inequívoca de convenir una remuneración global, sin repercusiones prestacionales en todo o en parte...*” (Casación de 18 de septiembre de 1998, radicación 10837). En este sentido es importante consultar también las sentencias proferidas por esta misma Corporación el 9 de mayo de 2.003 con número de radicación 19863 y del 31 de agosto de 2.005 con número de radicación 25121, referentes a la validez de cruces de notas entre las partes respecto del pacto de salario integral.

La Sala Laboral de la Corte ha sido enfática al afirmar que la validez del acto jurídico que implica el pacto del salario integral, debe determinarse con relación al cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley al momento de su celebración y no con respecto a su incumplimiento posterior durante la vigencia del contrato de trabajo, situación que conlleva la aparición de consecuencias jurídicas diferentes a la ineeficacia o invalidez del convenio.

“*En efecto, en una situación como la planteada, en la que el empleador no reajusta el salario integral del trabajador, para que, como consecuencia de la variación de la remuneración mínima legal, se sujete al inciso 2º del numeral 2º del artículo 18 de la ley 50 de 1990, modificatorio del artículo 132 del código sustantivo del trabajo, es decir, que aquel no sea inferior al monto de 10 salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional, no significa que el acuerdo inicial sobre esa clase de asignación no exista o sea nulo, ya que la eficacia o no de un acto jurídico de la naturaleza del que se estudia, debe determinarse es con relación al cumplimiento de los requisitos legales al momento de su celebración, los que en este caso no se objeta se dieron, mas no respecto a circunstancias posteriores como la que es génesis del debate.*” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación 17214 del 17 de abril de 2.002).

Anotemos otras consideraciones importantes que deben tenerse en cuenta cuando se pacta la modalidad de salario integral:

- El trabajador que pacte voluntariamente y por escrito con su empleador el acogimiento de esta modalidad salarial, recibirá el pago definitivo de las prestaciones sociales que se hubieren causado hasta esa fecha, sin que ello produzca la terminación del contrato de trabajo. En el evento que fuere acreedor de prestaciones extralegales o convencionales, se realizará igualmente su pago definitivo si ello fuere posible según lo establecido.
- La estipulación debe indicar las prestaciones, beneficios y recargos que se van a compensar anticipadamente con el pago de este salario “global”, se encuentren determinadas dentro del pacto escrito, sobre todo en aquellos casos donde existen prestaciones o beneficios extralegales reconocidos por el empleador a sus trabajadores.
- Empleador y trabajador podrán, de común acuerdo, excluir alguna prestación legal o extralegal determinada, de la composición del factor prestacional incluido dentro del salario integral, siempre y cuando no sea desconocido el derecho del trabajador a percibirla en la forma establecida por la Ley, convención, pacto, contrato, fallo arbitral, reglamento o documento emanado de las partes.
- En un sentido inverso al anterior, el pacto de salario integral incluye la posibilidad que al trabajador se le reconozcan pagos laborales adicionales por otros conceptos, los cuales pueden tener o no, carácter salarial, tales como viáticos, primas de antigüedad, salario en especie, etc.

Con la estipulación del pacto de salario integral no se entiende incluida una compensación anticipada de vacaciones, y será inválido el acuerdo que así lo indique. La norma excluyó expresamente, la inclusión de las vacaciones dentro de este pago “global” del salario y por lo tanto, su disfrute, pago o compensación quedará sujeta a las disposiciones que en esa materia le son aplicables al salario ordinario.

Tampoco queda incluido dentro del salario integral el pago de una eventual indemnización por despido injusto que llegare a causarse a la terminación del contrato de trabajo, por lo tanto, en caso de producirse la terminación unilateral del contrato sin justa causa por parte del empleador, este se encuentra obligado a efectuar el pago de la indemnización de acuerdo con las disposiciones que sean aplicables teniendo en cuenta la antigüedad o el monto del salario del trabajador.

Tanto la liquidación de las vacaciones como de la indemnización por despido injusto debe ser realizada con base en el cien por ciento (100%) del salario integral devengado por el trabajador.

Las partes podrán pactar válidamente un salario integral mixto (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación 10837 del 18 de septiembre de 1.998), pero en caso que las comisiones reconocidas por el empleador no hayan sido expresamente incluidas dentro del salario integral acordado, las sumas de dinero que ellas representen deberán ser incorporadas a la base salarial con el fin de establecer los promedios respectivos que permitan determinar el valor de las vacaciones o la indemnización por despido injusto si fuere el caso (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación 19475 del 19 de febrero de 2.003). Estos pagos que tengan carácter salarial, y que no hayan sido englobados dentro del pago del salario integral, serán igualmente incorporados a la base salarial para efectuar el pago de aportes a los subsistemas de seguridad social y parafiscales, aportes que, conforme a lo establecido en el citado artículo 18 de la Ley 50 de 1.990 en concordancia con el artículo 49 de la Ley 789 de 2.002, serán efectuados sobre la base del 70% del salario integral devengado por el trabajador³⁸.

Por último, es importante recordar que el pacto de salario integral, no implica de forma alguna el desconocimiento de acciones y derechos laborales ciertos e indiscutibles de otra índole, tales como la acción de reintegro o el fuero sindical, ya que se trata de derechos que trascienden la órbita de este pacto de índole remunerativo.

6.2. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

1. *Cómo está integrada la cuantía total de Salario Integral discriminando los conceptos que la integran.*
2. *El Factor Prestacional de donde surge y cómo sería el fundamento probatorio de su existencia?*
3. *En el salario integral variable, cómo se maneja o imputa el pago variable respecto de la cuantía básica y el factor prestacional y establecido?*

³⁸ Sobre el particular puede consultarse la sentencia C-988 de 1.999 proferida por la Corte Constitucional.

Ap

4. Si no se conoce el factor prestacional de la empresa cómo se puede determinar?

6.3. AUTOEVALUACIÓN

Ae

1. Jaime Arias tiene pactado un Salario Integral de \$12.990.700 mes, más un factor variable según una tabla de producción acordada.

El SI está compuesto por una cuantía básica de \$11.500.000= más un factor prestacional del 30%. Aplicado según el entendimiento a la ley sobre la cuantía básica mínima.

Se pregunta:

- a) Está bien determinado el factor prestacional?
- b) Cómo se establece el factor prestacional?
- c) Cuando se pague la variabilidad cómo se debe distribuir entre la cuantía total del SI?
- d) Es válido en una empresa tener más de un factor prestacional?
- e) Qué conlleva cuando el factor prestacional está mal establecido? Diga esas consecuencias.
- f) Si el contrato de trabajo ha terminado y se demuestra en el proceso que el factor prestacional fue mal establecido, puede conllevar la condena de sanción moratoria?

6.4. BIBLIOGRAFIA

B

Sentencias altas Cortes y conceptos Ministerio de la Protección Social

Además de lo citado en el cuerpo del documento, se debe tener en cuenta lo siguiente:

SALARIO INTEGRAL

Corte Constitucional

- *C-1095 del 17 de enero de 1995 MP. Jorge Arango Mejía*
- *C-565 del 7 de octubre de 1998 MP. José Gregorio Hernández Galindo*
- *C-988 del 9 de diciembre de 1.999 MP. Alvaro Tafur Galvis*
- *Rad. 10.837 del 18 de septiembre de 1998 MP. Francisco Escobar Henríquez*
- *Rad. 21.396 del 25 de abril de 2005 MP. Isaura Vargas Díaz, Camilo Tarquino Gallego*

Corte Suprema de Justicia

- *Rad. 10.799 de agosto 10 de 1998 MP. Francisco Escobar Henríquez*
- *Rad. 10.837 de septiembre 18 de 1998 MP. Francisco Escobar Henríquez*
- *Rad. 17.214 de abril 17 de 2002 MP. Fernando Vásquez Botero*
- *Rad. 19.475 de febrero 19 de 2003 MP. Carlos Isaac Ander*

Doctrina de autor

RODRÍGUEZ ORTEGA, Julio Armando, "El Salario". Editorial Leyer. Bogotá, 2002.

ANEXO 1 |

Mary Carr fue la primera mujer que trabajó en el taller de hojalatería de la división de turbinas de gas de General Motors, en su planta de Indiana. Durante cinco años enfrentó el acoso sexual de sus compañeros de trabajo masculinos. Durante cuatro de esos cinco años se quejó en vano ante el supervisor. En 1989, decidió que la situación se había vuelto insopportable y renunció. Entabló una querella contra General Motors, aceptando el argumento de que el presunto acoso se limitaba a insinuaciones sexuales comunes en el ámbito laboral y que General Motors no podía impedirlas. En la apelación, el tribunal falló a favor de Mary Carr.

El caso es relativamente inusitado, en el sentido de que el tribunal impugnó los datos aportados por el juez de distrito. En el principio del dictamen. Posner señala que los abogados de Carr, temiendo que la pauta del error positivo hiciera improbable ese resultado, intentaron persuadir al tribunal de que había existido un error legal en el dictamen del tribunal de distrito. Posner no halló ningún error legal, pero si halló errores en los datos. La pauta del error positivo “nos exige a los jueces de apelación que distingamos por una parte, entre la situación en que creemos que, debe haber sido los que examinábamos los datos, habríamos decidido la causa de otra manera y, por la situación en que estamos firmemente convencidos de que habríamos obrado así”. De este modo, Posner anuncia desde el principio (refiriéndose a una pauta habitual) que su dictamen se basa en esta clase de convicción firme. Su explicación de los hechos ahora debe respaldar ese juicio.

En este caso, cuando hablamos de “hechos”, debemos tener presente que se trata de meros “hechos” en el sentido de que son distintos de los valores y la evacuación. No hay disenso en cuanto a los episodios que sucedieron en el taller de hojalatería. Hay disenso en cuanto a su sentido humano: en qué medida eran intimidatorios, cuán adversos eran para el clima en que trabaja Carr. Los hechos relevantes, pues, son hechos humanos de la clase que el juez literario está bien dotado para indagar. Posner enfrentaba dos preguntas: “si la demanda fue, a causa de su sexo, sometida a una conducta hostil, intimidatoria o degradante,

verbal o no verbal, al extremo de afectar adversamente las condiciones en que trabajaba”, y “si, en tal caso, la reacción o falta de reacción del demandado de cara a la conducta de sus empleados fue negligente” (1009). (Una tercera pregunta, planteada por el juez de distrito, “si era un acoso indeseado”, es desechada por Posner como inexistente: “Un acoso sexual deseado es un oxímoro” [1008]). Entendemos que la resolución de estas interrogantes acerca de los “hechos” requiere de una buena dosis de “fantasía”. Nótese que la relevancia de estas preguntas está dictada por el Título VII y no por la imaginación febril de Posner.

* Si no hubiera existido una ley que lo autorizara a indagar datos humanos de esta índole, no habría tenido fundamento para nada de lo que sigue. Por otra parte, el Título VII, tal como está redactado, necesita claramente del suplemento del juez, que debe verificar los datos humanos de este tipo.

Tras exponer su opinión sobre la cuestión técnica de la convicción firme, y habiendo planteado las preguntas que se deben hacer en cuanto a los hechos, Posner cuenta la historia de Mary Carr.

Mary Carr operaba un taladro en la división de turbinas de gas GM cuando, en agosto de 1984, ingresó como operaria calificada de la división como aprendiz de hojalatera. Era la primera mujer que trabajaba en ese taller, y a sus compañeros no les agradaba trabajar con una mujer. Todos los días hacían comentarios despectivos de índole sexual (tales como “no voy a trabajar con una zorra”), y continuamente la denominaban en su presencia con términos tales como “puta”, “zorra”, “trasero partido”; le pintaron zorra en su caja de herramientas de rosa y (sin conocimiento de ella) rasgarle el fondillo de sus delantales de trabajo. Le adornaban la caja de herramientas y la zona de trabajo con letreros, imágenes y rayados de carácter sexual ofensivo, loe ocultaban y robaban sus herramientas, colgaban fotos de mujeres desnudas en el taller y se quedaban en paños menores delante de ella cuando se cambiaban de ropa. Uno de ellos le puso una tarjeta obscena del Día de San Valentín, dirigida a “Zorra”, en la caja de herramientas. La tarjeta muestra a un hombre que lleva a una mujer desnuda cabeza abajo y el texto explica que el hombre al fin ha descubierto por qué una mujer tiene dos orificios: para poder llevarla como una caja de cerveza.

Un operario llamado Beckham exhibió el pene dos veces. La primera vez durante una discusión donde Carr le dijo que puerta de salida “se mecía hacia ambos lados”, sugiriéndole que él podía marcharse tanto como ella, el hombre replicó que tenía algo que “se mecía”, y le hizo una demostración. La segunda vez, otro operario apostó a Beckham 5 dólares a que no se sacaría el pene. Perdió

la apuesta, aunque no está claro si Carr estaba frente a Beckham o detrás de él. Y fue Beckham quien dijo a Carr en otra ocasión, que si él se caía desde una altura peligrosa en el taller ella tendría que hacerle respiración “boca a verga” para resucitarlo. Los compañeros de Carr orinaban desde el techo del taller en su presencia, y ella oyó que uno acusaba a un empleado negro que era menos hostil a Carr de estar detrás “de ese coño blando, por eso quieres a una mujer aquí, porque quieres un podo de eso”. Eso ocasionó varios comentarios racistas y bromas de naturaleza racial contra ese hombre, único empleado negro entre los hojalateros. Un comentario que se oía con frecuencia en el taller era “Nunca me retiraré del puesto de hojalatero porque le allanaría el camino a un negro o a una mujer”. Otro compañero de Carr le arrojó un cigarrillo encendido (1009-1010).

Carr se quejó ante su supervisor, Jim Routh,

En vano. El atestiguó que, aunque algunas de esas declaraciones ofensivas se hicieron en su presencia, como no era una mujer no sabía si una mujer consideraría ofensivas las declaraciones. Estaba tan perplejo que al oír las declaraciones reía entre dientes y mordía la pipa con más fuerza (1010).

Esta descripción es muy directa en cierto sentido, pero manifiesta considerables selectividad y destreza literarias. Posner se sitúa cerca de la escena, cuenta los hechos con más detalles de los estrictamente necesarios. Pero adopta la posición de un observador juicioso cuya actitud hacia la conducta de los operarios varones es muy crítica. El uso sardónico de expresiones como “adornaban” y “el texto explica”, su insistencia en el carácter ofensivo y amenazador de la conducta de los operarios hacia Carr, y sobre todo su vívido y satírico retrato de Routh (“estaba tan perplejo”), nos revela que él ve más allá de la argumentación (utilizada por General Motors) de que se trataba simplemente de bromas o travesuras en las que participaban operarios de ambos sexos. Se sitúa como alguien que (a diferencia de Routh) puede imaginar el probable impacto de dicha conducta en una mujer.

Posner encara luego los efectos de esta situación, abordando el argumento del juez de distrito según el cual la conducta de los operarios no constituía acoso, pues el lenguaje ofensivo es común el ámbito laboral y los empleadores no tienen la obligación de purificar este lenguaje sólo porque algunas personas le encuentran ofensivo. Debemos insistir, argumenta Posner, en la diferencia entre lo “meramente vulgar y medianamente ofensivo” y lo “profundamente ofensivo y el acoso sexual”. Intenta exponer esta distinción teniendo en cuenta la situación de Carr:

Por lo pronto, las palabras y actos que ella denuncia estaban a diferencia de lo que puede haber sucedido en [otra causa], dirigidos contra ella, y es mucho más incómodo der blanco de palabras y conductas ofensivas que ser un mero observador. Patricia J. Williams, *The Alchemy of Race and Rights*, Diary of a Law Professor, 129 (1991). Por lo pronto manchar la propiedad de una persona (aunque sólo le pertenezca para usarla en el trabajo) y mutilar sus ropas (aunque sólo le pertenezcan para estar en el trabajo), son afrentas más ominosas y agresivas que las meras palabras (1010).

Aquí vemos el uso de la empatía en relación con la evaluación juiciosa. Resulta interesante que Posner, conocido por no utilizar tantas citas y notas al pie como la mayoría de los jueces, y que es personalmente responsable de las citas en sus dictámenes, cite la obra de la académica Patricia Williams sobre problemas raciales como fuente de sus conclusiones en este párrafo. Parece sugerir que su evaluación global del contencioso requiere de la comparación con narraciones de otras personas en posiciones similares de desigualdad social. (La relación entre el acoso sexual y racial ya queda establecida cuando se describe el modo en que los operarios trataban al compañero negro que se negaba a participar del todo en la campaña contra Carr.) Tal vez no fuera fácil para un juez en la posición de Posner decidir, a partir de su propio juicio y experiencia, si la intimidación denunciada por Carr se basaba razonablemente en datos objetivos. Parte de su solución fue tener en cuenta otras historias de acoso. Encarada como un recurso literario deliberado, la referencia a Williams muestra la determinación de aproximarse a la experiencia de las personas que se hallar en posiciones de desigualdad como si fuera un factor relevante para la resolución correcta de la cuestión legal.

Ahora Posner aborda el argumento del juez de distrito según el cual esta conducta, aunque fuera acoso, no era rechazada por Carr, quien también usaba palabras de carácter obsceno, quien una vez apoyó la mano en el muslo de un compañero de trabajo y quien “cuando le mostraron una foto pornográfica y le pidieron que señalara el clítoris, accedió”. En síntesis, ella provocaba esa mala conducta, porque no se comportaba “como una dama”, por usar los términos del juez de distrito. Posner comenta:

Aunque no nos preguntemos por qué el no portarse “como una dama” debería suscitar una reacción hostil y acosadora en vez de una respuesta vulgar, y aunque desechemos (a pesar de su plausibilidad) el testimonio de Carr según el cual ella hablaba y actuaba así en un esfuerzo por ser “como los muchachos”, sus palabras y su conducta no pueden compararse con las de los hombres ni usarse para justificar la conducta de sus compañeros ni exonerar al empleador (...) Se

debe tener en cuenta la asimetría de las posiciones ella era una mujer; había muchos hombres. Su uso de palabras obscenas no podía ser profundamente amenazador, ni el acto de apoyar la mano en el muslo de un compañero de trabajo podía ser intimidatorio, y no fue ella quien llevó la foto pornográfica a la “lección de anatomía”. Nos cuesta imaginar una situación donde obreros de fábrica acosen sexualmente a una mujer solitaria en defensa propia, por así decirlo, pero así es como General Motors caracteriza lo que sucedió (1011).

Este sereno párrafo está totalmente desprovisto de sensiblería. Posner no se refriega las manos ni estalla emocionalmente como si estuviera liado personalmente a la situación. En todo sentido es el espectador juicioso. Pero parece cumplir con el concepto de Smith de ese papel cuasiliterario. Su verificación, en efecto acude a la “fantasía”: tratemos de imaginar la situación como la describen los otros operarios, donde Carr es tan amenazadora para ellos como ellos para él, y nos resultara imposible. (Nótese que imaginar esta destacado.) Pero imaginemos la asimetría de la situación tal como era, imaginemos el aislamiento de Carr, la falta de apoyo del supervisor, y llegaremos a la conclusión de que ella era víctima de una campaña de acoso de gran duración e intensidad. (Comentando la dificultosa situación personal de Carr en el siguiente párrafo –el hijo adoptivo de esta mujer fue ejecutado por homicidio-, Posner aprovecha la oportunidad para mencionar que “uno de los encantadores comentarios que le había hecho Beckham, el compañero de trabajo que se había desnudado ante ella, era que con gusto pagaría la cuenta de la electricidad consumida en la ejecución”.)

¿General Motors actuó de manera indebida? Posner argumenta que demostró negligencia, a pesar de que la compañía afirmó haber sido víctima de una “conspiración de silencio entre los hojalateros”, una frase que no deja dudas al lector sobre la reacción crítica de Posner. Su conclusión: “La imagen de una poderosa empresa como General Motors inerme ante hojalateros mal hablados nos resulta totalmente inverosímil”. Una vez más, el recurso a la imaginación suscita la respuesta irónica del espectador juicioso. Posner comenta después, en relación con la situación de Carr, que la discriminación a que fue sometida era tan grave como para incucir a una persona razonable a renunciar”, una pauta que incorpora las reacciones del espectador juicioso a la resolución del caso.

Ahora llegamos a la conclusión de Posner:

Resulta difícil para un empleador desentrañar acusaciones y contraacusaciones de acoso sexual entre empleados en conflicto, pero aquí tenemos una situación

ANEXO 1

donde durante años una de las mayores empresas del país fue incapaz de reaccionar efectivamente contra una notoria campaña de acoso sexual dirigida contra una mujer. Ninguna persona razonable podría imaginar que General Motors era impotente de veras, que hizo todo lo que razonablemente podía hacer. Es evidente que la empresa (o por lo menos la división de turbinas de gas de la empresa) no estaba preparada para enfrentar problemas de acoso sexual ni siquiera cuando se los refregaran en la cara, y también que era incapaz de ofrecer una solución. Las medidas de investigación fueron desganadas; las medidas disciplinarias, inexistentes; las medidas correctivas, superficiales. La Armada de los Estados Unidos ha logrado integrar muchas mujeres a la tripulación de buques de guerra. General Motors tendría que haber logrado integrar a una mujer a un taller de hojalatería. Se revierte la sentencia con instrucciones de fallar a favor de la demandante (pues ningún otro resultado sería coherente con el expediente) y proceder a una determinación de la compensación a la cual tiene derecho (1012-1013).

Impreso en los talleres de
Grafi-Impacto Ltda.
Diciembre de 2007