



GUÍA LABORAL 2023

PDF



GERENCIE.COM

*La mejor información laboral a
su disposición.*



TABLA DE CONTENIDO.

TABLA DE CONTENIDO.....	2
INDICADORES LABORALES 2023.....	24
CONTRATO DE TRABAJO.	25
Elementos del contrato de trabajo.....	26
La subordinación laboral se presume.....	28
Concepto o definición de subordinación	28
Las reglas que deben regir la subordinación laboral.....	29
Efectos de la subordinación laboral.....	30
Contrato de trabajo realidad.....	32
La mimetización o camuflaje de las relaciones laborales.....	32
La presunción del contrato de trabajo por la ley.....	33
La realidad se impone a las formas contractuales.....	33
Requisitos para declarar el contrato de trabajo realidad.....	35
Carga de la prueba en la declaración del contrato de trabajo realidad.....	35
Lo que debe probar quien alega el contrato realidad.....	36
Consecuencias de la declaración del contrato de trabajo realidad.....	37
Salario en el contrato de trabajo realidad.....	38
Concurrencia de contratos de trabajo.....	39
Modalidades del contrato de trabajo.....	41
Cláusulas ineficaces en un contrato de trabajo.....	42
Derechos y garantías mínimas del trabajador.....	42
Ineficacia de las cláusulas que vulneran la ley laboral.....	43
Las cláusulas ineficaces lo son, aunque el trabajador las acepte.....	44
Efecto de las cláusulas ineficaces.....	44
Cláusula de permanencia en el contrato de trabajo cuando la empresa financia estudios del trabajador.....	45
Acuerdo de exclusividad en el contrato de trabajo.....	46
Forma de pactar el acuerdo de exclusividad.....	47
Consecuencias de incumplir el acuerdo de exclusividad.....	48
Cláusula de exclusividad opera únicamente en la vigencia del contrato de trabajo....	48
Relación laboral entre iglesias o comunidades religiosas y sus colaboradores.....	50



Inexistencia de contrato de trabajo entre iglesias y colaboradores	50
Requisitos para que no exista una relación laboral entre iglesias y colaboradores	51
Seguridad social en colaboradores de iglesias y comunidades religiosas.....	52
Duración del contrato de trabajo.....	55
Contrato de trabajo a término indefinido.....	55
Contrato de trabajo a término fijo.	56
Contrato por duración de obra o labor.....	61
Contrato de trabajo accidental o transitorio.	71
Contrato de aprendizaje.....	74
Contrato de trabajo con los conductores de servicio público.	80
Contrato de trabajo a domicilio.	84
Contrato de trabajo en trabajadores del servicio doméstico.	85
Periodo de prueba en las empleadas del servicio doméstico.....	86
Salario en el servicio doméstico.....	87
¿Cómo manejar la alimentación en las empleadas del servicio doméstico?	87
Auxilio de transporte en el servicio doméstico.....	90
Prestaciones sociales en el servicio doméstico.....	90
Prima de servicios en trabajadores del servicio doméstico.....	91
¿Desde cuándo se paga la prima de servicios en el servicio doméstico?.....	92
Aportes parafiscales en el servicio doméstico.	93
Trabajadores del servicio doméstico se deben afiliar a cajas de compensación familiar.	
.....	93
Jornada de trabajo en el servicio doméstico.	94
¿Cuáles son los días de descanso para una empleada doméstica?.....	96
Empleadas del servicio doméstico tienen derecho a descansar domingos y festivos. .	97
Riesgos de contratar una empleada del servicio doméstico afiliada al Sisben.	98
Liquidación de una empleada de servicio doméstico que labora por días.....	99
Contrato de trabajo con profesores o docentes privados.....	102
Duración del contrato de trabajo en los docentes del sector privado.	102
Lo que se entiende por año escolar para efectos del contrato de trabajo con profesores o docentes.....	103
Vacaciones y cesantías en los profesores del sector privado.....	105
Vacaciones y cesantías cuando el año escolar es de un semestre académico.	106



Renovación del contrato de trabajo a docentes del sector privado.....	106
Forma en que se debe celebrar el contrato de trabajo con docentes del sector privado.	
.....	108
¿Se puede contratar a un profesor por hora catedra mediante un contrato de servicios?.....	109
Contrato de trabajo por medio tiempo.....	110
Lo que cambia en un contrato de trabajo a medio tiempo.....	110
Jornada laboral en el contrato de trabajo de medio tiempo.....	111
Horas extras en trabajos de medio tiempo.....	111
Salario mínimo en los contratos de trabajo de medio tiempo.	112
Prestaciones sociales en trabajos de medio tiempo.	113
Seguridad social en trabajos de medio tiempo.	113
Auxilio de transporte en contratos de medio tiempo.	114
Aportes parafiscales en contratos de trabajo de medio tiempo.....	115
Dotación en los trabajadores de medio tiempo.	116
Vacaciones en contratos de medio tiempo.....	117
Contrato de trabajo con pensionados.....	118
¿Cómo debe ser el contrato de trabajo con pensionados?	119
Prestaciones sociales en el contrato de trabajadores pensionados.....	119
Seguridad social en el contrato de trabajo con pensionados.	119
Aportes a salud en el contrato de trabajo con pensionados.....	120
Aportes a pensión en el contrato de trabajo con pensionados.	120
Riesgos laborales cuando se contratan pensionados.	121
Terminación del contrato de trabajo con pensionados.....	122
Suspensión del contrato de trabajo.	122
Causas por las que se suspende el contrato de trabajo.	123
Plazo para que el trabajador se reintegre luego de la suspensión del contrato de trabajo.	130
Efectos de la suspensión del contrato de trabajo.....	131
Suspensión del contrato de trabajo por culpa del empleador no es conciliable.	138
Solución de continuidad en el contrato de trabajo	140
Solución de continuidad.	140
Sin solución de continuidad.	141



Tiempo de interrupción para configurar la solución de continuidad.....	142
Solución de continuidad en contratos de trabajo sucesivos.....	144
Consecuencias de solución de no continuidad.....	146
OBLIGACIONES QUE GENERA EL CONTRATO DE TRABAJO.....	148
Obligaciones del empleador.....	148
Licencias por grave calamidad doméstica.....	151
Licencia remunerada por luto.....	156
Licencia remunerada para el cuidado de la niñez.....	160
Certificación laboral.....	162
Pago de viáticos para que el trabajador regrese a su domicilio.....	167
Programas de recreación en empresas con más de 50 trabajadores.....	168
Permisos a los trabajadores para citas médicas.....	169
Prohibiciones a los empleadores.....	174
¿Está prohibido exigir prueba de embarazo como requisito para contratar a una empleada?	176
Prácticas abusivas o inapropiadas en que incurren algunos empleadores.....	180
¿Es legal requisar al trabajador?.....	182
Obligaciones del trabajador para con el empleador.....	185
Prohibiciones a los trabajadores.....	187
ACOSO LABORAL.....	190
Qué es el acoso laboral.....	190
Clases de acoso laboral.....	191
Conductas que constituyen acoso laboral.....	193
Conductas que no constituyen acoso laboral.....	195
Prevención y corrección del acoso laboral.....	196
Sanciones por acoso laboral.....	197
Procedimiento sancionatorio por acoso laboral.....	198
Sanciones por temeridad y falsa denuncia.....	199
Garantías para quien denuncie acoso laboral.....	200
Caducidad de las acciones por acoso laboral.....	201
Terminación del contrato de trabajo en el contexto de acoso laboral.....	201
Fuero de acoso laboral.....	202
Fuero por acoso laboral no es absoluto.....	202



Casos en que no procede el fuero de acoso laboral.	204
Autorización del ministerio del trabajo para despedir al trabajador con fuero por acoso laboral.	205
Notificación al empleador de la denuncia por acoso laboral.....	205
Acoso laboral en el contrato de prestación de servicios.	206
Terminación del contrato de trabajo en el acoso laboral.	207
Fuero de acoso laboral.....	207
Fuero por acoso laboral no es absoluto.....	207
Lo que dice la Corte suprema de justicia.	208
Casos en que no procede el fuero de acoso laboral.	209
Autorización del ministerio del trabajo para despedir al trabajador con fuero por acoso laboral.	210
Notificación al empleador de la denuncia por acoso laboral.....	210
PERIODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE TRABAJO.....	212
¿Qué es el periodo de prueba?	212
Estipulación del periodo de prueba.....	212
Duración del periodo de prueba.	213
Despido del trabajador en periodo de prueba.	214
Derechos del trabajador en el periodo de prueba.	217
Seguridad social en el periodo de prueba.	217
Prestaciones sociales en el periodo de prueba.	217
Aportes parafiscales en el periodo de prueba.	218
Salario en el periodo de prueba.	218
Prórroga del periodo de prueba.	219
Periodo de prueba en contratos sucesivos.....	219
Periodo de prueba cuando se asciende el trabajador.....	220
TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.	221
Terminación del contrato de trabajo por causa legal.	221
Terminación del contrato por muerte del trabajador.	222
Terminación del contrato de trabajo por mutuo consentimiento.	222
Terminación del contrato de trabajo por expiración del plazo fijado.	223
Terminación del contrato de trabajo por la terminación de la obra contratada.....	223
Terminación del contrato por liquidación o clausura definitiva de la empresa o	



establecimiento.....	224
Terminación del contrato cuando el trabajador no regresa al trabajo luego de una suspensión del contrato.	225
Terminación del contrato de trabajo por reconocimiento de la pensión.	225
Justas causas por las que se puede despedir al trabajador.	235
Despido del trabajador por pérdida de la confianza.....	246
Justas causa para el trabajador renuncie.....	248
Despedir trabajador por insultos y agresiones a compañeros.....	252
Insultos y agresiones como causal de despido del trabajador.	252
Regular internamente las agresiones y conflictos entre compañeros de trabajo.	252
¿Me pueden despedir por discutir con un compañero de trabajo?	254
Despido por pelear fuera del trabajo.....	254
Despido indirecto.....	254
Cuando ocurre el despido indirecto.....	255
Requisitos para que ocurra el despido indirecto.	255
Efectos del despido indirecto.....	261
Declaración judicial del despido indirecto y pago de la indemnización.	262
Casos especiales en la terminación del contrato de trabajo.....	263
Terminación del contrato de trabajo por cierre o liquidación de la empresa.....	263
Terminación del contrato de trabajo por venta de la empresa.	266
Despido del trabajador por abandono del cargo.	269
Abandono del trabajo como causal de despido.....	270
Abandono del cargo como violación grave de las obligaciones del trabajador.....	270
Procedimiento para despedir al trabajador por abandono del trabajo.	272
Cuánto tiempo de ausencia se requiere para configurar el abandono del cargo.	273
Justificación del abandono del cargo.	274
Preaviso en la terminación del contrato de trabajo.....	275
Preaviso en el contrato de trabajo a término fijo.....	276
Forma en que se debe hacer el preaviso.....	276
Preaviso por parte del empleador.	278
Preaviso por parte del trabajador.....	281
Preaviso en el contrato a término indefinido.....	281
Efectos o consecuencia de terminar el contrato sin preaviso.	282



Casos particulares que se pueden presentar con el preaviso.	283
Sustitución de empleadores.....	287
Efectos jurídicos de la sustitución de empleador.	288
Requisitos para que opere la sustitución de empleador.	289
La sustitución de empleadores no implica liquidar el contrato de trabajo ni algunos de sus conceptos.	291
¿En la sustitución patronal se debe o puede realizar nuevamente una selección de personal con quienes han estado trabajando?.....	293
Consecuencias de terminar un contrato de trabajo en la sustitución de empleador..	294
Cómo despedir un trabajador cuando hay sustitución de patronos.....	296
Trasladar empleados entre empresa del mismo dueño no implica sustitución patronal.	297
No puede haber periodo de prueba en la sustitución patronal.....	298
Cesantías en la sustitución patronal.	298
Terminación del contrato de trabajo sin justa causa.....	299
Requisitos para despedir al trabajador sin justa causa.	301
Casos en que el despido injusto es imposible.	302
Indemnizaciones por terminación de contrato sin justa causa.....	303
El trabajador debe probar que fue despedido.....	312
Las consecuencias del despido injusto son diferentes a las consecuencias del despido ilegal.....	314
Indemnización moratoria en el pago de salarios y prestaciones sociales.....	315
Estabilidad laboral reforzada.....	322
Derechos que protege la estabilidad laboral reforzada.....	323
¿Cuándo procede la estabilidad laboral reforzada?.....	323
Trabajadores beneficiados con la estabilidad laboral reforzada.	323
Casos especiales en el despido de trabajadores.....	345
Terminación del contrato de trabajo durante la licencia de maternidad.	345
Despido del trabajador por enfermedad.	350
Despido de trabajador discapacitado.	354
Despido de trabajador incapacitado.....	372
Procedimiento correcto para despedir a un trabajador por justa causa.....	384
El debido proceso en el despido del trabajador.....	385



La necesidad de establecer un procedimiento sancionatorio.	386
El proceso a seguir para despedir al trabajador.	387
Las consecuencias de no garantizar el derecho a la defensa del trabajador despedido.	388
No hay debido proceso para no renovar el contrato de trabajo.	389
REINTEGRO DEL TRABAJADOR.....	392
Clases o tipos de despido y la obligación de reintegro.	392
Reintegro en el despido justo y legal.	393
Reintegro en el despido injusto y legal....	393
Reintegro en el despido justo e ilegal.	394
Reintegro en el despido injusto e ilegal.....	395
Consecuencias del reintegro del trabajador.....	395
¿Quién ordena el reintegro del trabajador?	396
Conclusión.....	396
LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.	398
¿Si el trabajador se niega a recibir su liquidación qué debe hacer empleador?	399
¿Cuánto tiempo tiene el empleador para consignar en el banco agrario las sumas adeudadas al trabajador?	400
Al terminar el contrato de trabajo se le debe informar al trabajador el estado del pago de los aportes a seguridad social.	401
Qué hacer con el salario y las prestaciones sociales de un empleado fallecido.	403
Sanción por no pagar oportunamente la liquidación al terminar el contrato de trabajo.	405
TELETRABAJO – ASPECTOS LEGALES	412
Concepto de teletrabajo.....	412
Contrato o vinculación en el teletrabajo.....	413
Jornada laboral en el teletrabajo.....	414
Trabajo extra, nocturno dominical y festivo en el teletrabajo.	414
Auxilio de transporte en el teletrabajo.....	415
Seguridad social en el teletrabajo.	415
Garantías laborales en el teletrabajo.	416
El teletrabajo en el reglamento interno de trabajo.....	417
TRABAJO EN CASA.....	418



Qué es el trabajo en casa	418
Criterios que se deben aplicar en el trabajo en casa.....	418
Jornada laboral y horas extras en el trabajo en casa	420
Elementos y herramientas para el trabajo en casa.....	420
Auxilio de transporte en el trabajo en casa.....	421
Auxilio de conectividad en el trabajo en casa.	422
Derechos laborales en el trabajo en casa.....	422
JORNADA LABORAL.....	424
Reducción de la jornada laboral.....	424
Jornada laboral ordinaria.....	428
Jornada laboral máxima.	429
Excepciones a la jornada laboral máxima.	431
Excepción de la jornada laboral máxima por acuerdo entre trabajador y empleador.	434
Jornada laboral de 36 horas por turnos sucesivos.	437
Jornada laboral en celadores y vigilantes.....	438
Horas extras en vigilantes, celadores y escoltas.	439
Recargos nocturnos vigilantes, celadores y escoltas.	439
Trabajo dominical y festivo en vigilantes, celadores y escoltas.....	440
Distribución de la jornada en vigilantes, celadores y escoltas.....	440
Cuando el vigilante no es vigilante.....	441
Distribución de la jornada laboral diaria.....	442
Valor de la hora ordinaria.	442
Horas extras, y el trabajo dominical y festivo con la reducción de la jornada laboral....	444
Trabajo extra o suplementario.....	445
Remuneración del trabajo extra o suplementario.	446
Horas extras en trabajos de medio tiempo.....	447
Trabajo nocturno.	447
Trabajo ordinario nocturno.	447
Trabajo extra nocturno.....	448
Trabajo dominical y festivo.....	449
Trabajo dominical y festivo extra diurno.	449
Trabajo dominical y festivo extra nocturno.	450



Trabajo dominical o festivo nocturno.....	450
Descanso compensatorio por trabajo dominical.	451
REMUNERACIÓN DEL TRABAJO.....	458
Salario.....	458
Estipulación o fijación del salario.	459
¿Dónde se paga el sueldo al trabajador?	461
Período de pago del salario.	462
Salario mínimo.	464
Pagos que no constituyen salario.....	470
Salario en especie.....	487
Lo que se entiende por pago en especie.	488
Límites al salario que se puede pagar en especie.	488
El valor de los pagos en especie se debe fijar en el contrato.....	489
Prohibiciones en el pago de salarios en especie.	490
Los pagos en especie que constituyen salario y los que no.....	490
Salario en especie, prestaciones sociales y seguridad social.....	492
Viáticos del trabajador.	492
Clasificación de los viáticos.	492
Incidencia salarial de los viáticos.....	494
Facultad de las partes para acordar viáticos como pagos no constitutivos de salario.	496
Especificación de la destinación de los viáticos.	496
Auxilio de rodamiento.....	499
Auxilio de rodamiento y auxilio de transporte.	500
¿El auxilio de rodamiento constituye salario?	500
¿El empleador puede disminuir o eliminar el auxilio de rodamiento?.....	501
¿La hora de almuerzo es remunerada o no?	502
Propinas recibidas por el trabajador.....	504
Definición o concepto de propina.	504
Propinas no constituyen salario.....	504
Recaudo y distribución de las propinas.....	505
Prohibiciones relativas a las propinas.....	506
Tratamiento laboral de los gastos de manutención y alojamiento.....	507



Salario integral.....	508
Salario variable.....	524
Concepto de salario fijo, variable y variación de salario.....	524
Por qué es importante distinguir entre salario variable, fijo y variación de salario.....	527
Retenciones y deducciones del salario.....	535
Descuentos prohibidos.....	535
Descuentos permitidos por la ley.....	537
Descuentos con autorización especial.....	537
Embargo de salarios y prestaciones sociales.....	538
Descuentos de salario por herramientas y errores del trabajador.....	547
Descuentos por libranzas.....	552
Descuento de permisos laborales al trabajador.....	562
Auxilio de transporte.....	566
Naturaleza del auxilio de transporte.....	566
Trabajadores que tienen derecho al auxilio de transporte.....	566
Casos en que no se debe pagar el auxilio de transporte.....	567
¿Para qué conceptos de nómina se tiene en cuenta el auxilio de transporte?	572
Auxilio de transporte en jornadas de medio tiempo.....	573
Auxilio de transporte cuando el trabajador devenga un salario variable.....	574
PRESTACIONES SOCIALES.....	575
Prima de servicios.....	575
Valor de la prima de servicios.....	576
Salario base para el cálculo de la prima de servicios.....	576
Fecha de pago de la prima de servicios.....	577
Cálculo de la prima de servicios.....	578
Primas extralegales.....	579
Prima extralegal o convencional.....	579
Obligatoriedad de la prima extralegal.....	580
Naturaleza de las primas extralegales.....	580
Eliminación de las primas extralegales.....	580
Cesantías.....	581
Trabajadores que tienen derecho al auxilio de cesantías.....	581



¿Quién paga las cesantías?	581
Entrega de las cesantías directamente al trabajador.....	582
¿Quién elige el fondo de cesantías?.....	584
Pérdida del derecho a al auxilio de cesantías.....	584
Liquidación de las cesantías.....	586
Sanción por no consignar las cesantías.	591
Retiro de las cesantías por parte del trabajador.....	597
Intereses sobre cesantías.	606
¿A quién se pagan los intereses sobre cesantías?	607
Intereses sobre cesantías y rendimientos financieros.	608
Sanción o indemnización por no pagar oportunamente los intereses sobre las cesantías.....	608
Base para el cálculo de los intereses sobre cesantías.	609
Fórmula para calcular los intereses sobre cesantías.	609
Ejemplo de intereses sobre cesantías.....	611
Sanción por consignar extemporáneamente las cesantías en el fondo está supeditada a la existencia de mala fe.	611
Sanción por no consignar cesantías y por no pagar la liquidación a la terminación del contrato no son concurrentes.....	613
Sanción por no consignar las cesantías aplica aun cuando se hayan consignado parcialmente.	615
Pérdida del derecho a las cesantías.	617
En un proceso laboral no se puede exigir el pago de las cesantías retenidas por el empleador a causa de una conducta punible endilgada al trabajador.....	618
Dotación.	619
Trabajadores que tienen derecho a la dotación.....	619
Elementos que componen la dotación.....	623
Fechas en que se debe entregar la dotación.....	626
¿Qué pasa si el trabajador no utiliza la dotación?	627
Dotación no se puede compensar en dinero.	627
¿El trabajador debe devolver la dotación al terminar el contrato de trabajo?	628
Sanciones para el empleador que no entrega la dotación al trabajador.....	629
Vacaciones.....	629
Época de las vacaciones.....	631



¿En cuántos períodos se pueden dividir las vacaciones?	632
Acumulación de las vacaciones.....	633
No se pueden acumular las vacaciones de los trabajadores menores de edad.....	633
Reemplazo en vacaciones en trabajadores de manejo, dirección y confianza	634
Remuneración de las vacaciones.....	635
¿Para calcular las vacaciones cuándo hay que promediar el salario?	637
Vacaciones en el salario integral.....	638
Cálculo de las vacaciones.....	639
¿Puede la empresa cancelar las vacaciones de un empleado a última hora?	640
Valor de las vacaciones cuando hay salario en especie.....	641
¿Para calcular las vacaciones cómo se considera el sábado cuando las empresas no laboran ese día?	642
Compensación de las vacaciones en dinero.	644
SEGURIDAD SOCIAL	654
Sistema de seguridad social en salud.	657
¿Todas las empresas deben aportar a salud?	658
Salario base para el pago de los aportes a salud.....	660
Grupo familiar en el sistema de seguridad social.	661
Las graves consecuencias de omitir la afiliación de los empleados al sistema de seguridad social.	663
Ponga a trabajar a sus empleados sólo cuando entre en vigor la afiliación al sistema de seguridad social.	664
Fechas o plazos para pagar la seguridad social.....	665
Seguridad social en colaboradores o miembros de iglesias y comunidades religiosas..	669
Seguridad social en licencias no remuneradas.	671
Seguridad social en trabajadores radicados en el exterior.	676
Aportes a seguridad social en los trabajadores que trabajan por días.....	679
Seguridad social de los trabajadores independientes.	680
¿Quiénes deben pagar seguridad social como independientes?	680
Afiliación de los trabajadores independientes a seguridad social.....	683
Base de cotización en los trabajadores independientes.....	683
Porcentaje o monto de los pagos a seguridad social de los independientes.	686
Fecha de pago de los aportes en los trabajadores independientes.....	686



Aportes a seguridad social para trabajadores independientes que devengan menos del salario mínimo.	688
¿Se deben pagar aportes a seguridad social por ganancias ocasionales?.....	688
Aportes cuando se obtienen ingresos como asalariado y como independiente.	690
Prestaciones económicas en el sistema de salud.	692
Incapacidades laborales.	693
Licencia de maternidad.	699
Licencia de paternidad.	730
Licencia parental compartida.....	737
Sistema general de riesgos laborales.....	742
Afiliación al sistema general de riesgos laborales.	743
Riesgos laborales cuando el contratista tiene varios contratos simultáneamente....	745
Valor de la cotización a riesgos laborales.....	747
Afiliación a riesgos laborales de estudiantes en prácticas.	748
Incapacidad por enfermedad laboral o profesional.....	755
Certificado de incapacidad.	760
Sistema general de pensiones.	761
Afiliación al sistema general de pensiones.....	761
Valor de la cotización a pensión.....	762
Fondo de solidaridad pensional.....	762
¿Quién paga el porcentaje adicional con destino al fondo de solidaridad pensional?765	765
¿Cómo se liquida el fondo de solidaridad pensional?.....	765
Cotización a pensión en trabajadores con vinculación inferior a un mes.	766
Auxilio funerario.	768
¿Qué debe hacer el trabajador cuando la empresa no lo afilia al sistema de seguridad social?.....	769
¿Qué puede exigir el trabajador por la vía judicial?.....	769
El papel de la UGPP.....	771
APORTES PARAFISCALES.	773
¿Cuáles son los aportes parafiscales?	773
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)	773
Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA)	774
Cajas de compensación familiar.....	774



Subsidio familiar	775
Porcentajes de los aportes parafiscales.....	779
Empleadores que no están obligados pagar aportes parafiscales.	779
Salario base para pagar los aportes parafiscales (IBC).	780
Cómo se realizan los pagos o aportes parafiscales.	781
TERCERIZACIÓN LABORAL.	782
Tercerización laboral.....	782
Responsabilidades laborales en el outsourcing o tercerización.	783
Contratistas independientes, intermediarios y empresas de servicios temporales.....	785
Contratistas independientes.	789
Por vía contractual una empresa no se puede exonerar de la responsabilidad solidaria frente a los empleados de sus contratistas.....	791
Responsabilidad de la empresa frente a las obligaciones laborales incumplidas por los subcontratistas de su contratista.....	792
La solidaridad laboral opera incluso cuando se subcontrata sin autorización.	794
Responsabilidad solidaria del contratante y la indemnización moratoria del artículo 65 del código sustantivo del trabajo.....	796
Empresas de servicios temporales.	798
Casos en que se pueden contratar servicios temporales.....	800
Derechos de los trabajadores en misión.....	801
Seguridad social en las empresas de servicios temporales.....	802
Aportes parafiscales en las empresas de servicios temporales.	804
Póliza de garantía.....	804
Prestaciones sociales en las empresas de servicios temporales.....	806
Responsabilidad solidaria de las empresas de servicios temporales.	807
Cooperativas de trabajo asociado.....	809
Derechos de los trabajadores en las cooperativas de trabajo asociado.	809
Seguridad social en las cooperativas de trabajo asociado.....	814
Las cooperativas de trabajo asociado deben responder por la seguridad social de sus asociados.	817
Aportes parafiscales en las cooperativas de trabajo asociado.....	820
Prestaciones sociales en las cooperativas de trabajo asociado.....	823
Prohibiciones especiales a las cooperativas de trabajo asociado.	824



Cooperativas multiactivas no pueden ofrecer trabajo asociado.....	825
Sanciones por intermediación laboral.....	828
REGLAMENTO DE TRABAJO.....	834
Empleadores obligados a tener reglamento de trabajo.....	835
Consecuencias de no tener un reglamento de trabajo.....	836
Aprobación del reglamento de trabajo.....	837
Sanciones disciplinarias al trabajador.....	837
Sanciones disciplinarias que se pueden imponer al trabajador.....	838
CONTRATO DE SERVICIOS.....	847
Diferencia entre el contrato de trabajo y el contrato de servicios.....	847
Características del contrato de servicios según la Corte constitucional.	848
¿Cambiar la modalidad de contrato de servicios a laboral implica algún riesgo de que el trabajador demande por el primer contrato?	850
Si hay duda respecto a si el contrato es de trabajo o de servicios, se presumirá que es de trabajo.	852
Es irrelevante si la remuneración pactada se denominó honorarios o salario.....	853
Seguridad social en el contrato de servicios.	854
Prestaciones sociales en el contrato de servicios.	855
Aportes parafiscales en el contrato de servicios.....	855
Estabilidad laboral reforzada en el contrato de servicios.	856
OTROS ASPECTOS RELEVANTES EN EL CONTRATO DE TRABAJO.....	861
Trabajadores de confianza, dirección o manejo.....	861
Concepto o definición de dirección, confianza o manejo.....	861
Jornada laboral en los trabajadores de dirección, confianza o manejo.	862
Horas extras en trabajadores de dirección, manejo o confianza.....	862
Recargo nocturno en los trabajadores de dirección, de confianza o manejo.	863
Trabajo dominical y festivo en los empleados de dirección, de confianza o manejo..	864
Vacaciones en los trabajadores de dirección, de confianza o manejo.	865
Trabajadores de dirección, de confianza o manejo y los sindicatos.	865
Certificación laboral.....	866
Obligación de expedir la certificación laboral.....	866
Requisitos y contenido de la certificación laboral.	866
Derecho de petición para exigir certificación laboral.....	868



Acción de tutela para solicitar certificación laboral	869
Carta de recomendación laboral	870
Exámenes médicos de ingreso al trabajador.....	871
Qué son los exámenes médicos de ingreso o pre – ocupacionales.....	871
Médicos autorizados para realizar exámenes de ingreso.....	872
Por qué se deben hacer los exámenes médicos de ingreso.....	874
No se puede cobrar los exámenes medios de ingreso.	875
Exámenes médicos que no se pueden solicitar al trabajador.	877
Responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales.	877
La responsabilidad solidaria por deudas laborales de los socios de la empresa.....	878
Responsabilidad laboral solidaria del dueño de la obra en contratistas independientes.....	883
Responsabilidad laboral solidaria en la contratación con empresas de servicios temporales.....	896
Responsabilidad laboral solidaria en la contratación con cooperativas de trabajo asociado.....	898
Responsabilidad laboral solidaria en la sustitución patronal.	899
A quien demandar cuanto hay responsabilidad solidaria por obligaciones laborales.	900
Prescripción de los derechos laborales.	901
Término general de prescripción de los derechos laborales.	901
Computo del término de prescripción.....	902
Prescripción de sueldos o salarios.....	902
Prescripción de los recargos por trabajo extra o nocturno.....	903
Prescripción de las prestaciones sociales.....	903
Prescripción de la prima de servicios.....	904
Prescripción de las cesantías.	904
Prescripción de los intereses sobre las cesantías.	906
Prescripción de la indemnización moratoria por no consignar las cesantías.	907
Prescripción de las vacaciones.....	907
Prescripción de la compensación en dinero de las vacaciones.....	908
Prescripción de la indemnización moratoria por el no pago de la liquidación del contrato de trabajo.	909
Prescripción de la acción de reintegro.	910



Prescripción de los derechos laborales un contrato de trabajo realidad.....	911
Prescripción de las pensiones.....	911
Prescripción de la reliquidación de la pensión.....	912
Prescripción de los aportes o cotizaciones a pensión.....	913
Prescripción de los honorarios derivados de un contrato de servicio.....	914
Interrupción de la prescripción de los derechos laborales.....	915
Diligencia de descargos.....	916
Diligencia de descargos en los procedimientos disciplinarios laborales.....	916
Requisitos de la diligencia de descargos.....	917
Diligencia de descargos en el despido por justa causa.....	919
Carta de despido del trabajador.....	921
Requisitos que debe tener la carta de despido.....	921
La carta de despido no reemplaza la citación a descargos.....	928
En una demanda el juez debe pronunciarse sobre los hechos contenidos en la carta de despido.....	929
Carta de no renovación del contrato de trabajo es distinta a la carta de despido.....	930
Carta de renuncia.....	933
¿Es obligatorio presentar la carta de renuncia del trabajo?.....	933
Requisitos que debe cumplir la carta de renuncia.....	933
El deber del trabajador de motivar la renuncia.....	934
Se deben probar las motivaciones de la carta de renuncia.....	935
Carta de renuncia, renuncia motivada y el despido indirecto.....	936
Aspectos para considerar en la renuncia del trabajador.....	937
Préstamos a trabajadores.....	947
Legalidad de los préstamos a trabajadores.....	948
Autorización del inspector del trabajo en los préstamos a trabajadores.....	948
Cobro de intereses en los préstamos a trabajadores.....	949
Descuentos de nómina por préstamos al trabajador.....	951
Préstamos al trabajador a la terminación del contrato de trabajo.....	952
Contrato de trabajo con vivienda para mayordomos.....	953
Suministro de vivienda como pago en especie.....	953
Cómo excluir del salario la vivienda del mayordomo.....	954
Monto del salario a pagar cuando se excluyen suministros en especie.....	955



De la obligación de entrega del puesto de trabajo.....	956
Entrega del cargo luego de terminado el contrato de trabajo.....	957
Efecto jurídico de entregar el cargo luego de finalizado el contrato de trabajo.....	958
¿Permisos otorgados al trabajador se pueden descontar de su salario?.....	959
¿Empresa puede colocar cámaras de video en el lugar de trabajo?.....	964
Pruebas de alcoholemia en el lugar de trabajo.	966
Traslado del trabajador a otra ciudad.	970
Pago de salario sin prestación del servicio.....	978
Qué hacer si el empleador no paga lo adeudado al trabajador.....	980
Demandar cuando el empleador es una persona natural.	980
Cuando el empleador es una sociedad o empresa.	981
Demandar a una empresa que ya no existe.....	982
¿Cuándo es necesario contratar a un abogado?	983
Cambio de funciones al trabajador.....	984
Limitación a las funciones diferentes a las contratadas.....	984
Cambio de funciones al trabajador como conducta de acoso laboral.....	985
¿Me puedo negar a realizar trabajo que no me corresponde?	986
El riesgo de asignar tareas o funciones diferentes para las que fue contratado el trabajador.....	987
Accidente cuando el trabajador se traslada al lugar de trabajo.....	989
Accidente laboral en traslado del trabajador desde o hacia a empresa.	989
ARL no cubre accidentes fuera del trabajo.....	991
Accidente fuera de horario de trabajo.....	992
Qué hacer cuando el trabajador fallece.	993
Fallecimiento del trabajador termina el contrato de trabajo.....	993
Pago de salarios y prestaciones sociales cuando fallece el trabajador.....	994
Herederos con derecho a reclamar salarios y prestaciones de trabajador fallecido..	995
Procedimiento para pagar salarios y prestaciones del trabajador fallecido.	996
Controversias entre los posibles beneficiarios.	996
Pago de cesantías cuando fallece el trabajador.....	997
Desconexión laboral.	998
Qué es la desconexión laboral.....	998
Garantía de desconexión laboral.....	999



Desconexión y acoso laboral.....	999
Excepciones a la desconexión laboral.....	1000
Política de desconexión laboral	1000
Contrato de transacción laboral.....	1001
Transacción en materia laboral	1001
Requisitos del contrato de transacción laboral.....	1002
Qué es un derecho cierto e indiscutible.....	1004
Efectos del contrato de transacción laboral	1007
Contrato de transacción laboral no puede versar sobre aportes a seguridad social.	
.....	1012
Contrato de transacción no puede estar sujeto a condiciones.....	1014
COMPLEMENTOS.....	1016
Histórico del salario mínimo.....	1016
Histórico del auxilio de transporte.....	1017
Histórico Uvt.....	1018



INTRODUCCIÓN.

Es casi una necesidad para toda persona conocer los derechos y las obligaciones como trabajador o como empleador. Ser trabajador o ser empleador sin conocer los aspectos básicos que regulan una relación laboral es exponerse a tener que sufrir infinidad de dificultades, todas predecibles y por consiguiente evitables si se conoce la normatividad que reglamenta este trascendental tema.

A diario en **Gerencie.com** recibimos decenas de consultas tanto de empresarios como de trabajadores preocupados por conocer la mejor forma de abordar un problema que han tenido, o interesados en saber cómo pueden evitar futuros inconvenientes, lo que nos ha convencido de la necesidad de ofrecer un texto que aborde buena parte de esas inquietudes.

Es por eso por lo que ofrecemos esta herramienta donde se compilan de forma clara y precisa los aspectos más importantes y relevantes de una relación laboral.

Este libro está redactado con un lenguaje sencillo, de tal forma que pueda ser entendido por cualquier persona, puesto que quienes más necesitan de este tipo de información, por lo general son las personas que menos conocimiento tienen sobre el tema, razón por la cual hacemos lo posible por omitir términos técnicos y en cambio recurrimos a términos más populares que vienen a significar lo mismo, por cuanto es una obra pensada para ser consultada por personas que no son abogados, o que no son profesionales en ningún área.

Este es un libro indispensable para todo trabajador y empresario, lo mismo que para estudiantes y profesionales que de una u otra forma tienen relación con la contratación de personal o con la elaboración de la nómina en una



empresa.

En el desarrollo del libro no se ha seguido el orden estricto del Código Sustantivo del Trabajo, sino que para efectos prácticos se han agrupados algunos temas que pueden corresponder a capítulos diferentes en el código laboral.

Hemos utilizado una estructura que permita abordar temas completos, aunque con ello se presente duplicidad de contenido en algunos casos.

Por ejemplo, está el capítulo de las prestaciones sociales, pero tenemos otro capítulo dedicado a las empleadas del servicio doméstico donde se vuelve a tocar el tema de las prestaciones sociales pero enfocado hacia las empleadas del servicio doméstico, y así con varios temas más.



INDICADORES LABORALES 2023.

Salario mínimo.	Auxilio de transporte.
\$1.160.000	\$140.606
Salario mínimo integral.	
Factor salarial	\$11.600.000.
Factor prestacional	\$3.480.000.
Total, salario mínimo integral	\$15.080.000.
Aportes a salud.	
Trabajador	4%
Empleador	8,5%
Independientes	12,5%
Aportes a pensión.	
Trabajador	4%
Empleador	12%
Independientes	16%
Aportes parafiscales.	
Sena	2%
ICBF	3%
Cajas de Compensación	4%
Recargos por trabajo extra, dominical y nocturno.	
Trabajo extra diurno	25%
Trabajo nocturno	35%
Trabajo extra nocturno	75%
Trabajo dominical y festivo	75%
Trabajo extra diurno en dominical y festivo	100%
Trabajo nocturno en dominical y festivo	110%
Trabajo extra nocturno en dominical y festivo	150%
Licencia de maternidad.	Licencia de paternidad.
18 semanas calendario.	2 semanas.
Licencia por luto.	Vacaciones.
5 días hábiles.	15 días hábiles.



CONTRATO DE TRABAJO.

El contrato de trabajo es un contrato en el que una persona natural se pone de acuerdo con otra persona natural, o con una persona jurídica, para ejecutar una labor mediante la continua subordinación, a cambio de una remuneración o salario.

Más exactamente dice el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 22:

«Contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.»

Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario».

En consecuencia, siempre que exista un acuerdo mutuo que implique para el trabajador la obligación de realizar una actividad de forma personal, de estar subordinado a su contratante, y exista para el empleador la obligación de pagar un salario a su subordinado, se está frente a un contrato de trabajo, que bien puede ser verbal o escrito.

El contrato de trabajo existe con la sola concurrencia de *los elementos constitutivos del mismo*, de suerte que no hace falta firmar un contrato de trabajo para alegar su existencia.

El contrato de trabajo puede ser verbal o escrito; en cualquier caso, tendrá la misma validez puesto que el contrato de trabajo no exige solemnidades especiales para su formalización; basta un simple acuerdo de voluntades.

El contrato de trabajo que se pacte verbalmente se entenderá que es a



término indefinido, de modo que el *contrato de trabajo a término fijo* siempre tendrá que ser por escrito.

Elementos del contrato de trabajo.

Identificar los elementos del contrato de trabajo es fundamental para evitar que un contrato de servicios se convierta en un contrato de trabajo, con las consecuencias que ello supone para el empleador.

Nuestra legislación laboral se ha ocupado de definir claramente cuáles son los elementos constitutivos del contrato de trabajo, de suerte que la concurrencia de ellos significará inexorablemente que estaremos frente a un contrato de trabajo, *sin importar como se le haya llamado* en el momento de su elaboración y aceptación.

Al respecto establece el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Elementos esenciales. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:

a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país, y



c) *Un salario como retribución del servicio.*

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen».

En resumen, los elementos del contrato de trabajo son los siguientes:

1. Actividad personal del trabajador.
2. Subordinación del trabajador respecto al empleador.
3. Remuneración o salario.

Respecto a la actividad personal del trabajador, no es otra cosa que la prestación del servicio o ejecución del trabajo personalmente por el trabajador contratado. Si el contrato de trabajo se firmó con determinada persona, será esa persona y no otra quien tiene que desarrollar las actividades contempladas en el contrato.

El segundo elemento, y el más importante de todos, hace referencia a la obligación del trabajador de acatar las órdenes que le imparte su empleador. La continuada subordinación a que se refiere la ley no es otra cosa que la facultad que tiene el empleador de disponer de la capacidad de trabajo de su empleado, según su conveniencia y dentro de los parámetros pactados en el contrato de trabajo. La subordinación es la obligación que tiene el trabajador de acatar las órdenes que le imparte su empleador.

El tercer elemento corresponde a la contraprestación económica que recibe el trabajador por su trabajo, contraprestación comúnmente conocida como *salario*.

Como ya se afirmó, de los tres elementos el más importante es la subordinación, y en últimas, esta es la que decide si existe o no una relación laboral en caso de que no existiese un contrato de trabajo.



Es bien conocido que muchos empleadores suelen recurrir a la *contratación por servicios* para evitarse el pago de los diferentes conceptos que contempla la legislación laboral, lo cual no está permitido por la ley, y es por eso por lo que la misma ley ha considerado que con el simple hecho de la existencia de los tres elementos del contrato de trabajo será suficiente para considerar que existe una relación laboral sin importar la denominación que se le haya dado.

En consecuencia, si lo que se ha firmado es un *contrato de servicios*, pero en su ejecución se configuran los tres elementos señalados, estaremos frente a un verdadero contrato de trabajo con todo lo que ello implica.

La subordinación laboral se presume.

La subordinación es el elemento principal de todo contrato de trabajo, siendo este el que define su naturaleza.

Concepto o definición de subordinación.

La subordinación es la facultad que tiene el empleador de dar órdenes e instrucciones al trabajador, y la facultad de imponer sanciones disciplinarias al trabajador que las incumple.

Esa facultad es tal que incluso el trabajador puede ser despedido cuando no se somete a la subordinación del empleador, esto es, no obedece sus órdenes o instrucciones.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 46384 del 18 de abril de 2018 con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno, se refiere en los siguientes términos a la subordinación:

«la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto



del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.»

La subordinación, es pues, la obligación que tiene el trabajador de acatar las órdenes del empleador durante la ejecución del contrato, lo que le impide al trabajador tener autonomía e independencia en el ejercicio sus labores.

Las reglas que deben regir la subordinación laboral.

La subordinación, como elemento distintivo y característico de una relación laboral, no es ni puede ser absoluta, y debe ajustarse a ciertas reglas constitucionales, de manera tal que no se afecta la dignidad del trabajador que está sometido y obligado a ello.

La Corte constitucional, en sentencia C-386 del 2009, enuncia las reglas constitucionales en las que debe estar enmarcada la subordinación:

«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-342/9, 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-568/9, 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.»

De acuerdo con lo anterior es importante precisar que la facultad de subordinación del empleador no puede llevarlo a que afecte los derechos fundamentales del trabajador, y, en consecuencia, la subordinación debe ser razonable según las necesidades de la empresa y de la actividad desarrollada por cada trabajador, de manera tal que no menoscabe los derechos mínimos que otras normas ha concedido al trabajador, tanto desde el punto de vista de subordinado como de ser humano.

Efectos de la subordinación laboral.

La subordinación tiene como efecto la tipificación de la relación laboral, es decir que, si existe subordinación, y además existe prestación personal del servicio, estamos ante una relación laboral a toda regla cuya naturaleza no se pierde porque las partes le hayan dado otro nombre al contrato que los vincula.

De allí que la subordinación sea el tema central para discutir cuando se alega



un contrato de trabajo realidad.

El contrato de trabajo tiene tres elementos, y el único elemento que el trabajador debe probar, es la prestación personal del servicio, ya que la subordinación es presumida por la ley, por tanto, le corresponde al empleador desvirtuarla.

Al respecto resulta pertinente traer lo dicho por la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 46745 del 14 de marzo de 2018 con ponencia del magistrado Gerardo Botero Zuluaga:

«Ahora bien, en cuanto a la restante acusación, debe recordarse que esta Sala de la Corte ha resaltado en múltiples determinaciones, que uno de los principios tutivos del derecho del trabajo es el de la primacía de la realidad sobre las formas, incorporado a la cláusula constitucional 53 y decantado por vía de doctrina jurisprudencial, que es el que permite descartar las formas o las apariencias dadas por los particulares, para en su lugar dar valor a los vínculos que verdaderamente nacen del trabajo subordinado, y derivar de ellos las consecuencias jurídicas que prevé la disciplina.

Ese pilar se ha desarrollado en tanto no es atendible que la entrega libre y voluntaria, de energía física o intelectual que hace una persona a otra, bajo continuada subordinación, pueda negársele tal carácter, y por ello es que se ha entendido en amparo del propio artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que toda prestación personal de servicio remunerada se presume regida por un contrato de trabajo, disposición que asigna un paliativo probatorio al trabajador, a quien le basta demostrar la ejecución personal para que opere en su favor la existencia del vínculo laboral, mientras que el empleador deberá desvirtuar el hecho presumido a partir de elementos de convicción que avalen que el servicio se ejecutó bajo una relación jurídica autónoma e independiente.»



Es por ello por lo que la subordinación es quien define el rumbo de una relación contractual cualquiera sea la figura utilizada por las partes.

De los tres elementos del contrato de trabajo, dos son comunes a todas las formas contractuales civiles y comerciales (prestar un servicio y recibir una remuneración por ello), pero la subordinación es exclusiva del contrato de trabajo, por tanto esta es la que define el fondo del asunto, y el trabajador no debe probarla pues se presume a su favor, y el juez no debe hacer otra cosa distinta a evaluar las alegaciones del empleador respecto que no se constituyó la subordinación, quedando impedido para negarla si el empleador no desvirtúa la presunción.

Es decir que el juez no debe verificar si la relación laboral se hizo bajo subordinación, sino que su labor se limita a indagar si aquella fue desvirtuada por el empleador.

Contrato de trabajo realidad.

El contrato de trabajo realidad es aquel que resulta de una relación contractual civil o comercial que el juez declara como una relación laboral, en vista que encuentra configurados los elementos de una relación laboral independientemente de la denominación que las partes hayan dado al contrato.

La mimetización o camuflaje de las relaciones laborales.

El contrato de trabajo realidad surge como consecuencia de haber utilizado distintas figuras jurídicas para camuflar o mimetizar la existencia de un contrato de trabajo.

Esto se hace con la intención de defraudar los derechos del trabajador por



cuanto una relación laboral implica reconocer más derechos al trabajador, como el pago de prestaciones sociales, seguridad social, aportes parafiscales, trabajo extra, recargos nocturnos, trabajado dominical y festivo, etc.

Para evitarse esos costos los empleadores utilizan los contratos de servicios, contratos comerciales, empresas de servicios temporales o cooperativas de trabajo asociado con el fin de evitar el reconocimiento de la relación laboral.

La presunción del contrato de trabajo por la ley.

El contrato de trabajo realidad tiene su origen en dos presunciones que la ley hace en favor del trabajador.

Es el caso del artículo 24 del código sustantivo que reza lo siguiente:

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

También el numeral 2 del artículo 23 del código sustantivo del trabajo, en su numeral 2 hace referencia al contrato realidad cuando expresa:

«Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.»

La ley está presumiendo la existencia de un contrato de trabajo cuando se dan las anteriores circunstancias y partiendo de esa presunción es que el juez declara la existencia del contrato realidad.

La realidad se impone a las formas contractuales.

La declaración del contrato de trabajo realidad se basa en que la realidad se



impone a las formas contractuales asumidas o acordadas por las partes.

Eso hace que la denominación del contrato firmado por las partes resulte irrelevante frente a la lectura que el juez haga de la realidad en la que se ejecutó el contrato objeto de análisis.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 48448 del 25 de julio de 2018 con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno señaló:

«Precisado lo anterior, debe reiterar la Sala que aunque los contratos celebrados por las partes entre el 1 de octubre de 1999 y el 28 de febrero de 2004 tenían el rótulo de «contrato de prestación de servicios» u «orden de prestación de servicios», y en ellos se había manifestado que el actor tendría la calidad de contratista de la entidad para ejercer funciones como promotor en salud o educador en salud, ello constituye una formalidad establecida por los sujetos de la relación laboral, la cual no puede estar por encima de lo que haya sido realmente el desarrollo material de la vinculación, pues es precisamente como se dio efectivamente la ejecución de ésta, lo que debe tener primacía frente a lo pactado por las partes, en virtud del principio constitucional de la prevalencia de la realidad sobre las formas. Justamente, este principio protege a la parte débil del vínculo, en este caso el trabajador, de cualquier posible manifestación de voluntad de éste relativa a desconocer los derechos y beneficios que le asisten en virtud de la legislación del trabajo, como lo expresó la Corte en sentencia CSJ SL8936-2015.»

Que las partes firmen un contrato de servicios no impide que el juez aprecie el trasfondo de la relación contractual y determine que lo que hubo fue un contrato de trabajo.



Requisitos para declarar el contrato de trabajo realidad.

Para que se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad se deben cumplir 3 requisitos que exige toda relación laboral y que encontramos en el artículo 23 del código sustantivo del trabajo:

1. El servicio debe ser prestado personalmente por el mismo trabajador (prestación personal del servicio).
2. En la ejecución del servicio debe presentarse una continuada subordinación del trabajador frente al empleador.
3. Recibir una remuneración por la prestación personal del servicio.

Una vez se configuren esos tres requisitos se considerará la existencia de un contrato de trabajo a pesar de que las partes le hayan dado otro nombre.

Carga de la prueba en la declaración del contrato de trabajo realidad.

Sucede que la ley establece una presunción en favor del trabajador que presta un servicio personal bajo la continuada subordinación, y esa presunción debe ser desvirtuada por el empleador, de modo que es este quien debe probar que no hubo prestación personal del servicio o que no hubo subordinación.

La corte constitucional de antaño (C-665-98) tiene dicho al respecto que:

«El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez 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.»

A su turno, la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia dijo



52358 del 3 de mayo de 2018 con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno afirmó:

«Reitera que, para este tipo de casos, al demandante le bastaba con probar la prestación o la actividad personal para que se presumiera la existencia del contrato de trabajo y era al empleador a quien correspondía desvirtuarla.»

El trabajador reclama el derecho y el empleador debe desvirtuarlo.

Lo que debe probar quien alega el contrato realidad.

El trabajador que alega la existencia del contrato de trabajo realidad debe probar al menos dos elementos:

1. La prestación personal del servicio y
2. Los extremos temporales de la relación contractual.

Es importante resaltar lo que señala la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 53801 del 21 de febrero de 2018 con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruiz:

«Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST.»

La prestación personal del servicio junto con las fechas en las cuales se inició y/o terminó la relación contractual, son los elementos que dan vida a la presunción en favor del trabajador.

Con todo, como lo ha dicho la corte en la misma sentencia, lo anterior admite prueba en contrario, de modo que el empleador puede desvirtuar la presunción que hace la ley:



«Ha de recordarse por la Sala que la presunción legal del artículo 24 del CST admite prueba en contrario y, para el ad quem, los testimonios y los documentos condujeron a dejar sin piso la presunción, pues la situación fáctica comprobada hizo evidente, a su juicio, la autonomía del trabajador en la prestación del servicio.»

Es claro que la presunción legal por su propia naturaleza puede ser desvirtuada, se puede contradecir, y corresponde el empleador encargarse de ello y al juez decidir conforme a las pruebas allegadas a su despacho por cada una de las partes.

Consecuencias de la declaración del contrato de trabajo realidad.

Lo más relevante de un contrato de trabajo realidad son las consecuencias de su declaratoria.

Por regla general, el trabajador demanda cuando el contrato civil o comercial se termina, es decir, cuando el trabajador ha sido desvinculado de la empresa.

Al declararse la existencia del contrato de trabajo realidad, para la ley significa que ese contrato de servicio fue en realidad un contrato de trabajo, por lo tanto, se le adeudan al trabajador todos los conceptos derivados de ese contrato como son prestaciones sociales y eventualmente las indemnizaciones correspondientes.

Supongamos que un contratista al que se le pagaban honorarios por \$2.000.000 mensuales, demanda a la empresa y el juez declara el contrato realidad. Para la ley, esos \$2.000.000 son la remuneración del trabajador, es decir, es el salario, y sobre ese monto se calculan todos los pagos correspondientes siempre que no hayan prescrito.



En consecuencia, sobre los \$2.000.000 de pesos se deben liquidar las prestaciones sociales, se deben liquidar los aportes a seguridad social, y de ser el caso, se debe liquidar la indemnización por despido injustificado, y la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones, y por el no pago de las cesantías.

Aquí hay que señalar el caso especial de los aportes a pensión, puesto que al declararse la existencia del contrato realidad, el empleador queda en deuda por las cotizaciones que debió hacer al sistema de seguridad social, y como no fue afiliado a un fondo de pensiones, debe hacer el pago retroactivo de esos aportes.

Es importante resaltar que las cotizaciones o aportes a pensión no prescriben por cuanto su finalidad es construir un derecho que es vitalicio y que no prescribe como es la pensión, en consecuencia, el empleador tendrá que hacer las cotizaciones retroactivas por todo el tiempo de duración del contrato realidad.

Salario en el contrato de trabajo realidad.

Al reconocerse la existencia del contrato de trabajo realidad se debe determinar el salario que le corresponde, lo que no siempre es posible por las circunstancias propias del contrato de servicios que regulaba la relación contractual en el pasado.

Si el contrato de servicios contiene claramente una remuneración o unos honorarios mensuales, por ese monto se reconoce el salario, y sobre ese monto se calculan todos los conceptos propios de la relación laboral como prestaciones sociales y seguridad social.

Cuando no existe un valor claro se suele promediar lo que se reconozca en un determinado periodo de tiempo.



Pero hay casos en que resulta imposible determinar valor alguno por lo que no se puede utilizar el promedio para fijar el salario. En tal caso corresponde fijar un salario mínimo si es que se demuestra que se cumplió la jornada laboral completa.

Así lo considera la corte suprema de justicia (sala laboral) en sentencia con radicación 46704 del 26 de octubre de 2016, con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos:

«Sin embargo, al remitirse la Sala a las planillas de producción por días, aparecen algunas cifras que no reflejan lo que se cancelaba quincenalmente a la accionante, así mismo no todas las cuenta de cobro tiene señal de aceptación por parte de la sociedad demandada, y respecto de la cuenta de ahorros de CONAVI, cuyo titular es la actora, si bien allí figuran varios depósitos, lo cierto es que no está demostrado que todos ellos correspondan a pagos por el trabajo desarrollado por dicha trabajadora, todo lo cual hace que no sea posible obtener el promedio de lo percibido por la remuneración variable durante todo el período trabajado.

De suerte que, no hay otro camino que al estar probado que la demandante cumplía una jornada completa con un horario de «8 A.M. a 5 P.M.» (fl. 14), se tenga como retribución devengada el salario mínimo legal mensual de la época.»

Es un aspecto más a considerar cuando se demanda el reconocimiento de un contrato de trabajo realidad.

Concurrencia de contratos de trabajo.

La ley permite la posibilidad de que un trabajador pueda firmar un contrato de trabajo con más de un empleador, caso en el cual a cada contrato se le



aplicarán las normas que le son propias; esto según el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Concurrencia de contratos. Aunque el contrato de trabajo se presente involucrado o en concurrencia con otro u otros, no pierde su naturaleza, y le son aplicables, por tanto, las normas de este Código».

De acuerdo con lo anterior, el contrato será considerado de forma individual y en todos se debe dar cabal cumplimiento tanto a los deberes como a los derechos derivados de los mismos.

Esto significa que, si un trabajador labora para dos empresas, cada una de las empresas deberá pagarle todas las prestaciones de ley, lo mismo que deberá hacer los respectivos aportes parafiscales cuando a ello hubiere lugar.

En el caso de existir concurrencia de contratos, cada empresa deberá aportar a seguridad social de forma independiente, pero a la misma EPS, fondo de pensión y fondo de cesantías, sin olvidar que, en el caso de seguridad social, el aporte no se puede hacer sobre un valor inferior al salario mínimo.

La concurrencia de contratos no será posible en los casos en que se firme un contrato con una cláusula de exclusividad, es decir, que el trabajador se comprometa a prestar sus servicios de forma exclusiva a una empresa; esto con fundamento al artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Coexistencia de contratos. Un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más patronos, salvo que se haya pactado la exclusividad de servicios en favor de uno solo».

En el caso en que un trabajador preste sus servicios a más empleadores es importante que en la redacción de los contratos se tenga presente esta situación, puesto que el hecho de tener obligaciones con otros empleadores



le impedirá, por ejemplo, trabajar horas extras o suplementarias.

Modalidades del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo se puede celebrar de forma escrita o verbal, y según el artículo 37 del Código Sustantivo del Trabajo, un contrato de trabajo no requiere de formas especiales para su validez, por lo que no requerirá ser presentado ante notario o firmado por testigos. Es suficiente con la voluntad y el acuerdo entre las partes.

Respecto al contrato de trabajo verbal dice el artículo 38 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Cuando el contrato sea verbal, el patrono y el trabajador deben ponerse de acuerdo, al menos acerca de los siguientes puntos:

- 1) La índole del trabajo y el sitio en donde ha de realizarse;*
- 2) La cuantía y forma de la remuneración, ya sea por unidad de tiempo, por obra ejecutada, por tarea, a destajo u otra cualquiera, y los períodos que regulen su pago;*
- 3) La duración del contrato».*

Sobre el contrato de trabajo escrito dice el artículo 39 del Código Sustantivo del Trabajo:

«El contrato de trabajo escrito se extiende en tantos ejemplares cuantos sean los interesados, destinándose uno para cada uno de ellos; está exento de impuestos de papel sellado y de timbre nacional y debe contener necesariamente, fuera de las cláusulas que las partes acuerden libremente, las siguientes: la identificación y domicilio de las partes; el lugar y fecha de su celebración; el lugar en donde se haya contratado el trabajador y



en donde haya de prestarse el servicio; la naturaleza del trabajo; la cuantía de la remuneración, su forma y períodos de pago; la estimación de su valor, en caso de que haya suministros de habitación y de alimentación como parte del salario; y la duración del contrato, su desahucio y terminación».

Es recomendable que un contrato de trabajo siempre se realice por escrito debido a que, de presentarse algún desacuerdo de cualquiera de las partes en un futuro, es importante contar con elementos de prueba idóneos, que en ese caso es el contrato de trabajo. No es recomendable enfrentar una reclamación judicial cuando sólo se tiene la palabra como prueba.

Cláusulas ineficaces en un contrato de trabajo.

En un contrato de trabajo se llaman cláusulas ineficaces aquellas que afectan los derechos mínimos que la constitución y la ley han otorgado a los trabajadores.

Derechos y garantías mínimas del trabajador.

La ley laboral contempla una serie de derechos y garantías mínimas que se deben reconocer al trabajador, y que de ninguna manera pueden ser desconocidas, afectadas o disminuidas.

Señala el artículo 13 del código sustantivo del trabajo:

«Mínimo de derechos y garantías. Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo.»

Todas las disposiciones que contiene el código laboral respecto al contrato



de trabajo y la regulación de los derechos derivados de él, es lo mínimo que se debe garantizar al trabajador.

Ineficacia de las cláusulas que vulneran la ley laboral.

Cualquier disposición en el contrato de trabajo que desconozca o vulnere lo que consagra el código sustantivo del trabajo, es ineficaz por expreso mandato del artículo 43 del código sustantivo del trabajo:

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

Así como está prohibido incluir en el contrato de trabajo cualquier cláusula que vulnere los derechos mínimos del trabajador, el reglamento del trabajo tampoco puede contener disposiciones en tal sentido.

Así lo señala expresamente el artículo 109 del código sustantivo del trabajo:

«No producen ningún efecto las cláusulas del reglamento que desmejoren las condiciones del trabajador en relación con lo establecido en las leyes, contratos individuales, pactos, convenciones colectivas o fallos arbitrales los cuales sustituyen las disposiciones del reglamento en cuanto fueren más favorables al trabajador.»



Aquí encontramos que no sólo se deben respetar los derechos mínimos que consagra la ley, sino aquellos que se han acordado en las convenciones colectivas o fallos arbitrales, que son de obligatorio cumplimiento para el empleador.

Las cláusulas ineficaces lo son, aunque el trabajador las acepte.

Una cláusula ineficaz en el contrato de trabajo lo será aun en los casos en que el trabajador la haya aceptado expresamente en el respectivo contrato.

Las disposiciones legales están por encima del acuerdo entre particulares, y mal puede considerarse que, si el trabajador acepta voluntariamente una cláusula ineficaz, se hace inocuo lo estipulado por la ley.

El objetivo de la ley al establecer la ineficacia de las disposiciones contrarias a la ley es precisamente evitar que las partes puedan libremente desconocer lo que la ley dispuso; es una limitación a la voluntad de las partes para impedir que puedan burlar los derechos del trabajador.

Efecto de las cláusulas ineficaces.

La ineficacia de una cláusula lleva a que se considere como no escrita o inexistente, y de configurarse simplemente será inaplicada por el juez en caso de una demanda laboral.

Por ejemplo, si al trabajador se le paga menos del salario mínimo por trabajar una jornada completa, de resultar probado que en efecto al trabajador se le pagó menos de lo ordenado por la ley, el juez ordenará pagar la diferencia del salario y el ajuste de las prestaciones de ley, ignorando cualquier acuerdo contractual entre las partes, pues la cláusula que contiene ese salario se entiende como no escrita.



Este tipo de cláusulas no tienen efecto jurídico alguno porque simplemente se tienen como inexistentes.

Cláusula de permanencia en el contrato de trabajo cuando la empresa financia estudios del trabajador.

Algunas empresas deciden financiar los estudios de sus trabajadores con el fin de mejorar sus competencias y así proveerse de personal altamente calificado que le permita mejorar su productividad.

Lo que la empresa hace es invertir unos recursos que luego legítimamente espera recuperar, de allí que en el contrato de trabajo se incluya una cláusula de permanencia mínima del trabajador en la empresa que le garantice el retorno de la inversión.

Es evidente que la empresa requiere de un tiempo mínimo para recuperar el dinero invertido en el trabajador, y en ese sentido, es válida y justificada la cláusula de permanencia.

Ahora, la legislación si bien no contempla este tipo de cláusulas, no las prohíbe; lo que prohíbe son las cláusulas que afecten las garantías mínimas contempladas por la legislación laboral, y es evidente que una cláusula de permanencia en la empresa en virtud de una elevada inversión realizada por esta en beneficio del trabajador no está desmejorando los derechos del trabajador, sino que, por el contrario, los está potenciando.

No obstante, el trabajador tiene el derecho de terminar el contrato de trabajo en el momento que lo decida, tenga o no una justa causa para hacerlo, y es un derecho que no se le puede coartar, pero en ese caso, se puede pactar también el pago de una indemnización a la empresa.

Recordemos que el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo actualmente no contempla que el trabajador deba pagar ninguna



indemnización si termina el contrato sin justa causa, pero, según nuestra opinión, deja abierta la posibilidad de que tal indemnización se pacte contractualmente:

«En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente».

En consecuencia, es válido pactar una cláusula de permanencia mínima del trabajador y que, de incumplirse tal cláusula, se pacte una indemnización.

Esto apenas resulta lógico. Si el trabajador luego de conseguir su título académico, en el cual la empresa ha invertido una gran cantidad de dinero y tiempo, se retira y se va a trabajar para otra empresa (la competencia por ejemplo), o para sí mismo, es justo que la empresa exija el reintegro de lo invertido, e incluso exija el pago de alguna indemnización, pues no olvidemos que toda inversión lleva inmerso un costo de oportunidad que es susceptible de cuantificar y que la empresa asume al invertir en la formación del trabajador.

Acuerdo de exclusividad en el contrato de trabajo.

En el contrato de trabajo se puede pactar un acuerdo de exclusividad que busque impedir que el trabajador desarrolle las mismas actividades para otras personas o empresas, o para sí mismo.

El acuerdo de exclusividad o cláusula de exclusividad tiene sentido en los casos en que el trabajador desarrolla actividades especializadas o que dan acceso al trabajador a información, experiencia o conocimiento sobre procesos y actividades que son diferenciadoras para el empleador, con el fin



de proteger los intereses de este.

Por ejemplo, si la empresa produce un bien único en el mercado, o que ofrece un valor agregado muy superior al que ofrece la competencia, es natural que el empleador quiera impedir que sus trabajadores puedan laborar para otra empresa transmitiendo el conocimiento de la empresa a la competencia, lo cual por supuesto atenta contra los intereses del empleador.

No tiene sentido la cláusula de exclusividad cuando la empresa no hace ni guarda nada distinto a lo que ofrecen otras empresas. Por ejemplo: ¿Qué sentido tiene prohibir al jardinero que pueda cuidar el jardín de otra empresa o el suyo propio?

Esto nos lleva a concluir que es válido prohibir el trabajador que labore para alguien más siempre que con ello pueda perjudicar al empleador, de manera que caprichosamente no se debe imponer al trabajador la restricción de no laborar para nadie más, máxime cuando estamos en un país donde el trabajador suele recurrir a trabajos extras para completar los ingresos del mes.

Forma de pactar el acuerdo de exclusividad.

La exclusividad no se presume, por tanto, debe ser acordada expresamente, y la mejor forma de hacerlo es por escrito.

La exclusividad al no estar considerada por la ley laboral como norma general de la relación laboral, debe ser fijada contractualmente de forma clara y precisa. Frente a esto las partes tienen libertad para fijar las condiciones.



Consecuencias de incumplir el acuerdo de exclusividad.

La cláusula de exclusividad implica la existencia de una prohibición para el trabajador, de manera que, si el empleado hacer algo que expresamente se le ha prohibido hacer, se puede configurar una justa causa para la terminación del contrato de trabajo.

Si el trabajador maneja una fórmula industrial secreta, por ejemplo, y por eso se le ha prohibido trabajar en lo mismo en otra empresa, y si llegará hacerlo está cometiendo una grave falta con serios efectos negativos en el futuro económico de la empresa, pues facilita con su actuación que la competencia pueda igualarle o superarle, e incluso pueda sacarle del mercado, y la consecuencia no puede ser otra que el despido.

Se precisa que la exclusividad debe estar revestida de razonabilidad, puesto que no se debe afectar injustificadamente el derecho a la libre empresa o a la libertad del trabajo del empleado.

Por ejemplo: ¿Es razonable prohibirle a un vendedor de un almacén de zapatos que coloque una boutique en su casa gestionada por su esposa? Seguramente no, a no ser que ese almacén tenga la exclusividad de una marca de zapatos y el trabajador pretenda vender la misma marca de zapatos en su casa.

Si la cláusula de exclusividad no luce razonable y justificada, y el trabajador la incumple, es probable que de ser despedido un juez laboral pueda darle la razón al trabajador, máxime si no se prueba ningún perjuicio al empleador.

Cláusula de exclusividad opera únicamente en la vigencia del contrato de trabajo.

La cláusula de exclusividad consiste en que el trabajador no puede trabajar



para otra empresa, pero dicha limitación o impedimento opera únicamente cuando el contrato está vigente, de modo que tal prohibición desaparece una vez se termina la relación laboral.

El artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo permite a las partes que se pacte en el contrato de trabajo que el trabajador sólo puede prestar sus servicios al contratante:

«Coexistencia de contratos. Un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más empleadores, salvo que se haya pactado la exclusividad de servicios en favor de uno solo».

Pero a su vez el artículo 44 del Código Sustantivo del Trabajo prohíbe pactar que tal restricción se extienda más allá de la vigencia del contrato de trabajo:

«Cláusula de no concurrencia. La estipulación por medio de la cual un trabajador se obliga a no trabajar en determinada actividad o a no prestar sus servicios a los competidores de su empleador, una vez concluido su contrato de trabajo no produce efecto alguno».

Como se observa, una cláusula de este tipo será ineficaz de pleno derecho, pues la ley de forma expresa contempla que no tendrá efecto alguno.

Sin duda esta norma de alguna forma puede comprometer cierta información privilegiada y confidencial que puede quedar en manos de la competencia cuando esta decida llevarse los empleados. Una razón de peso para tratar de retener a ciertos empleados que han tenido acceso a información o experiencia que no se quiere dejar en manos de la competencia.



Relación laboral entre iglesias o comunidades religiosas y sus colaboradores.

En las iglesias y comunidades religiosas (católicas, protestantes, evangélicas, etc.) existen personas que colaboran dentro de la comunidad. ¿Estás personas deben estar vinculadas mediante un contrato de trabajo? ¿Se configura una relación laboral en este tipo de servicios y colaboraciones?

Inexistencia de contrato de trabajo entre iglesias y colaboradores.

¿Puede un pastor, cura, presbítero, acólito, sacristán, capellán, o como se llame quien colabora o hace parte de una comunidad religiosa demandar la existencia de una relación laboral?

A juzgar por la jurisprudencia de la corte suprema de justicia, no puede existir un vínculo laboral entre la comunidad religiosa y quienes colaboran con ella por la naturaleza espiritual y de voluntariedad que caracteriza a estas organizaciones.

Por ejemplo, dijo la sala laboral de la corte suprema de justicia en sentencia 51272 del 21 de junio de 2017 con ponencia del magistrado Fernando Castillo Cadena, en cuanto a la naturaleza de estas organizaciones:

«Estima la Sala que, analizadas las pruebas denunciadas, no pudo existir trasgresión al ordenamiento jurídico en lo que a la calificación de la relación hizo el Tribunal, a partir de su contenido, pues es claro que derivó del tipo de tarea pastoral confiada, las características propias de un fenómeno jurídico que se concreta en las que se han denominado organizaciones de tendencia, por virtud del cual algunos oficios o profesiones no pueden tener la identidad para regularse por el derecho laboral, y escapan a su contenido, atendiendo las finalidades que social y culturalmente se le han asignado.»



La corte clasifica a las iglesias como organizaciones de tendencia, lo que las sustrae de la figura jurídica que comúnmente conocemos como empleadores en el campo laboral.

Continúa la corte profundizando sobre la naturaleza de estas organizaciones:

«En efecto, las organizaciones de tendencia, como son denominadas por la doctrina extranjera en la disciplina del derecho del trabajo y en la de la seguridad social, tienen como fin esencial, o determinante, la difusión de su ideología, pensamientos o creencias, y se concretan, de forma determinante, entre otros en Partidos Políticos, Organizaciones Humanitarias reconocidas y en ordenaciones religiosas, como las Iglesias, en las que no puede hablarse jurídicamente de contrato de trabajo, pues la actividad realizada es en beneficio de un propósito común, como el de una congregación, están arraigadas en el impulso de la gratuidad o sujetas a un sentido espiritual, todo ello extraño a las relaciones jurídicamente reguladas, pero en todo caso no son ajenas al ámbito de protección de los derechos fundamentales, como se expondrá.»

En principio se descarta la existencia de una relación laboral, pero en todo caso advierte la corte que se deben respetar los derechos fundamentales, por lo que en todo caso no son una rueda suelta que escapa a toda regulación humana.

Requisitos para que no exista una relación laboral entre iglesias y colaboradores.

La Corte suprema de justicia en la sentencia anteriormente referida señala que se deben dar las siguientes condiciones para que no se configure una relación laboral entre la iglesia o comunidad religiosa, con sus



colaboradores:

- Que tengan como fin esencial la difusión de su creencia e ideología.
- Que posean arraigo cultural y reconocimiento social.
- Que la subordinación se predique hacia la creencia o ideología y no respecto de determinado sujeto.
- Que se exprese a través del concepto de trabajo libre.
- Que exista un impulso de gratuidad, de altruismo, soportado en la espiritualidad o en el convencimiento del propósito del trabajo voluntario.

Si no se cumplen los anteriores requisitos entonces sí existe la posibilidad de que se configure un vínculo laboral, y en tal caso la organización religiosa tendrá que responder por todos los derechos laborales del trabajador.

Por ejemplo, es el caso de la secretaria que atiende en una parroquia. Ella no está allí para difundir la fe sino para cumplir unas actividades laborales relacionadas con las funciones propias de la parroquia, como tramitar certificaciones, permisos, reuniones, brindar información, etc., y que además debe cumplir con un horario.

Distinto es el monaguillo que ayuda al sacerdote con los oficios religiosos, donde es evidente que se cumplen los requisitos señalados por la corte.

Seguridad social en colaboradores de iglesias y comunidades religiosas.

Si bien no existe una relación laboral entre los colaboradores y la comunidad religiosa, esta sí debe garantizar el derecho a la seguridad social de quienes colaboran activamente dentro de la comunidad.

Como no se trata de contrato de trabajo, la comunidad religiosa debe garantizar la afiliación de sus colaboradores como independientes según lo



advierte la sala laboral de la corte suprema de justicia en sentencia 51272 de fecha 21 de junio de 2017 con ponencia del magistrado Fernando Castillo Cadena:

«Así que, existiendo regulación sobre la materia y atendiendo la característica del derecho a la seguridad social, no podía simplemente considerársele que, aunque prestase una labor carismática exclusiva a la comunidad, no remunerada en términos del derecho del trabajo, podía excluírse de la garantía de la seguridad social, menos, se insiste, existiendo una disposición que hacía forzosa su vinculación al Sistema General de Pensiones.»

Recordemos que la norma que actualmente regula la afiliación de los miembros de las comunidades religiosas es el artículo 3.2.6.13 del decreto 780 de 2016 que contempla las siguientes reglas:

- Para efectos de la afiliación de los miembros de las comunidades y congregaciones religiosas al Sistema de Seguridad Social Integral, estas se asimilan a las asociaciones.
- Para efectos de la afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral, los miembros de las comunidades y congregaciones religiosas se asimilan a trabajadores independientes.
- A las comunidades y congregaciones religiosas no les será exigible la acreditación del número mínimo de afiliados, ni el establecimiento del servicio de afiliación colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral dentro de sus estatutos.
- Para efecto de la afiliación de los miembros de comunidades y congregaciones religiosas, estas deberán acreditar un patrimonio mínimo de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando el número de miembros religiosos sea de 150 o superior; si el número de religiosos es inferior a 150, el patrimonio a acreditar deberá ser de ciento cincuenta (150) salarios mínimos



legales mensuales vigentes, sin que en ninguno de los dos eventos se deba incluir la reserva especial de garantía prevista en el artículo 3.3.1.7 del presente Título.

- La reserva especial de garantía mínima de que trata el artículo 3.2.6.7 del presente decreto deberá constituirse por cada miembro de la comunidad o congregación y deberá prever permanentemente, el valor correspondiente a dos (2) meses de cotizaciones a cada uno de los Sistemas de Seguridad Social Integral a los que se encuentren afiliados de manera colectiva.
- El patrimonio y la reserva especial de garantía mínima podrán ser constituidos y acreditados por una persona jurídica diferente a la que solicita la autorización, siempre y cuando sea también de naturaleza religiosa y sin ánimo de lucro, posea Número de Identificación Tributaria (NIT) y tenga establecida dentro de las actividades que desarrolla, la afiliación y pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral de los religiosos pertenecientes a la entidad que solicita la autorización para que sus miembros religiosos se afilien y paguen por intermedio de esta los aportes.
- En este caso, el Ministerio de Salud y Protección Social autorizará a la entidad solicitante para que la afiliación y pago de los aportes al Sistema se efectúe por intermedio de quien constituye y acredita el patrimonio y la reserva.

Luego la corte en la misma sentencia continúa diciendo:

«En ese sentido, y siendo indiscutible que sobre tales agremiaciones religiosas recaía el deber de solidaridad derivado además de los principios de la seguridad social, del cual no es posible declinar, al tener el carácter de fundamental, es que no es posible deslindarlas de su obligación de asumir el pago de las cotizaciones, de allí que surgía patente que debía la demandada proteger al actor, aspecto que no podía soslayarse, con una lectura rígida, menos entendiendo el



contexto particular de la relación debatida, en la que era imperativo diferenciar los contenidos de la disciplina social.»

Se ha de precisar que ni la norma ni la jurisprudencia precisan en qué casos específicos la comunidad religiosa queda obligada a afiliar al sistema de seguridad social a sus miembros, lo que hace muy difícil determinar a partir de qué tipo de compromiso se accede a ese derecho.

No es lo mismo un presbítero que dedica casi todo el día a las actividades de su iglesia que una señora que colabora con las misas de vez en cuando, por lo que sigue existiendo ese vacío y las comunidades religiosas están expuestas a demandas de personas que poco o mucho han colaborado dentro de la comunidad.

Duración del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo se puede celebrar por un tiempo determinado o por un tiempo indefinido. Al respecto señala el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Duración. El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio».

De aquí se deriva la existencia del contrato de trabajo a término fijo, a término indefinido, por labor u obra, y ocasional.

Contrato de trabajo a término indefinido.

En cuanto al contrato de trabajo a término indefinido, está regulado por el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo:



«Duración indefinida. 1. El contrato de trabajo no estipulado a término fijo o cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido.

2. El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. Con todo, el trabajador podrá darlo por terminado mediante aviso escrito con antelación no inferior a treinta (30) días, para que el patrono lo reemplace. En caso de no dar el aviso oportunamente o de cumplirse sólo parcialmente, se aplicará lo dispuesto en el artículo 8 numeral 7, para todo el tiempo, o para el lapso dejado de cumplir».

El contrato de trabajo a término indefinido por lo general se termina cuando el empleado se retira voluntariamente, cuando se pensiona, cuando la empresa desaparece o es despedido por el empleador, ya sea con justa causa o no.

Por parte de la empresa es realmente difícil terminarle el contrato de trabajo a un trabajador a no ser que existan causas justas para ello. Este tema se tratará en detalle más adelante.

Contrato de trabajo a término fijo.

El contrato de trabajo a término fijo es aquel en que las partes pactan una duración cierta y limitada en el tiempo y que tiene una duración máxima de 3 años pero que puede ser renovado tantas veces como lo dispongan las partes.



Característica del contrato a término fijo.

El contrato de trabajo a término fijo es aquel en que las partes pactan una duración cierta y limitada en el tiempo y que tiene una duración máxima de 3 años pero que puede ser renovado tantas veces como lo dispongan las partes.

Característica del contrato a término fijo.

El contrato de trabajo a término fijo está regulado por el artículo 46 del código sustantivo del trabajo, que señala las siguientes reglas o características.

El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres (3) años, pero es renovable indefinidamente.

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

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

Duración máxima del contrato de trabajo a término fijo.

El contrato de trabajo a término fijo tiene una duración máxima de 3 años, pero puede ser renovado indefinidamente por un periodo igual al anterior y que no puede exceder de los 3 años.



Es decir que no se puede firmar un contrato a término fijo de 4 años, pero uno de 3 años se puede renovar o prorrogar por un año, o por el mismo tiempo.

El contrato a término fijo debe ser por escrito.

Si bien el contrato de trabajo puede ser por escrito o verbal, para el caso de los contratos a término fijo, la ley señala taxativamente que estos deben ser por escrito, de lo contrario se entenderá indefinido.

Puesto que en el contrato de trabajo a término fijo se debe existir la certeza de su duración, esta solo se tendrá en la medida en que exista un documento con valor probatorio que permita identificar plenamente la fecha de extinción del contrato.

De no conocerse con exactitud la duración del contrato este se considerará en todo caso de carácter indefinido.

Renovación del contrato a término fijo.

Como lo anotamos anteriormente, un contrato de trabajo a término fijo como bien lo dice la norma, puede ser renovado indefinidamente sin que por esto se convierta en un contrato a término indefinido.

Las partes son libres de renovar o no el contrato, aunque excepcionalmente la renovación es obligatoria en algunos trabajadores que gozan de estabilidad laboral reforzada.

Renovación automática del contrato a término fijo.

El contrato de trabajo a término fijo puede ser renovado automáticamente si las partes guardaron silencio respecto a la terminación o continuación del



contrato.

La simple expiración del plazo pactado no es suficiente para que el vínculo laboral se rompa, pues se requiere la acción activa de una de las partes para que el contrato termine definitivamente con la expiración del plazo pactado.

La ley prevé tácitamente la renovación automática del contrato de trabajo, cuando dice el numeral 3 del artículo 46 del código sustantivo del trabajo:

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

La renovación automática está contenida en la norma, de suerte que para desactivarla es preciso que la parte interesada notifique a la otra su decisión de no continuar con el contrato, y esa notificación se debe hacer con una anticipación que no puede ser inferior a 30 días calendario.

La ley presume que si las partes guardan silencio el contrato será renovado automáticamente, y esa presunción se derrumba con la notificación previa de que el contrato no se renovará.

El hecho que el contrato por silencio de las partes se renueve indefinidamente, en ningún caso lo convierte en un contrato a término indefinido, puesto que la ley sólo contempla la renovación automática del contrato hasta por un periodo igual al que se terminó, mas no contempla que por tal circunstancia (la no notificación con 30 días de anticipación) se convierta en indefinido.



Renovación del contrato cuya duración es inferior a 1 año.

Cuando el contrato es inferior a un año, sólo se puede renovar por 3 períodos iguales o inferiores, y a partir de la cuarta renovación, la duración no puede ser inferior a un año.

Esa renovación mínima de un año es automática desde la cuarta renovación, si es que las partes guardan silencio al respecto.

Notificación para no renovar el contrato a término fijo.

Si el empleador no desea renovar el contrato de trabajo, debe notificarlo al trabajar con una anticipación de por lo menos 30 días, pues sino lo hace, el contrato se entiende renovado por un periodo igual al que existía.

La contabilización de los días de preaviso es un asunto fundamental, pues de hacer con un día menos de lo exigido, el contrato se considera renovado automáticamente.

Este tema se trata con mayor detalle en el capítulo dedicado al preaviso para la terminación del contrato de trabajo.

¿Cuántas veces se puede renovar un contrato a término fijo?

Un contrato de trabajo fijo se puede renovar infinidad de veces, sin que por ello se convierta en un contrato indefinido.

El término máximo por el que se puede firmar un contrato a término fijo es de 3 años, pero se puede renovar N cantidad veces por un término igual o inferior periodo inicial. Si el periodo inicial fue menor a un año, la renovación



puede incluso ser por un tiempo superior sin que exceda del límite de los tres años.

El contrato de trabajo de duración definida termina cuando el plazo pactado en él expire, cuando las dos partes voluntariamente acuerden la terminación, o cuando una de a las partes decida terminarlo con o sin justa causa.

Consecuencias de la renovación automática del contrato.

La consecuencia no es otra que afrontar un nuevo contrato cuya duración será igual al que termina, de modo que, si el contrato era por 2 años, la renovación será por 2 años.

Aquí es importante señalar que, si la notificación de no renovación no se hace, o se hace con menos de 30 días calendario, y el empleador decide no renovar el contrato de trabajo, se configura un despido injustificado por cuanto la ley ya había dispuesto la renovación, y la indemnización será igual al tiempo por el cual se había renovado automáticamente el contrato.

De allí la importancia de evitar una renovación automática cuando no se quiere continuar con el vínculo laboral.

Contrato por duración de obra o labor.

El contrato de trabajo por duración de obra o labor es aquel se firma por el tiempo que dure la construcción o ejecución de una obra, actividad o labor determinada.

El artículo 45 del código sustantivo del trabajo en encarga de regular la duración del contrato de trabajo, y allí encontramos que puede ser «por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada», de donde viene el nombre que se le da a este tipo de contrato.



Características del contrato de obra o labor.

El contrato de obra o labor tiene unas características muy especiales que merece un tratamiento diferente al de cualquier otro:

1. El contrato finaliza al finalizar la obra contratada.
2. No permite renovación ni prórroga.
3. Puede ser verbal o escrito.
4. No requiere preaviso para su terminación.
5. Por cada se recomienda hay que hacer un contrato.
6. Es un contrato ideal para quien ejecuta obras para terceros.

Formas del contrato de obra o labor.

El contrato de obra o labor puede ser verbal o puede ser escrito.

Téngase en cuenta que la exigencia del contrato escrito es exclusiva para el contrato a término fijo, tal como lo dispone el artículo 46 del código sustantivo del trabajo, artículo de aplicación exclusiva para dicho contrato, de manera que el contrato de trabajo por obra o labor se puede hacer verbal.

No obstante, la recomendación es que se haga por escrito por la necesidad de identificar claramente la obra que se va a ejecutar, tema sensible pues de ello depende la terminación del contrato, máxime si el empleador puede estar ejecutando varias obras al tiempo.

Supóngase que se hace un contrato verbal para construir la torre B de un conjunto de apartamentos, y la torre A se construye justo al lado. ¿Un empleado no estaría tentado en demandar al empleador argumentando que el contrato fue para construir las dos torres, o las 30? ¿El empleador cómo probaría que ese no fue el acuerdo?

El contrato de obra o labor debe acordarse expresamente como tal.



El contrato de obra o labor debe acordarse entre las partes de forma expresa, es decir, que debe quedar constancia de que se lo acordado es un contrato de obra o labor y no otro.

Ante la ausencia de un pacto expreso, el contrato se entenderá indefinido para todos sus efectos.

Así lo señala sala laboral en sentencia 69175 ya referida:

«La Corte coincide con el casacionista en que frente al tiempo de duración del contrato de trabajo por obra o labor contratada debe existir un acuerdo de voluntades, pues a falta de tal estipulación se debe entender para todos los efectos legales que el vínculo fue celebrado a tiempo indeterminado.»

La naturaleza de la obra por sí misma no permite concluir que el contrato es por obra o labor, sino que las partes lo deben definir expresamente.

Debido a lo anterior, si bien el contrato de por obra o labor se puede ser verbal, se recomienda que se haga por escrito, pues de otra forma resulta difícil probar el acuerdo expreso respecto al tipo de contrato.

Periodo de pago en el contrato de trabajo de obra o labor.

Al firmar el contrato de trabajo las partes acuerdan el periodo de pago, y según ese periodo acordado se define la fecha en que el empleador debe pagar los salarios.

Al respecto señala el artículo 134 del código sustantivo del trabajo:

«1. El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal. El período de pago para los jornales no puede ser mayor de una semana, y para sueldos no mayor de un mes.



2. El pago del trabajo suplementario o de horas extras y el del recargo por trabajo nocturno debe efectuarse junto con el salario ordinario del período en que se han causado, o a más tardar con el salario del período siguiente.»

De acuerdo con lo anterior, el periodo de pago puede ser diario, semanal, quincenal o mensual. En todo caso, el periodo de pago no podrá ser superior al mes y en el caso de quienes laboran mediante la figura de jornales, el periodo de pago no podrá ser superior a una semana.

Se puede pactar un periodo de pago mensual, por ejemplo, pero que el pago se haga el primer día hábil del mes siguiente, o que se pague el último día del mes, o de la quincena, etc.

Quiere decir esto, que tan pronto como se termine el periodo pactado, el empleador debe pagar el salario a sus trabajadores.

El artículo 134 del código sustantivo del trabajo contempla una excepción en cuanto al plazo para pagar el trabajo suplementario y el recargo nocturno, que se pueden pagar en el periodo siguiente, lo que implica que el empleado sólo podrá exigir su pago en el siguiente periodo.

Esta excepción no cobija los recargos dominicales y festivos, ni las comisiones, por lo que estas deberán pagarse junto con el salario en el mismo periodo en el que se hayan causado.

Ejemplos de contratos de obra o labor.

Una cosa debe quedar clara en el manejo de este tipo de contratos:

La duración del contrato de obra o labor lo determina la naturaleza de la obra, de manera que finalizada la obra finaliza el contrato de trabajo.

Siendo así, podemos sugerir los siguientes ejemplos:



- Construir una carretera.
- Construir la estructura eléctrica de un edificio.
- Hacer el estudio de factibilidad de un proyecto.
- Implementar una solución informática para una empresa.

Como se puede observar, son obras o actividades cuya finalización se puede identificar claramente. Aquí no existe asomo de duda respecto al momento en que termina el contrato, que será cuando se construya la carretera, o se termine el estudio de factibilidad.

En consecuencia, no puede existir un contrato de obra o laboral para contratar la secretaría del gerente de la empresa, pues allí no se identifica cuándo es el final, ya que las actividades de la secretaría no terminan sino hasta cuando la empresa cierre.

No se puede despedir a una secretaría alegando que la obra se acabó cuando en la semana siguiente hay otra secretaría acompañando al gerente. Allí se configuraría un despido injusto pues la obra o actividad nunca terminó y por lo tanto el contrato no podía terminar.

Distinto es el caso de una secretaría que se crea para un proyecto en concreto, que acabado el proyecto todos los trabajadores de ese proyecto terminan sus actividades, pues ya no hay más proyectos, y si los hubiera habría que firmar un nuevo contrato de obra o labor, por cuanto la ley habla de la realización de una obra o labor en singular, no en plural.

Lo anterior hace imposible que se pueda firmar un contrato de obra o labor en actividades de ejecución continuada.

Contratos de obra o labor consecutivo con un mismo empleador

Es normal que en ciertas actividades como en el sector petrolero se requiera



firmar contratos de trabajo de obra o labor consecutivos.

Es el caso de un constructor que debe construir varios edificios, y cuando termina uno contrata la construcción de otro pues a eso es que se dedica.

En estos casos es muy válido que por cada edificio que se construya se firme un contrato de obra, pues son obras independientes y respecto a las cuales no hay dudas en cuanto a la procedibilidad del contrato de trabajo por duración de obra o labor.

Empero, hay que tener claro que como cada contrato es independiente, hay que hacer las respectivas liquidaciones para cada uno y firmar los nuevos, pues si no se hace, y con un solo contrato se ocupa el trabajador para ejecutar varias obras, ya no es posible determinar cuándo se terminaba el contrato, si en la primera obra o en la enésima, de modo que el contrato se puede convertir en indefinido ante la imposibilidad de determinar su fecha de terminación.

Aquí el contrato no se puede prorrogar, sino que se debe firmar otro nuevo previa liquidación del anterior.

Lo que pasa si se firma un contrato de obra o labor que no es tal.

Si no hay obra que termine no hay contrato que pueda terminar, de manera que lo que quiso ser un contrato de obra o labor, será un contrato a término fijo, o incluso uno a término indefinido.

Vamos a retomar el ejemplo de la secretaria del gerente.

Como el cargo de secretaría probablemente nunca desaparezca, el contrato de obra por ese concepto nunca terminará, de manera que en la práctica el contrato se convierte en indefinido.



Ahora, si el contrato de obra o labor improcedente se acordó verbalmente, se convierte en indefinido, y si fue por escrito, sucede lo del inciso anterior, es decir, como el cargo de secretaría de gerencia no tiene un fin a la vista, tampoco lo tendrá el contrato.

En esas condiciones, mientras el cargo de secretaria exista no es posible terminar el contrato de trabajo alegando terminación de la obra.

Si la naturaleza de la obra no es clara el contrato de obra se convierte en indefinido.

Cuando la naturaleza de la obra contratada no es clara, es decir, no se puede identificar con precisión, ante la duda el contrato de trabajo se considera indefinido.

Así lo recuerda la sala laboral en sentencia 69175 del 27 de junio de 2018 con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas:

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

Por eso es importante no equivocarse en la figura contractual que se pretende, pues si hay dudas respecto a si es viable o no el contrato por duración de obra o labor, lo mejor es firmar un contrato a término fijo, pues de lo contrario se corre el riesgo de que se convierta en uno indefinido.



Periodo de prueba en el contrato trabajo de obra o labor.

La ley no contempla una regulación especial para estos casos, por lo que se debe recurrir a la norma general.

Es decir que el periodo de prueba será de máximo dos meses y debe constar por escrito.

Prestaciones sociales en el contrato de trabajo por obra o labor.

En el contrato de trabajo de obra o labor se deben pagar todas las prestaciones sociales al trabajador, pues la norma no contempló excepción alguna, ni tratamiento diferente.

El pago se ha de hacer en las fechas, formas y porcentajes indicados por la norma general, y por los conceptos que corresponden: Prima de servicios, cesantías, dotación, etc.

Igual sucede con las vacaciones, que se otorgan según la norma general.

Seguridad social en el contrato de trabajo por obra o labor.

En el contrato de trabajo de obra o labor el trabajador tiene derecho a ser afiliado al sistema de seguridad social (salud, pensiones, riesgos laborales) como cualquier otro trabajo, y debe estarlo desde el primer día de ejecución del contrato.

Terminación del contrato de trabajo por obra o labor.

El contrato de trabajo por obra o labor puede ser terminado por causa justa



o legal, o unilateralmente si justa causa.

Se terminará justamente por parte del empleador cuando:

1. Finalice la obra contratada.
2. El trabajador incurra en una justa causa para la terminación del contrato.

Renovación y prórroga del contrato de obra o labor.

El contrato de trabajo de obra o labor no puede ser renovado ni prorrogado por cuanto la naturaleza de este contrato no lo permite.

La principal característica del contrato de trabajo por duración de la obra o labor es que terminada la obra contratada termina el contrato de trabajo.

Si el trabajador se contrató para construir un puente, una vez construido ese puente es materialmente imposible que el trabajador pueda seguir trabajando en ese mismo puente, por tanto, también es imposible que el contrato pueda ser renovado o prorrogado.

Es por ello por lo que en el contrato de trabajo por obra o labor no existe el preaviso para la no renovación de este, pues si la renovación no es una posibilidad, la previa notificación no tiene sentido material.

En el contrato de trabajo a término fijo el término pactado finaliza, aunque el objeto que le dio origen persista; en el contrato de obra o labor, al terminarse la obra o labor la causa que le dio origen desaparece, razón por la cual no se le pueden aplicar las reglas de renovación contempladas por el artículo 46 del código sustantivo del trabajo.

Retomando el anterior ejemplo, si la empresa contrata a un trabajador para reparar un puente, al terminarse la reparación del puente termina el contrato



de trabajo. Terminada la obra, si la empresa tiene otra obra diferente en la cual puede ocupar al trabajador, le puede firmar un nuevo contrato, el cual técnicamente no sería una renovación sino un nuevo contrato para una nueva obra, contrato que puede o no mantener los mismos términos que el anterior, excepto que cambia la obra objeto del contrato.

Esto quiere decir que por cada obra habrá un contrato, que pueden ser consecutivos con los mismos términos o con nuevas condiciones dependiendo de la naturaleza de la nueva obra contratada.

En vista a que cada contrato de obra o labor corresponde necesariamente a una nueva obra, a un nuevo objeto no existe ni el preaviso de 30 días ni la duración máxima de tres años contemplada por el artículo 46 del código sustantivo del trabajo, por cuanto el contrato de obra o labor tiene unas características propias.

Si hay una nueva obra y se firma un nuevo contrato se debe liquidar el anterior contrato, pues de lo contrario se corre el riesgo de que se configure un contrato de trabajo indefinido, puesto que al no ponérsele fin cuando debió hacerse, desparece la causal que le daba terminación, pues este se terminaba cuando se terminaba el puente x sobre el río y, pero si el trabajador continúa laborando con el mismo contrato, habrá otros puentes sobre otros ríos que no figuran en el contrato de trabajo, lo que dificultaría su terminación.

Indemnizaciones en el contrato de obra o labor.

Si el contrato de trabajo por obra o labor se termina antes de la finalización de la obra sin que exista una causa justa, naturalmente hay que pagar la respectiva indemnización por despido injustificado.

En este caso, la indemnización será igual a los salarios que falten por causarse hasta la finalización de la obra, o, dicho de otra manera, la indemnización



será igual a los salarios que el trabajador hubiera devengado si no hubiera sido despedido.

Contrato de trabajo accidental o transitorio.

El trabajo ocasional, transitorio o accidental es aquel que no excede de un mes, y sobre actividades distintas a las que normalmente desarrolla el empleador.

Lo que se entiende por ocasional o transitorio.

El artículo 6 del código sustantivo del trabajo señala dos requisitos para que pueda existir el trabajo ocasional o transitorio:

1. Que sea de corta duración, siendo como máximo de un mes.
2. Que se trate de actividades distintas a las que normalmente desarrolla el empleador.

Para ilustrar un caso podemos citar como ejemplo la empresa que requiere contratar a una persona para que repare el muro exterior de una de sus bodegas.

Esa es una actividad que nada tiene que ver con lo que la empresa haga, y además será un trabajo de pocos días.

Por qué es importante el concepto de transitoriedad del trabajo.

Hasta la sentencia C-823 del 2006 el concepto de trabajo ocasional o transitorio fue relevante puesto que estos trabajadores estaban excluidos de la prima de servicios y del auxilio de cesantías.

Los artículos 251 y 306 del código sustantivo del trabajo señalaban que los



trabajadores ocasionales o transitorios no tenían derecho al auxilio de cesantías y a la prima de servicios respectivamente, situación que cambió con la sentencia referida que declaró inexequible la parte de esos artículos que se referían a los trabajadores ocasionales o transitorios.

En consecuencia, hoy en día este concepto resulta irrelevante pues los trabajadores ocasionales o transitorios no tienen tratamientos especiales o diferentes respecto a los demás trabajadores de la empresa.

Derechos de los trabajadores ocasionales o transitorios.

Como lo señalamos unas líneas arriba, los trabajadores ocasionales o transitorios gozan de los mismos derechos que cualquier otro trabajador.

Ese tratamiento especial que le quitaba derechos a los trabajadores transitorios solo por el hecho de hacer un trabajo temporal, ocasional y extraño al giro ordinario de los negocios del empleador, desapareció con la sentencia C-823 de 2006, de modo que estos trabajadores se tratarán igual que los demás.

En consecuencia, así el trabajador labore unos cuántos días se le deben pagar las prestaciones sociales que correspondan en proporción al tiempo laborado, lo mismo que debe ser afiliados a seguridad social plena no importa el número de días que dure la vinculación.

Por supuesto se le deben pagar horas extras si las labora, lo mismo que recargos nocturnos, dominicales y festivos si fuere el caso.



Contrato que se debe hacer a un trabajador ocasional o transitorio.

Este es un punto relevante, porque para efectos del tipo de contrato y de la duración de este, sí es importante el concepto de transitorio y ocasional.

Aquí es importante considerar lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 47 del código sustantivo del trabajo:

«El contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido.»

La naturaleza y duración del contrato de trabajo puede deducirse o concluirse de la actividad desarrollada, de modo que, si en efecto se trata de un trabajo accidental o transitorio, el contrato lo será igual así no se haya firmado por escrito, pero existe el riesgo de que al no estar por escrito y al no poderse identificar con claridad la transitoriedad del trabajo, se convierta en un contrato indefinido.

Es el caso por ejemplo de un empleado que es contratado para hacer un reemplazo de otro trabajador que salió a vacaciones. En tal caso, ese trabajador no será ocasional ni transitorio porque no cumple los dos requisitos que exige este concepto, pues sólo cumple la duración que es menor a un mes, pero no cumple con el tipo de actividad ajena al negocio del empleador, pues en este caso al reemplazar a un trabajador de planta, necesariamente desarrollará una actividad propia del negocio.

Para no correr riesgos, lo ideal es firmar en todo caso un contrato de trabajo a término fijo, así sea por una semana, con el ánimo de no dejar espacio a las interpretaciones, pues cada uno tiene la suya, incluido el juez.



Contrato de aprendizaje.

El contrato de aprendizaje es un contrato especial para vincular estudiantes que requieran hacer prácticas relacionadas con su tema de estudio.

¿En qué consiste el contrato de aprendizaje?

El contrato de aprendizaje es una figura contractual especial contemplada por la legislación laboral colombiana que permite a las empresas y empleadores contratar estudiantes del SENA, de universidades u otros institutos educativos para que realicen su etapa práctica de formación y como remuneración reciben un apoyo económico que no constituye salario.

¿Quiénes pueden contratar aprendices?

Cualquier empresa puede contratar aprendices, pero hay que recordar que no siempre la contratación de aprendices es optativa para una empresa, sino que en algunos casos la ley obliga a que ciertas empresas deban contratar aprendices.

El artículo 32 de la ley 789 del 2002 señala que toda empresa que tenga 15 o más empleados debe contratar aprendices.

La empresa que no esté obligada por ley a contratar aprendices puede contratarlos voluntariamente, y si está obligada, puede contratar aprendices adicionales a los que está obligada.

La obligación de contratar aprendices surge desde el momento en que la empresa cumple los requisitos exigidos por la ley, esto es, tener mínimo 15 empleados.

Si bien es el SENA el encargado de fijar la cuota de aprendices, ello no exonera a la empresa de hacer lo suyo, por lo que indudablemente la



empresa una vez es consciente de que se ha configurado la obligación de contratar aprendices, debe iniciar los trámites pertinentes ante el SENA para cumplir con su obligación.

¿Qué se puede hacer si una empresa no quiere contratar aprendices?

Si una empresa no desea contratar aprendices teniendo la obligación de hacerlo, puede monetizar la cuota que le corresponde en los términos del artículo 34 de la ley 789 de 2002 reglamentado por el decreto 934 de 2003.

De esta forma en lugar de contratar aprendices, la empresa paga una cantidad de dinero al SENA como compensación por su decisión de no contratar aprendices.

La monetización puede ser parcial, esto es, vincular parte de los aprendices de lo que le corresponde, y la otra parte monetizarla.

¿Quiénes pueden ser contratados como aprendices?

Sólo pueden ser contratados como aprendices los estudiantes del Sena, de las Universidades y de las instituciones educativas debidamente reconocidas por el estado según lo dispone el artículo 37 de la ley 789 del 2002.

No se puede contratar como aprendiz a estudiantes de instituciones educativas informales o no reconocidas por el ministerio de educación o las secretarías de educación territoriales.

El contrato de aprendizaje que se firme con un estudiante de una entidad educativa que no esté regularizada, puede no tener validez pudiéndose configurar una relación laboral, por lo tanto, quien contrate aprendices debe verificar que la institución educativa está debidamente acreditada.



¿Cuál es la duración máxima del contrato de aprendizaje?

La duración máxima que puede tener un contrato de aprendizaje es de 2 años según lo dispone el artículo 30 de la ley 789 de 2002.

Esos dos años pueden ser continuos o discontinuos, y una vez alcanzado el tiempo máximo de duración, no se puede firmar otro contrato de aprendizaje con la misma empresa ni con otra distinta, pero si el mismo estudiante se forma en un área distinta, puede también ser aprendiz en esa área, como por ejemplo el contador público que luego estudia derecho. En tal caso, en nuestra opinión, el estudiante puede ser aprendiz como contador y luego en el futuro ser también aprendiz como abogado.

¿Se puede renovar el contrato de aprendizaje?

Ni la ley 789 ni el decreto 1072 de 2015 consideraron la renovación del contrato de aprendizaje, y considerando la naturaleza del contrato, entendemos que no hay lugar a la renovación por cuanto se desnaturaliza el contrato de aprendizaje.

El contrato de aprendizaje tiene como objetivo que el estudiante valide desde la experiencia los conocimientos teóricos y académicos adquiridos en la entidad educativa, y el programa educativo debe contener las pautas necesarias para la parte práctica, y con base a esas pautas se debe firmar el contrato de aprendizaje.

Si el programa se diseñó para que el estudiante haga una práctica de 6 meses, el contrato de aprendizaje debe ser por 6 meses, y finalizado dicho periodo no hay lugar a renovar el contrato, puesto que esa renovación no está considerada en el pensum académico aprobado por el ministerio de educación o la secretaría de educación.



¿Cuánto se le debe pagar al aprendiz?

En el contrato de aprendizaje no se paga un sueldo o salario, sino que se paga una compensación económica por parte de la empresa patrocinadora, y su monto depende de si el aprendiz está en la fase lectiva (formativa) o práctica.

1. Fase lectiva: 50% del salario mínimo
2. Fase práctica: 75% del salario mínimo (100% para el 2019)

Si el aprendiz es estudiante universitario el apoyo económico no puede ser inferior a un salario mínimo.

La ley 789 de 2002 en su artículo 30 señala que el auxilio económico en la fase práctica será del 100% del salario mínimo cuando el desempleo sea inferior al 10%, pero para ello se requiere que ese 10% sea el promedio del año anterior conforme lo estipula el artículo 2.2.6.3.33 del decreto 1072 de 2015:

«Tasa de desempleo de referencia. Para determinar la tasa de desempleo nacional en cumplimiento del inciso quinto del artículo 30 de la Ley 789 de 2002, se tomará la tasa nacional promedio del periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE, a más tardar en la segunda quincena del mes de enero de cada año.»

En consecuencia, para pagar el salario mínimo completo a un aprendiz en la fase práctica, es preciso que el promedio del desempleo en el año anterior sea inferior al 10%, algo que desde la expedición de la ley 789 del 2002 nunca ha sucedido, pues sólo uno que otro mes de un determinado año el desempleo se sitúa por debajo del 10%.



¿El embarazo suspende el contrato de aprendizaje?

Son muchas las inquietudes que recibimos sobre el efecto que puede tener en el contrato de aprendizaje el embarazo o la licencia de maternidad.

El embarazo, o mejor, la licencia de maternidad suspende el contrato de aprendizaje por el tiempo que esta dure.

Así es como el Sena en el acuerdo 015 de 2003, en su artículo 5 contempló:

«Causales de suspensión del contrato de aprendizaje. La relación de aprendizaje se podrá interrumpir temporalmente en los siguientes casos:

- *Licencia de maternidad.*
- *Incapacidades debidamente certificadas.*

Caso fortuito o fuerza mayor de conformidad con las definiciones contenidas en el Código Civil.

Vacaciones por parte del empleador, siempre y cuando el aprendiz se encuentre desarrollando la etapa práctica.

PAR. 1º—La suspensión de la relación de aprendizaje no exonera al empleador de continuar cancelando los respectivos aportes a la Entidad promotora de Salud, según sea el caso, donde se encuentre afiliado el aprendiz.»

Así las cosas, si durante el desarrollo del contrato de aprendizaje la aprendiz queda cobijada por la licencia de maternidad, el contrato se suspende y se reanuda una vez termine la licencia de maternidad.

Recordemos que la aprendiz tiene derecho a que se le pague la licencia de maternidad, puesto que la empresa patrocinadora tiene la obligación de afiliarla a una EPS, EPS que tendrá que hacer el reconocimiento de la licencia.

No sobra aclarar que el embarazo ni suspende ni termina el contrato de aprendizaje, es la licencia de maternidad la que lo suspende.



Obligaciones derivadas del contrato de aprendizaje.

El contrato de aprendizaje obliga al aprendiz a cumplir con las obligaciones que se ha impuesto en el respectivo contrato, y la empresa patrocinadora queda obligada a pagar la respectiva compensación económica a que tiene derecho el aprendiz, compensación que no constituye salario según lo dispone expresamente el artículo 2.2.6.3.1 del decreto 1072 de 2015.

¿El aprendiz debe ser afiliado a seguridad social?

Sí, el contrato de aprendizaje encarna la obligación de la empresa patrocinadora de afiliar a seguridad social al aprendiz.

Cuando el aprendiz esté en la etapa lectiva o formativa, únicamente se debe afiliar a salud.

Cuando el aprendiz esté en la etapa práctica, se debe afiliar a riesgos laborales.

No se debe afiliar a pensión al aprendiz.

Un aprendiz no debe estar afiliado al Sisben, sino que la empresa patrocinadora está en la obligación de afiliarlo a una EPS.

¿El aprendiz tiene derecho a prestaciones sociales?

El contrato de aprendizaje no es un contrato laboral, y los pagos que reciben los aprendices no constituyen salario, de modo que no hay lugar al pago de prestaciones sociales de ningún tipo.



¿Las aprendices tienen derecho a la licencia de maternidad?

La empresa patrocinadora debe afiliar a sus aprendices al sistema de salud, por tanto, si una aprendiz queda embarazada, la EPS está obligada a pagar la licencia de maternidad, y por supuesto, la empresa patrocinadora debe otorgar esa licencia.

Si la empresa no llegara a afiliar a la aprendiz, le corresponde asumir el pago de la licencia de maternidad que hubiera pagado la EPS de haber estado afiliada.

Terminación del contrato de aprendizaje.

El contrato de aprendizaje puede terminar por expiración del plazo pactado, por incumplimiento de cualquiera de las partes, o por voluntad del aprendiz.

La terminación del contrato de aprendizaje no da derecho al pago de liquidación alguna, puesto que no se trata de una relación laboral, y el dinero que recibe el aprendiz por expresa disposición legal no constituye salario, de manera que no se paga liquidación, indemnización ni prestaciones sociales.

Contrato de trabajo con los conductores de servicio público.

La vinculación de los conductores de servicio público se debe hacer mediante contrato de trabajo verbal o escrito entre el conductor y la empresa operadora del servicio de transporte, sin que exista un tratamiento especial respecto a otro tipo de contratos.

Al respecto dice la ley 15 de 1959, en su artículo 15:

«El contrato de trabajo verbal o escrito, de los choferes



asalariados del servicio público, se entenderá celebrados con las empresas respectivas, pero para efecto de pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, las empresas y los propietarios de los vehículos, sean socios o afiliados, serán solidariamente responsables».

Según la norma transcrita la relación laboral existente entre el conductor y la empresa de transporte público es exactamente igual al contrato de trabajo de que trata el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que no es necesario hacer precisiones adicionales respecto a este tipo de contrato.

Sobre el contrato de trabajo de los conductores de servicio público, y más específicamente sobre la seguridad social en este tipo de vinculación, el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo) se pronunció mediante concepto 5280 de septiembre de 2005:

«El artículo 15 de la Ley 15 de 1959, dispone con respecto a los contratos con los conductores lo siguiente:

El Contrato de trabajo verbal o escrito de los choferes asalariados del servicio público se entenderá celebrado con la empresa respectiva, pero para efectos del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, las empresas y los propietarios de los vehículos, sean socios o afiliados, serán solidariamente responsables».

El artículo 34 de la Ley 336 de 1996, señala que las empresas de transporte público están obligadas a vigilar y constatar que los conductores de sus equipos cuenten con la licencia de conducción vigente y apropiada para el servicio, así como su afiliación al sistema general de Seguridad social según lo prevean las disposiciones vigentes sobre la materia.

En el artículo 36 de la ley en comento, se determina que los conductores de equipos destinados al Servicio público de transporte



serán contratados directamente por la empresa operadora de transpone, quien para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del vehículo.

De esta manera y expuesto lo anterior, se tiene que por expresa disposición legal, entre la empresa operadora de transporte y los conductores debe existir un Contrato de trabajo, situación que nos lleva a concluir que la empresa operadora de transporte actúa como empleador y por ende, a su cargo estarán todas las obligaciones que la ley laboral le impone al empleador.

De otra parte, el Decreto 1703 de 2002 establece en el artículo 26, que para efectos de garantizar la afiliación de los conductores de transporte público al sistema general de seguridad social en salud, las empresas o Cooperativas a las cuales se encuentren afiliados los vehículos velarán por que tales trabajadores se encuentren afiliados a una entidad promotora de salud - EPS, en calidad de cotizantes: cuando detecten el incumplimiento de la obligación aquí establecida, deberán informar la Superintendencia Nacional de Salud para lo de su competencia.

Igualmente, debe indicarse que el Artículo 113 del Decreto Ley 2150 de 1995 que modifica el artículo 281 de la Ley 100 de 1993, señala que conforme la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, las licencias de construcción y de transporte público terrestre deberán suspenderse si «(...) 10) se acredita la afiliación de la respectiva empresa a organismos de seguridad social una vez inicien labores».

Así las cosas y frente al caso expuesto en la consulta, se concluye que los conductores de transporte público deben estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social integral (salud y riesgos profesionales) como trabajadores cotizantes dependientes, no siendo viable por ello aceptar que el conductor asuma directa y totalmente e pago de los



aportes a los sistemas ya mencionados como trabajador independiente cotizante, cuando es clara la obligación de establecer una relación de carácter laboral entre la empresa operadora de transporte y el conductor, sea este o no el propietario del vehículo.

Ahora bien, aclarado que entre el conductor de un vehículo de transporte público y la empresa operadora de transporte debe existir una relación de carácter laboral, debe indicarse que de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 65 del Decreto 806 de 1998, el artículo 52 del Decreto 806 de 1998 y el artículo 29 del Decreto 1406 de 1999 para salud, toda persona que reciba ingresos adicionales, bien sea por otra actividad como dependiente, independiente o pensionado como en el caso objeto de consulta, está en la obligación de cotizar en salud sobre la totalidad de ingresos que perciba. Lo anterior quiere decir frente a lo consultado, que el conductor independientemente de que esté aportando en salud por su mesada pensional, también deberá efectuar el aporte respecto de los recursos que perciba en virtud de la relación laboral que se establezca con la Cooperativa Transportadora de Bogotá Kennedy Ltda., caso en el cual, esta cooperativa debe como empleador efectuar el respectivo descuento del aporte y girarlo a la EPS donde este afiliado el conductor pensionado.

En cuanto a los aportes en pensiones de las personas indicadas por usted, debe señalarse que el inciso 2 del artículo 4 de la Ley 797 de 2003 que modifica el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, indica que la obligación de cotizar a Sistema General de Pensiones cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente. Por tal razón y teniendo en cuenta que los conductores objeto de consulta ya están pensionados, estos no se encuentran en la obligación de cotizar en materia de pensiones.



Respecto de los aportes al Sistema General de Riesgos Profesionales, debe señalarse que al existir una relación de carácter laboral entre el Cooperativa Transportadora Bogotá - Kennedy Ltda., y los pensionados conductores, dicha cooperativa como empleadora y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 1295 de 1994 « "Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales" , debe asumir el pago de las cotizaciones de estos trabajadores al sistema en comento y además debe afiliarlos a una Administradora de Riesgos Profesionales-ARP».

Como se puede observar, no hay nada especial ni diferente a cualquier contrato de trabajo. Los derechos del trabajador son exactamente iguales.

Contrato de trabajo a domicilio.

El contrato de trabajo a domicilio es un tipo de contrato muy especial contemplado por el Código Sustantivo del Trabajo, el cual permite que una empresa pueda contratar a una persona para que desde su casa y con el apoyo de su familia si es necesario, realice las labores encomendadas.

Este contrato está regulado por los artículos 89 a 93 del Código Sustantivo del Trabajo.

En este tipo de contrato la empresa debe suministrar al trabajador las materias primas y demás elementos necesarios para que el trabajador pueda desarrollar su trabajo.

Y en efecto dice el artículo 6 del decreto 210 de 1953:

«Se entiende que existe contrato de trabajo al tenor de lo dispuesto en el artículo 89 del Código Sustantivo del Trabajo y para efectos del presente decreto cuando aparezca plenamente establecido que el trabajador o trabajadores a domicilio reciben



del patrono materias primas o elementos destinados a ser manufacturados y expendidos por cuenta de esta último».

Los materiales que se entreguen al trabajador deben estar claramente especificados y valorados, datos que deberán consignarse en una libreta o documento.

En el contrato se debe especificar la forma y el monto del salario, teniendo en cuenta que, en este tipo de contrato por lo general se trata de trabajo por unidad de obra o destajo, y según la Corte Suprema de Justicia, a este tipo de trabajadores los cobija también el salario mínimo.

El contrato a domicilio como todo contrato de trabajo cobija al trabajador con todos los beneficios que lo son propios a la relación laboral, como prestaciones sociales y seguridad social, al igual que los aportes parafiscales.

Contrato de trabajo en trabajadores del servicio doméstico.

Se entiende como servicio doméstico el desarrollo de actividades propias del hogar como son aseo, limpieza, preparación de alimentos, lavado y planchado de ropa, atención de niños y cualquier otra actividad relacionada con el hogar del empleador.

Sólo las personas naturales pueden prestar este tipo de servicios, y se entiende que sólo se puede prestar a personas naturales, puesto que el servicio está directamente relacionado con el hogar, la casa de habitación, y sólo las personas naturales pueden tener hogar y casa de habitación.

Un contrato de trabajo con trabajadores del servicio doméstico tiene las mismas características y conllevan las mismas obligaciones y derechos que cualquier otro contrato de trabajo.



El contrato de trabajo con los empleados del servicio doméstico puede ser verbal o escrito, a término fijo o a término indefinido. Es importante recordar que cuando en el contrato expresamente no se manifiesta que se trata de un contrato a término fijo, se entenderá indefinido.

El Código Sustantivo del Trabajo no regula expresamente la jornada de trabajo de los trabajadores del servicio doméstico, pero la Corte Constitucional en Sentencia C-372 de junio 21 de 1998, afirmó que la jornada no puede exceder de 10 horas diarias. Igualmente, que tiene derecho a descansos dominicales y festivos, lo que permite concluir que, en términos generales para los trabajadores del servicio doméstico les aplica la norma general sobre la jornada de trabajo.

Periodo de prueba en las empleadas del servicio doméstico.

El periodo de prueba en el contrato de trabajo del servicio doméstico pasa a ser de 2 meses luego de la reciente decisión de la Corte constitucional.

La Corte constitucional en sentencia C-028 del 30 de enero de 2019 declaró inexistente el numeral 2 del artículo 77 del código sustantivo del trabajo, por lo tanto, el periodo de prueba para las empleadas del servicio doméstico pasa de 15 días a 2 meses.

El artículo 77 del código sustantivo del trabajo señala lo siguiente:

- «1. El período de prueba debe ser estipulado por escrito, y en caso contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo.*
- 2. En el contrato de trabajo de los servidores domésticos se presume como período de prueba los primeros quince (15) días de servicio.»*

Al declararse la inexistencia del numeral 2 de la citada norma, se aplica la



norma general al periodo de prueba a las empleadas del servicio doméstico, y esta es la contenida en el artículo 78 del código sustantivo del trabajo, que es de dos meses, y debe constar por escrito.

Salario en el servicio doméstico.

El salario de un trabajador del servicio doméstico no puede ser inferior al mínimo legal vigente. Puede ser pagado en dinero, o una parte en dinero y otra en especie. En el caso en que se pague en especie, esta no puede ser superior al 30% del total del salario.

A los trabajadores del servicio doméstico se le aplican los mismos procedimientos y principios aplicables a todo trabajador; en consecuencia, tiene derecho a descansos remunerados, a recargos nocturnos, dominicales y festivos.

¿Cómo manejar la alimentación en las empleadas del servicio doméstico?

Suministrar alimentación y vivienda a la trabajadora del servicio doméstico tiene implicaciones laborales que en ocasiones dejamos de lado, lo que puede generar dificultades para el empleador.

Suministro de alimentación y vivienda a trabajadores del servicio doméstico.

Cuando se contrata a una empleada del servicio doméstico por lo general se le suministra alimentación y en algunos casos vivienda, que constituyen un salario en especie sino se les da un tratamiento distinto.

Como salario en especie, se deben liquidar prestaciones sociales, aportes a



seguridad social e indemnizaciones por despido sobre esos pagos.

La mayoría de las personas no le fijan un valor a ese pago en especie y simplemente guardan silencio al respecto, de modo que si se paga un salario de \$900.000 mensuales más alimentación y vivienda, el sueldo será de \$900.000 más el valor que se le dé a la alimentación y a la vivienda, que, en caso de una demanda laboral, es fijado por un perito.

Para evitar esa situación, lo ideal es que las partes en el contrato expresamente fijen un valor al pago en especie por los conceptos señalados, y luego decidan qué tratamiento dar a ese pago.

Recordemos que el pago en especie debe estar sujeto a los límites legales, que es del 30% respecto al salario mínimo, lo que regularmente el pagan a una empleada del servicio doméstico.

Manejo laboral en el suministro de alimentación y vivienda en el servicio doméstico.

Para ilustrar la situación supongamos un salario en dinero de \$900.000 mensuales, y una alimentación y vivienda valorada en \$300.000 mensuales, lo que permite plantear las siguientes alternativas:

- Pagar el salario en dinero más la especie, esto es \$900.000 + \$300.000 para un total de 1.200.000.
- Al salario en dinero descontar el salario en especie: \$900.000 – 300.000 para pagar un valor neto de \$600.000.
- Se acuerda que el pago en especie no constituye salario, así que la empleada recibe \$900.000.

En el primer caso la empleada recibe \$900.000, pero sus prestaciones sociales y seguridad social se liquidan sobre \$1.200.000, y el empleador se sentirá perjudicado.



En el segundo caso la empleada recibe \$600.000 y sus prestaciones sociales y seguridad social se liquidan sobre \$900.000, y la empleada se sentirá perjudicada.

En el tercero caso la empleada recibe \$900.000 y las prestaciones sociales y seguridad social se liquidan sobre \$900.000, solución que permite que ni el empleador pague más ni la empleada reciba menos, que podemos considerar equilibrada.

Acuerdo de desalarización de la alimentación y vivienda en el servicio doméstico.

Es perfectamente legal que las partes acuerden que la alimentación y vivienda que se suministre a la empleada no se tendrá en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales ni seguridad social.

Es decir que las partes pueden acordar que estos pagos no constituyen salario, para todos sus efectos.

Insistimos en que, si no se acuerda nada al respecto, el juez entenderá que se trata de un pago en especie que constituye salario, y lo sumará al salario en dinero que recibe la trabajadora.

Valor de la alimentación y vivienda suministrada a la empleada doméstica.

Las partes pueden libremente fijar el valor por el que se reconoce a la alimentación y vivienda suministrada a la trabajadora, considerando que el resultado no puede afectar el límite del salario en especie.

Recordemos que, tratándose de un salario mínimo, el valor del salario en especie no debe exceder el 30% de la totalidad del salario.



De manera que si el salario mínimo es de \$100, el salario en especie no podrá ser superior a \$30, lo que permite que los \$70 sean en efectivo.

Por consiguiente, el valor que las partes le den a la alimentación y vivienda no puede superar esa proporción, así el valor real sea superior.

Si a la empleada se le paga un salario superior al mínimo ese margen aumenta pudiendo llegar hasta el 50%, siempre que lo recibido en efectivo no sea inferior al 70% del salario mínimo, según nuestro criterio.

Por ejemplo, no se puede acordar un salario de \$1.500.000, y que por ser superior al mínimo se pueda valorar el suministro de vivienda más alimentación en \$900.000, que es precisamente lo que le sucedió a una empleada que trabajaba interna en un conjunto cerrado en Chía (según una consulta que nos elevaron), bajo el argumento del empleador de que vivir en una casa de estrato 7 valía más que esos \$900.000.

Consideramos que la intención de legislador es que el trabajador reciba en dinero por lo menos el 70% del salario mínimo.

Auxilio de transporte en el servicio doméstico.

Igual que en los demás trabajadores que devenguen hasta dos salarios mínimos, los trabajadores del servicio doméstico tienen derecho al pago del auxilio de transporte, siempre y cuando no vivan en la casa de habitación del empleador, que es su lugar de trabajo.

Prestaciones sociales en el servicio doméstico.

El trabajador del servicio doméstico tiene derecho a vacaciones, prima de servicios, dotación, licencia de maternidad, cesantías e intereses sobre cesantías, lo mismo que a la seguridad social.



El trabajador del servicio doméstico hasta el 7 de julio de 2016 no tenía derecho a la prima de servicios, pero en esa fecha se profirió la ley 1788 de 2016 que reconoce el derecho a la prima de servicios en los trabajadores del servicio doméstico.

Respecto a las cesantías, estas se calculan sobre el total del salario, incluido el salario es especie. Esto en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional C-130 de mayo de 2007, que declaró inexequible el artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual contemplaba que para el caso del servicio doméstico las cesantías se calculaban sin incorporar el salario en especie, así que, a partir de esa fecha, las cesantías a los trabajadores del servicio doméstico se le deben pagar sobre el 100% del salario, es decir, incluido el salario pagado en especie.

Prima de servicios en trabajadores del servicio doméstico.

Por fin el legislativo ha reconocido la prima de servicios a los trabajadores de servicio doméstico, lo cual ha hecho por medio de la ley 1788 del 7 de julio de 2016.

Esta ley modifica el artículo 306 del decreto ley 2363 del 5 de agosto de 1950 o código sustantivo del trabajo, en donde se agrega el siguiente párrafo:

Parágrafo. Se incluye en esta prestación económica a los trabajadores del servicio doméstico, choferes de servicio familiar, trabajadores por días o trabajadores de fincas y en general, a los trabajadores contemplados en el Título 111 del presente Código o quienes cumplan con las condiciones de empleado dependiente.

En adelante los trabajadores del servicio doméstico, fincas de recreo y en general todo trabajador vinculado mediante contrato de trabajo tiene derecho al reconocimiento de la prima de servicios. **Ya no hay excepciones.**



La prima de servicio en trabajadores de servicio doméstico tiene el mismo tratamiento que se da a los demás trabajadores, esto es, que por cada año de servicios se le debe pagar un mes de salario por concepto de prima, y se pagará en dos cuotas iguales, una a más tardar el 30 de junio y la otra dentro de los primeros 20 días del mes de diciembre.

¿Desde cuándo se paga la prima de servicios en el servicio doméstico?

Hay discusión frente a la fecha a partir de la cual se debe pagar la prima de servicios en el servicio doméstico debido a que la ley entró en vigencia el 7 de julio, lo que ha llevado a interpretar que la prima que corresponde al segundo semestre del año se debe pagar desde el 7 de julio y no desde el 1 de julio, lo que significa que se tendría que determinar la proporción respectiva, interpretación que no compartimos.

Sucede que el artículo 306 del código sustantivo no divide el pago de la prima en semestres, sino en quincenas, pagándose la primera quincena el último día de junio y a segunda quince en los primeros 20 días de diciembre. Recordemos que la prima de servicios equivale a un mes de salario que se paga en dos quincenas según plazos ya descritos, y que es anual, aunque pagadera semestralmente.

Como la segunda quincena se debe pagar dentro de los 20 primeros días de diciembre, llegada esa fecha se debe pagar la quincena completa, pues para esa fecha el derecho a la prima de servicios está vigente. Para esa fecha la ley (artículo 306 del código sustantivo del trabajo) dice que se le debe pagar una quincena al trabajador por concepto de prima de servicios, y así debe pagar sin entrar a descontar los días en que no estuvo vigente la ley.

Diferente es cuando el contrato de trabajo inicia en fecha distinta al primero de julio o primer día del segundo semestre, caso en el cual se debe



determinar la proporción respectiva para determinar el valor a pagar en la segunda quincena.

Así las cosas, si la empleada del servicio doméstico laboró el semestre completo le corresponde la segunda quincena completa por concepto de prima de servicios.

Aportes parafiscales en el servicio doméstico.

Sobre los aportes parafiscales la ley señala que toda empresa o unidad productiva que tenga más de un trabajador contratado debe hacer un aporte equivalente al 9% de su nómina por concepto de los llamados aportes parafiscales, los cuales se distribuirán de la siguiente forma: 4% para el subsidio familiar (Cajas de Compensación Familiar), 3% para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y 2% para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA). Pero como se mencionó con anterioridad, la familia no es una empresa o unidad productiva, de modo que el empleador no está en la obligación de realizar aportes parafiscales por los trabajadores del servicio Doméstico que tenga a su cargo.

Sin embargo, mediante decreto 0721 de abril 15 de 2013 el gobierno nacional dispuso que los trabajadores del servicio doméstico deben afiliarse a las Cajas de compensación familiar, como a continuación se expone.

Trabajadores del servicio doméstico se deben afiliar a cajas de compensación familiar.

El gobierno nacional expidió el decreto 0721 del 15 de abril de 2013 en el que obliga a que los trabajadores del servicio doméstico sean afiliados a una caja de compensación familiar.

«Artículo 1. Afiliación de empleadores de servicio doméstico. Las



personas naturales que ostenten la condición de empleadores de trabajadores del servicio doméstico, deberán afiliarse a una Caja de Compensación Familiar, de acuerdo con el procedimiento consagrado en el artículo 57 de la Ley 21 de 1982, modificado por el artículo 139 del Decreto Ley 019 de 2012.

Artículo 2. Afiliación de trabajadores del servicio doméstico. Los trabajadores del servicio doméstico deberán ser afiliados por la persona natural para quien prestan sus servicios, a la Caja de Compensación Familiar que esta seleccione y que opere en el departamento dentro del cual se presten los servicios.

Artículo 3. Afiliación cuando existen varios empleadores. Cuando un trabajador del servicio doméstico preste sus servicios a varios empleadores, será afiliado en la Caja de Compensación Familiar escogida por el primer empleador que realice la afiliación, siempre y cuando sus servicios sean prestados en el mismo departamento.

Cuando los servicios se presten en varios departamentos, aplicará el mismo principio, teniendo en cuenta la primera afiliación en la Caja de Compensación Familiar que opere en cada uno de los respectivos departamentos.»

Queda atrás la teoría que como la familia no es una unidad productiva no está obligada a realizar aportes parafiscales, que entre otras cosas no desaparecieron del todo, y en adelante se deben hacer aportes a las cajas de compensación familiar por los trabajadores del servicio doméstico que son un aporte parafiscal.

Jornada de trabajo en el servicio doméstico.

La jornada de trabajo en el servicio doméstico no es la misma que la jornada laboral de los demás trabajadores, y esta ha tenido que ser fijada o limitada



por vía jurisprudencial.

La jornada laboral máxima contemplada por el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo no es aplicable a los trabajadores del servicio doméstico por expresa disposición del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo.

La ley excluyó el servicio doméstico de la jornada laboral máxima pero no definió cual sería entonces la jornada de trabajo para los trabajadores del servicio doméstico, lo que en su momento permitió al empleador exigir extensas jornadas a sus empleadas sin pago de horas extras y, sobre todo, sobre exigiéndolas físicamente.

Es por ello por lo que la Corte Constitucional en sentencia C-372 de 1998 fijó un límite a la jornada considerando que no puede exceder de 10 horas diarias:

«(...) Solo en las anteriores condiciones la norma acusada puede ser exequible, de modo que aún cuando sea posible la exigencia de laborar durante un período de tiempo superior a la jornada máxima fijada legalmente, para la Corte lo razonable es que, en ningún caso, los trabajadores del servicio doméstico laboren más de 10 horas diarias, y en el evento de que se requiera el servicio más allá de tal límite, procederá entonces, el reconocimiento y pago de horas extras, en los términos de la legislación laboral».

Así las cosas, el reconocimiento de horas extras sólo operaría a partir de las 10 horas de trabajo.

Es importante precisar que esto aplica únicamente para los trabajadores que residen en la misma casa del empleador; para los demás, como lo indica la Corte en la sentencia arriba referida, aplican las normas generales:

«(...) En lo que toca con los trabajadores del servicio doméstico



que no viven con el patrono en forma permanente, la Corte estima que para ellos rigen las normas ordinarias en materia de garantías salariales y prestaciones sociales».

Significa esto que para los trabajadores del servicio doméstico que no viven en la casa del empleador, la jornada de trabajo máxima legal será de 8 horas diarias y su exceso serán horas extras.

Por último, es importante recordar que, si bien la jornada máxima semanalmente considerada por el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo no le es aplicable al servicio doméstico que vive en el lugar de trabajo, no por ello la empleada del servicio doméstico debe trabajar de lunes a domingo. El domingo es un día de descanso obligatorio para todos los trabajadores, y de trabajarse en ese día, habrá que pagar los recargos a que haya lugar.

¿Cuáles son los días de descanso para una empleada doméstica?

Algunas familias que contratan empleadas del servicio doméstico presumen que las empleadas del servicio doméstico están reguladas por una ley especial diferente a las leyes que regulan a los trabajadores que tienen en sus empresas, y en razón a ello no es extraño encontrarnos con que a la empleada del servicio doméstico apenas le dan un domingo libre cada 15 días o incluso cada mes.

Es preciso dejar claro que no hay una ley especial para los empleados del servicio doméstico, de manera que estos tienen los mismos derechos que cualquier otro empleado.

El artículo 172 del código sustantivo del trabajo claramente señala que todo empleador debe conceder un descanso remunerado dominical a sus trabajadores, de manera que toda empleada del servicio doméstico tiene



derecho a descansar cada uno de los domingos, y se le debe pagar ese descanso dominical en los términos del artículo 173 del mismo código.

El artículo 177 del código sustantivo del trabajo señala, además, que en los festivos allí enumerados se debe otorgar un descanso renumerado a todos los trabajadores, lo que también aplica para las empleadas del servicio doméstico.

Siendo así, las empleadas del servicio doméstico sean o no internas, tienen derecho a descansar todos los domingos y todos los festivos.

De otra parte, el parágrafo primero del artículo 179 del código sustantivo del trabajo señala que entre trabajador y empleador pueden convenir que el día de descanso sea el sábado, de manera que si se acuerda que el día descanso obligatorio es el sábado, pues entonces todos los sábados y todos los festivos debe descansar la empleada del servicio doméstico.

Ahora, si la empleada es obligada a trabajar los domingos, si ese trabajo dominical es habitual se le debe otorgar un día de descanso compensatorio remunerado en la semana siguiente.

Si el trabajo dominical no es habitual la empleada puede optar entre por un día de descanso compensatorio o una remuneración en los términos del artículo 179 del código sustantivo del trabajo.

Empleadas del servicio doméstico tienen derecho a descansar domingos y festivos.

Aunque es la ley es muy clara en manifestar que todo empleado debe descansar los domingos y los festivos, por alguna razón que desconocemos muchos empleadores que contratan empleadas del servicio doméstico consideran que ellas no tienen derecho a descansar ni los domingos ni los festivos, si acaso un domingo cada 15 días o cada mes.



Constantemente nos enteramos de situaciones en las que una empleada del servicio doméstico se ve obligada a trabajar de lunes a domingo, y desde que amanece hasta que oscurece, y disponible las 24 horas del día para lo que «su patrón» necesite, no importa si la empleada debe levantarse a las 2 de la mañana para cumplir una orden o un capricho de quien la ha contratado, o de toda la familia del empleador que en ese momento esté en la casa.

La gente olvida que los derechos laborales aplican para todos los empleados del servicio doméstico, no hay excepciones, si acaso en la jornada laboral de los empleados del servicio doméstico, pero en cuanto a trabajo dominical y festivo, es un derecho de todos.

El artículo 172 de código sustantivo del trabajo claramente señala el derecho al descanso el domingo, y el 177 el derecho a descansar los días festivos, y si por alguna razón el trabajador debe laborar esos días, se le tiene que pagar un recargo por trabajo dominical o festivo como lo dispone el artículo 179, u otorgarle un descanso compensatorio como lo dispone el artículo 181 del mismo código.

Riesgos de contratar una empleada del servicio doméstico afiliada al Sisben.

Quienes contratan empleadas del servicio doméstico suelen omitir la afiliación a una EPS y prefieren que estén afiliadas al SISBEN, e igual sucede con las empleadas del servicio doméstico, que prefieren quedarse en el SISBEN argumentando y creyendo que si aceptan la afiliación a una EPS pierden el cupo en el SISBEN (lo que no es cierto), algo que consideran no se justifica pues consideran el trabajo como algo temporal.

Aunque las dos partes estén de acuerdo en que la empleada se mantenga en el SISBEN, el riesgo lo corre el empleador, puesto que en caso de enfermedad



o cualquier otra contingencia que le ocurra a la empleada, este tendrá que responder por los beneficios que la EPS cubre y el SISBEN no.

Entre los beneficios que se tienen en el régimen contributivo y que no se tienen en el régimen subsidiado, tenemos las licencias de maternidad y las incapacidades laborales.

Significa que, si la empleada del servicio doméstico se enferma y el médico le otorga una incapacidad, el empleador tendrá que pagar esa incapacidad. Igual sucede si la empleada del servicio doméstico queda embarazada, caso en el cual el empleador debe pagar la licencia de maternidad.

Y si a ellos se suma que la empleada tampoco se afilia a una ARL o a un fondo de pensión, pues el riesgo para el empleador se incrementa, puesto que tendrá que asumir con su patrimonio cualquier accidente laboral y de ser el caso, una probable pensión de invalidez.

Liquidación de una empleada de servicio doméstico que labora por días.

Cómo se liquida una empleada de servicio doméstico que labora por días es una pregunta que constantemente que recibimos en **Gerencie.com**, y que tratamos de responder en estas líneas.

Para desarrollar el ejercicio supondremos el caso de una empleada que labora un día a la semana y se le paga \$40.000 diarios.

Número de días a liquidar

Por cuestiones de practicidad asumiremos que se liquida el año completo, es decir, con base a 360 días, pero teniendo cuenta los días efectivamente laborados, por cuanto sólo se labora un día a la semana.



De acuerdo a la ley, para efectos laborales el mes se entiende de 30 días y el año de 360 días, y en esas condiciones 360 días equivalen a 51.43 semanas, y como se labora un día a la semana, los días a liquidar son precisamente 51.43.

Conceptos a liquidar.

Cuando hablamos de liquidar un contrato de trabajo estamos suponiendo que la vinculación termina y por consiguiente el empleador debe liquidar todos los conceptos que adeuda al empleado, y para el servicio doméstico serán los siguientes:

- Cesantías
- Intereses sobre las cesantías
- Vacaciones
- Prima de servicios

Esto respecto a los conceptos que se le deben pagar directamente a la empleada, pero adicionalmente hay que liquidar el último mes de aportes a seguridad social, algo que se ha debido hacer mensualmente. Aquí sólo nos ocuparemos de la liquidación como tal.

Base salarial de liquidación

Para efecto de la liquidación debemos determinar el salario mensual que devenga la empleada del servicio doméstico, lo que haremos de la siguiente forma:

- Valor del día: 40.000
- Número de días laborados al mes: 4.29
- Salario mensual: 171.600 (4.29×40.000)

Pero además debemos incluir el auxilio de transporte, por cuanto se trata de una empleada que se desplaza un día a la semana a laborar, entonces determinamos cuánto le corresponde proporcionalmente de auxilio de



transporte mensual.

- Auxilio de transporte 2023: \$140.606
- Auxilio de transporte diario: \$4.687
- Días laborados al mes: 4.29
- Total, auxilio de transporte mensual: \$20.107
- Base total de liquidación mensual: \$191.707 (salario más auxilio de transporte)

Liquidación definitiva

Tomamos el salario mensual efectivamente percibido por la empleada y multiplicarlo por 360 y luego dividir por 360.

En cada uno de los casos las fórmulas que se deben aplicar serán las siguientes:

Cesantías:

$(\$191.620 \times 360) / 360 = \191.707 (Como es un año de trabajo, le corresponde exactamente el salario mensual completo)

Intereses sobre las cesantías:

$(\$191.620 \times 360 \times 0.12) / 360 = 23.005$.

Prima servicios

$(\$191.620 \times 360) / 360 = \191.707 (Igual que las cesantías)

Vacaciones

$(171.600 \times 360) / 720 = 85.800$ (Exactamente el valor del salario de medio mes o 15 días)

Total prestaciones: 492.218

Recordemos que para calcular las vacaciones no se tiene en cuenta el auxilio



de transporte y por ello la diferencia de bases utilizadas. De otra parte, cuando hay salario en especie este se suma al salario en dinero para liquidar cada uno de los conceptos.

Recuerde que como lo señalamos anteriormente, existe un criterio según el cual para determinar el número de semanas que tiene el mes se dividen las 52 semanas que tiene el año y se divide entre los 12 meses del año, lo que arroja un resultado de 4.33, que es mucho más preciso que 4.29, de manera tal que corresponde al lector decidir cuál aplicar.

Contrato de trabajo con profesores o docentes privados.

Los contratos de trabajo con profesores o docentes de establecimientos de enseñanza particular o establecimientos privados de educación tienen una regulación especial contenida en los artículos 101 y 102 del código sustantivo del trabajo.

Los aspectos que diferencian a los contratos de trabajo con profesores o docentes de establecimientos privados de educación son tres: duración del contrato, vacaciones y cesantías.

Duración del contrato de trabajo en los docentes del sector privado.

El artículo 101 de código sustantivo del trabajo establece que el contrato de trabajo con profesores del sector privado se entiende celebrado por el año escolar, salvo que las partes pacten un periodo diferente, que puede ser mayor o menor al año escolar.

Es decir que las partes pueden firmar un contrato de trabajo a término indefinido o un contrato de trabajo a término fijo, y en tal caso como hay un



acuerdo convencional no aplica lo dispuesto por el artículo 101 del código sustantivo del trabajo.

El artículo 101 se aplica sólo si las partes no han acordado la duración del contrato, tal como lo señala la corte constitucional en la sentencia C-483 de 1995:

«El artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo consagra una norma supletiva del acuerdo entre los contratantes en una relación laboral docente, ya que únicamente ante el silencio de las partes en el convenio el legislador concluye que el contrato de trabajo ha sido celebrado por término equivalente al del año escolar.

El mutuo consentimiento del establecimiento educativo por una parte y del profesor por la otra tiene la virtualidad de regir en ese aspecto las relaciones propias del vínculo laboral que se contrae, ya que las dos partes están disponiendo de aquello que a ambas interesa.

A falta de estipulación en contrario, rige la norma subsidiaria. Esta ha sido establecida por el legislador con el objeto de otorgar seguridad jurídica a la relación contractual, previendo la solución de eventuales controversias, dada la circunstancia de un contrato en el cual el término de duración no haya sido previsto de manera expresa.»

Si no se acordó una duración del contrato, este será por el año escolar, que por lo general son 10 meses.

Lo que se entiende por año escolar para efectos del contrato de trabajo con profesores o docentes.

La duración del contrato de trabajo con profesores de establecimientos particulares de enseñanza tiene una regulación especial en el artículo 101 del código sustantivo del trabajo, permitiendo que esta sea igual al año escolar.



El año escolar es inferior al año calendario, por cuanto las clases se inician a finales de enero hasta finales de noviembre o primeros días de diciembre, de suerte que durante más de un mes los establecimientos de enseñanza no requieren de los servicios del docente, lo que llevó al legislador a reconocer esa realidad.

Pero sucede que no todas las instituciones de educación tienen un periodo académico de un año, sino que también tienen periodos académicos de un semestre, como las universidades y algunos institutos técnicos, y en tal caso el contrato se entiende realizado por el semestre respectivo.

Así lo reiteró la sala laboral de la corte suprema de justicia en sentencia 43764 del 24 de agosto de 2016 con ponencia del magistrado Jorge Luis Quiroz:

«Además, esta Corporación en sentencia CSJ SL, 17 mayo 2011, rad. 38182, que reiteró la identificada con el radicado No. 15623, indicó, que por año escolar debía también comprender el semestre universitario. Así se dijo:

Según el precitado artículo 101, la regla es la de que tales contratos se entienden celebrados por el año escolar ante el silencio de las partes contratantes sobre el término de duración de la relación.

Ahora bien, por año escolar esta Sala, de antaño, ha entendido el “equivalente al periodo académico, de modo que no necesariamente se refiere a un año sino que puede comprender por ejemplo el semestre universitario” . (Rad. 15623 de 2001)»

En consecuencia, si las partes guardan silencio respecto a la duración del contrato, este se entiende realizado por el año escolar, que puede ser anual o semestral.

Por supuesto que nada impide que las partes firmen un contrato de trabajo a término fijo de uno, dos o tres años, o un contrato a término indefinido,



pero de no hacerse ninguna mención al respecto, aplica la presunción contenida en el artículo 101 del código sustantivo del trabajo.

Vacaciones y cesantías en los profesores del sector privado.

Dice el artículo 102 del código sustantivo del trabajo respecto a las vacaciones y cesantías:

«1. Para el efecto de los derechos de vacaciones y cesantía, se entiende que el trabajo del año escolar equivale a trabajo en un año del calendario.

1. Las vacaciones reglamentarias del respectivo establecimiento dentro del año escolar serán remuneradas y excluyen las vacaciones legales, en cuanto aquéllas excedan de quince (15) días.»

Este tratamiento especial implica que así el docente labore 10 meses al año, las vacaciones y las cesantías se liquidan como si hubiera laborado el año completo (12 meses).

Si el docente no laboró todo el año escolar porque ingresó ya iniciadas las clases, por ejemplo, se determina la proporcionalidad en función del año completo.

En el caso de la prima de servicios se aplica la regla general, de manera que, si apenas laboró 10 meses, esta se determina sobre los 10 meses efectivamente laborados, pues el tratamiento diferenciado contenido en el artículo 102 del código laboral no cobija la prima de servicios.



Vacaciones y cesantías cuando el año escolar es de un semestre académico.

La corte suprema de justicia tiene dicho que el año escolar aplica también cuando se trata de semestres académicos como en las universidades, de manera que el contrato puede tener una duración de un semestre, que en realidad son apenas 5 meses, y en tal caso, ¿qué sucede con las vacaciones y las cesantías?

Si se acepta que el año escolar puede ser de un semestre y por tanto el contrato de trabajo también, surgen algunas dudas:

¿En tal caso las vacaciones y cesantías se liquidan como si fuera un año completo?

¿Y si se acepta tal teoría, en caso de que el docente labore los dos semestres del mismo año se liquidan las cesantías y las vacaciones dobles?

No conocemos doctrina ni jurisprudencia que aborde ese tema, pero por justicia lo correcto sería que, si se acepta el semestre como año escolar, entonces lo dispuesto en el artículo 102 del código laboral no se debería interpretar de forma literal, sino que se debería determinar la proporción respectiva.

Así, si el semestre es de 5 meses, las vacaciones y las cesantías se calcularían como si se hubiera trabajado medio año (6 meses).

Renovación del contrato de trabajo a docentes del sector privado.

¿Se debe renovar un contrato con docentes de establecimientos de educación particular? ¿Se debe dar un preaviso para la terminación o la no renovación de estos contratos?



La respuesta es no, por cuanto estos contratos tienen una regulación específica (artículo 102), en tanto que el preaviso y la renovación automática del contrato a término fijo están regulados en otra norma (artículo 46 del código laboral).

La sala laboral de la corte suprema de justicia en sentencia 12919 del 15 de marzo del 2000 con ponencia del magistrado Fernando Vásquez Botero dijo al respecto:

«En efecto, de la lectura de los preceptos en referencia emergen con claridad importantes diferencias entre el contrato de trabajo de período fijo y el contrato laboral con profesores de establecimientos particulares de educación. La primera de ellas radica en el objeto del vínculo, pues mientras en aquél no existe, según la normatividad que lo regula, especificidad, por lo que resulta posible que las partes lo acojan para la realización de cualquier actividad lícita, en éste el objeto es esencial para la estructuración del tipo contractual, como que las partes lo asumen sobre el presupuesto de que el dispensador del servicio personal va a realizar una actividad docente. Así mismo, es destacable cómo es de la esencia del contrato laboral a término fijo que el acuerdo de voluntades de sus sujetos quede plasmada por escrito, en tanto que en el contrato de trabajo con profesores de establecimientos particulares de educación no se exige formalidad semejante. También se diferencian los contratos en comento en que mientras en el laboral a término fijo es menester avisar la terminación del vínculo con 30 días de antelación, so pena de su prórroga, en el celebrado con profesores de establecimientos particulares de educación, dicha exigencia no existe.»

Así las cosas, el empleador no tienen la obligación de "preavisar" al docente respecto a la terminación del contrato o su decisión de no renovarlo.

Ello luce lógico, puesto que si el contrato termina por ejemplo el 30 de



noviembre y el establecimiento cierra y abre 2 meses después, durante ese lapso el docente no labora y al haber terminado el contrato el 30 de noviembre, por los meses siguientes no existe ni puede existir ningún vínculo jurídico, de manera que no puede existir continuación entre un contrato y otro haciéndose inaplicable el artículo 46 del código sustantivo del trabajo.

En nuestro criterio, esto aplica siempre y cuando el contrato se gobierne por el artículo 101 del código laboral, puesto que, si las partes han firmado un contrato a término fijo por tres años, por ejemplo, o un contrato indefinido, el asunto escapa de las consideraciones del artículo 101, pues como bien lo dijo la corte constitucional, el artículo 101 es una norma supletiva que aplica de forma subsidiaria ante la ausencia de un acuerdo convencional entre las partes.

Forma en que se debe celebrar el contrato de trabajo con docentes del sector privado.

Si bien este tipo de contrato es fijo en cuanto tiene una duración igual al periodo escolar, al no aplicársele las reglas del artículo 46 del código sustantivo del trabajo, este contrato puede ser verbal o escrito.

Y es que el artículo 101 del código sustantivo del trabajo contiene una especie de presunción legal cuando dice que este contrato «*se entiende celebrado*», por lo que no hace falta que se acuerde nada, pues la ley lo presupone, valga la redundancia, anticipadamente, haciendo innecesario cualquier pacto al respecto, a no ser que las partes quieran acordar algo distinto a lo presupuestado por la ley, y a decir verdad para el empleador eventualmente puede ser mejor atenerse a lo que la ley dispone.



¿Se puede contratar a un profesor por hora catedra mediante un contrato de servicios?

Algunos establecimientos de educación privada suelen contratar a los docentes por hora catedra y lo hacen utilizando el contrato de servicios en lugar un contrato laboral. ¿Es legal esa práctica?

En algunos casos puede que no sea ilegal dicha práctica, pero es riesgosa para el empleador puesto que este tipo de relación es eminentemente laboral como bien lo expresa la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 38182 del 17 de mayo de 2011, MP Jorge Mauricio Burgos Ruiz:

«De acuerdo con la anterior, es de la esencia de la contratación de los servicios de enseñanza de docentes hora cátedra que su trabajo sea subordinado, por lo que mal se podía invocar tal modalidad de jornada para negar la naturaleza laboral de este vínculo como lo hace el demandado, máxime que, para la época de contratación de la actora, ya la Corte Constitucional se había pronunciado sobre el tema.

A más de la anterior fundamentación, según el artículo 23 del CST, la existencia del contrato de trabajo no depende de la modalidad o duración de la jornada laboral pactada. De acuerdo con esta disposición, para que haya contrato de trabajo, se requiere que concurran la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución del servicio; una vez se dan estos tres elementos, existe el contrato de trabajo, independientemente de la denominación o de otras modalidades o condiciones que se le agreguen, lo que significa que la modalidad de la jornada de trabajo, si es por hora cátedra o jornada completa, en nada afecta la naturaleza de la relación laboral.»

En la calificación del contrato de trabajo cobra relevancia la subordinación, y



en este tipo de actividades (docencia), la subordinación es evidente y permanente, toda vez que el profesor debe cumplir un estricto horario y debe seguir las órdenes de sus superiores como puede ser el rector o el coordinador académico, de tal suerte que resultará difícil demostrar que no se dan los tres elementos que conllevan a la existencia de una relación laboral.

Contrato de trabajo por medio tiempo.

Los pequeños comerciantes por su escasa capacidad económica y operativa suelen contratar empleados por medio tiempo, por lo que explicaremos los derechos y obligaciones en este tipo de contratación.

El contrato de trabajo de medio tiempo es aquel en que el trabajador labora media jornada laboral o medio día.

Lo que cambia en un contrato de trabajo a medio tiempo.

Lo que cambia en un contrato de trabajo de medio tiempo con respecto a un trabajo de tiempo completo, es la jornada laboral diaria; en lo demás es igual, pues el trabajador tiene los mismos derechos, y esos derechos se liquidan de la misma forma, como bien lo señala el artículo 197 del código sustantivo del trabajo:

«Trabajadores de jornada incompleta. Los trabajadores tienen derecho a las prestaciones y garantías que les correspondan, cualquiera que sea la duración de la jornada.»

En Colombia la jornada laboral es de 8 horas diarias y 48 semanales, por lo tanto, una jornada de medio tiempo será de 4 horas diarias, que generalmente es medio día de trabajo considerando que generalmente la



jornada laboral de 8 horas se divide en dos jornadas de 4 horas cada una, una en la mañana y otra en la tarde.

Esa media jornada es lo que determina los conceptos que se reconocen en un contrato de trabajo, en función del salario devengado, salario que es proporcional a la jornada laborada, pues generalmente a un trabajador que labora medio tiempo, se le paga la mitad del salario que uno que labora tiempo completo.

Jornada laboral en el contrato de trabajo de medio tiempo.

Como ya se indicó, la jornada laboral es lo que determina el contrato de trabajo de medio tiempo por cuanto se laboral la mitad de la jornada diaria, y esa es la jornada que se toma como referencia para liquidar los conceptos que se derivan de la jornada laboral como el trabajo extra.

Horas extras en trabajos de medio tiempo.

En los trabajos de medio tiempo las horas extras se causan desde el momento en que se cumple la jornada laboral acordada.

En estos contratos por regla general la jornada laboral ordinaria es de 4 horas diarias, de modo que las horas extras se causarán a partir de las 4 horas.

Así, cuando el trabajador labora 5 horas, se ha causado una hora extra.

Recordemos que la hora extra es aquella que excede la jornada laboral ordinaria acordada en el contrato de trabajo.

La liquidación de las horas extras no tiene tratamiento especial, pues solo se toma como base el valor de la hora ordinaria. Por ejemplo, si el trabajador tiene un salario mensual de 600.000 por laborar medio tiempo, tomamos ese



valor y lo dividimos entre la horas mensuales trabajadas que resulten de aplicar la jornada laboral semanal que corresponda, conforme se explica en el siguiente apartado:

[Consulte aquí cómo determinar el valor de la hora ordinaria.](#)

Salario mínimo en los contratos de trabajo de medio tiempo.

El salario mínimo está sujeto a la jornada laboral máxima legal contenida en el artículo 161 del código sustantivo del trabajo modificado por la ley 2101 de 2021, de manera que, si se pacta una jornada inferior a la máxima legal, el salario mínimo puede ser ajustado en esa proporción.

Se puede llegar a interpretar que salario mínimo necesariamente implica que al trabajador no se le puede pagar menos de ese valor mínimo fijado anualmente por el gobierno, sin embargo, dicho salario mínimo está sujeto a la jornada laboral máxima, jornada para la que está fijado ese salario mínimo.

Precisamente el artículo 147 del código sustantivo del trabajo que hace parte del capítulo que regula el salario mínimo, dice en su numeral 3:

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

Al tenor de la norma transcrita, claramente se interpreta que, si la jornada de trabajo pactada es la mitad, el salario que se le ha de pagar al trabajador es la mitad, pues obedece a la proporción de que trata el artículo 147 ya referido.



Prestaciones sociales en trabajos de medio tiempo.

Las prestaciones sociales en trabajos de medio tiempo se liquidan igual que en trabajos de tiempo completo, donde se requieren dos variables que son las mismas:

1. Salario devengado.
2. Días trabajados.

El día trabajado cuenta completo así se labore media jornada.

El año tiene 365 días (360 para efectos laborales), y por trabajar medio tiempo no vamos a suponer que el trabajador laboral 730 días al año, sino que en un día de trabajo es un día así labore medio día.

En cuanto al salario, este será la mitad de un salario a tiempo completo, de modo que en lugar de ganar 2.000.000 gana 1.000.000, y la base para liquidar las prestaciones sociales serán los 1.000.000.

Supongamos que el trabajador labora desde el enero 01 hasta junio 30. Son 180 días y tiene un salario de 100.000.

La prima de servicios sería:

$$(1.000.000 \times 180) \div 360 = 1.000.000.$$

Es exactamente igual a cuando se liquida una jornada de tiempo completo.

Seguridad social en trabajos de medio tiempo.

La seguridad social se liquida con base al ingreso mensual del trabajador, de manera que si esta gana medio sueldo, la seguridad social se pagará sobre ese medio sueldo.

Aquí lo que interesa es el sueldo que el trabajador devengue en un mes, el



cual corresponde a la jornada que se labore, y esta resulta irrelevante, pues como ya se indicó, se toma lo que el trabajador devengue en el respectivo mes.

Si el trabajador tiene un salario mensual de 600.000 por laboral media jornada, el IBC será ese salario, pero teniendo en cuenta los aportes a seguridad social se deben hacer sobre una base mínima equivalente a un salario mínimo.

En consecuencia, cuando el salario del trabajador resulta inferior al salario mínimo debido a que sólo labora medio tiempo, la seguridad social en todo caso se pagará sobre un salario mínimo, debiendo las partes completar lo que haga falta en la proporción que a cada parte le corresponde.

En este caso, el empleador debe pagar el 8.5% de salud sobre el salario mínimo, y el trabajador el 4%, y el empleador debe pagar el 12% sobre el salario mínimo por aportes a pensión y el trabajador el 4%.

Cuando el salario por medio tiempo es igual o superior al salario mínimo, la seguridad social se liquida y paga como de costumbre.

Auxilio de transporte en contratos de medio tiempo.

Cuando se trabaja medio tiempo, en nuestro criterio se le debe reconocer completo el auxilio de transporte al trabajador.

Así el empleado labore medio día debe desplazarse todos los días a su lugar de trabajo y debe gastar en transporte el mismo dinero que gasta quien trabaja tiempo completo, por lo tanto, luce razonable pagar el auxilio de transporte completo.

De otra parte, el auxilio de transporte no se paga sobre el salario sino por los días trabajados, y en el contrato de trabajo de medio tiempo, como ya se indicó, se debe laborar todos los días.



El asunto en que se presenta mayor discusión tiene que ver con el derecho del auxilio de transporte.

Recordemos que el auxilio de transporte se paga a los empleados que devenguen hasta dos salarios mínimos mensuales, pero como trabajan sólo medio día, devengan un salario en proporción a su jornada laboral.

Si por trabajar medio tiempo se paga medio salario mínimo no hay duda en que el trabajador tiene derecho al auxilio de transporte. ¿Pero qué pasa si devenga 1,5 salarios mínimos para laborar medio tiempo?

Se puede decir que eso equivale a 3 salarios mínimos por jornada laboral completa, y en tal situación podría no tenerse derecho al auxilio de transporte, pues el salario mínimo hace referencia a la jornada completa, y de allí que sea legal pagar medio salario mínimo por trabajar medio tiempo, o pagar medio salario integral por la misma razón, de modo que esa interpretación podría hacerse extensiva al auxilio de transporte.

Este aspecto está sujeto a interpretación ante la ausencia de una norma que lo regule de forma expresa, por lo que no es posible fijar un criterio definitivo sobre este tema.

Aportes parafiscales en contratos de trabajo de medio tiempo.

En los contratos de trabajo de medio tiempo los aportes parafiscales se pagan sobre el total devengado por el trabajador no importa que ese devengado sea inferior a un salario mínimo.

Respecto a los aportes parafiscales la ley no consideró un ingreso base de cotización mínimo como sí lo hizo en los aportes a seguridad social.

En consecuencia, ante la ausencia de una base mínima, la base para cotizar aportes parafiscales será el salario que devengue el trabajador sin considerar



su monto.

En los aportes a seguridad social existe una base mínima de un salario mínimo y una base máxima de 25 salarios mínimos, topes no aplicables a los aportes parafiscales.

Se debe considerar que no siempre es necesario pagar todos los aportes parafiscales como se indica en el artículo que se recomienda.

Dotación en los trabajadores de medio tiempo.

Los trabajadores con jornada de medio tiempo tienen derecho a la dotación en las condiciones de los demás trabajadores.

La duda que persiste es la misma que en el auxilio de transporte, pues una de las condiciones para entregar la dotación es que el trabajador tenga un sueldo de máximo dos salarios mínimos mensuales, pero en el caso de los trabajadores que laboran medio tiempo, su salario es inferior en proporción a la jornada laboral.

El ministerio del trabajo en varias oportunidades ha señalado que la jornada laboral no es relevante para determinar ese derecho, así que sólo se determina el monto del salario y el tiempo de vinculación:

«En ese orden de ideas, nuestra legislación no hace ningún tipo de pronunciamiento sobre la jornada de trabajo, para hacer diferencia sobre la obligación del empleador de entregar dotación al trabajador, lo que conlleva a que existan solo dos exigencias para que el trabajador tenga derecho a su dotación, la primera, que tenga un salario inferior a DOS (2) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, y que el tiempo de vinculación a la empresa no sea inferior a cuatro meses.» Concepto 21784 de febrero 14 de 2013.

Como bien lo señala el concepto del ministerio, al no existir una regulación



queda interpretar la norma, y el ministerio ha interpretado que lo relevante es el monto del salario sin considerar la jornada laboral, no siendo procedente determinar proporciones.

Vacaciones en contratos de medio tiempo.

Las vacaciones en los contratos de medio tiempo se liquidan igual que en el contrato de tiempo completo, considerando el salario que el trabajador devenga por ese medio tiempo.

El hecho de que el trabajador labore medio tiempo no significa que el trabajador tenga derecho a medias vacaciones; en todo caso tendrá derecho a descansar 15 días hábiles por cada año de trabajo, solo que como labora medio día, igual descansará medio día durante las vacaciones, y en el otro medio día hará lo que normalmente hace como trabajar en otra empresa, estudiar o hacer nada.

Para ilustrar el efecto de las vacaciones en el contrato de medio tiempo supongamos que el empleado trabaja para dos empresas, medio tiempo en cada una.

Si el trabajador toma las vacaciones en una empresa y en otra no, durante 15 días hábiles laborará medio día para una empresa y el otro medio día lo descansará por estar de vacaciones.

Si el trabajador quiere vacaciones plenas, tendrá que tomar las vacaciones al mismo tiempo en las dos empresas, pues en una trabaja en la mañana y en la otra en la tarde, y para tener todo el día libre debe tomar las vacaciones en las dos empresas al mismo tiempo.

En cuanto a la liquidación de las vacaciones, se toma el salario que devengue el trabajador al momento de salir a vacaciones, que puede ser 600.000 mensuales por medio tiempo, y sobre ese valor se liquidan las vacaciones con



la fórmula correspondiente:

(Salario base x Días trabajados) /720

Nada cambia a cuando se trabaja tiempo completo.

Comentarios finales.

Para liquidar la nómina el contrato de trabajo no hay diferencia entre un contrato a tiempo completo y uno a medio tiempo, pues el elemento esencial es el salario del trabajador, no importando si ese salario corresponde a medio tiempo o a tiempo completo.

La única excepción a esta regla aplica a los aportes a seguridad social donde existe una base mínima.

De otra parte, medio día de trabajo se cuenta como si fuera un día completo para efecto de los días trabajados.

Es así porque trabajar medio tiempo es diferente a trabajar por días. El trabajo de medio tiempo significa que se trabaja todos los días durante media jornada. Y el trabajo por días significa que se trabaja todo el día por solo uno o dos días en la semana.

Claro que también puede haber un trabajo por días en que se labore medio tiempo, caso en el cual el elemento «días trabajados» sí cambia y se debe abordar como se explica en la liquidación de los trabajadores que laboran por días.

Contrato de trabajo con pensionados.

Uno de los temas más polémicos y a la vez más desconocidos, es la posibilidad o no de firmar un contrato de trabajo con un pensionado, situación muy regular en algunas empresas y sobre lo cual hay poca



documentación.

En el sector privado es legal firmar contratos de trabajo con personas ya pensionadas, toda vez que no existe una norma que lo prohíba. En el sector público no es posible en vista al principio aquel que una misma persona no puede devengar doble asignación proveniente de dineros públicos.

¿Cómo debe ser el contrato de trabajo con pensionados?

No hay tratamiento especial, por cuanto las normas laborales son de aplicación general y no hacen distinción alguna, de manera que el pensionado puede ser contratado mediante cualquiera de las formas que permite el código laboral.

Es decir que el trabajador pensionado queda sometido a las mismas reglas que contempla la normatividad laboral para los demás trabajadores.

Prestaciones sociales en el contrato de trabajadores pensionados.

Como lo señalamos líneas atrás, el trabajador que a pesar de estar pensionado es vinculado mediante un contrato de trabajo, tiene los mismos derechos, es decir, que se le deben pagar todos los conceptos derivados de una relación laboral.

Seguridad social en el contrato de trabajo con pensionados.

En el tema de los aportes a seguridad social en el caso de la vinculación o contratación de pensionados, sí hay una diferencia precisamente por tratarse



de un pensionado.

Aportes a salud en el contrato de trabajo con pensionados.

Todo ingreso derivado de las llamadas rentas de trabajo genera la obligación de pagar los aportes a salud, de manera que al contratar a un pensionado nace la obligación de pagar los aportes a salud sobre el salario de ese pensionado.

Quien tenga doble o triple ingreso, por cada uno debe realizar los respectivos aportes a salud.

Es el caso del trabajador que además de salario devenga honorarios como independiente, donde debe pagar seguridad social como asalariado y como independiente.

Igual sucede con el pensionado que recibe salario o ingresos como independiente; por cada uno debe pagar los respectivos aportes a salud.

El pago se hará como de costumbre, como cualquier trabajador, donde el empleador debe pagar una parte (8.5%) y el trabajador la otra parte (4%), considerando que algunos empleadores no tendrán que pagar ese 8.5% en virtud a la exoneración de aportes en los términos del artículo 114-1 del estatuto tributario.

Aportes a pensión en el contrato de trabajo con pensionados.

Aquí es donde está la diferencia, puesto que el pensionado no está obligado a seguir aportando a pensión pues ya está pensionado.

Al menos es así para quien está pensionado por vejez.



La persona que recibe una pensión por vejez no tiene obligación de seguir haciendo cotizaciones a pensión, por cuanto su pensión ya está reconocida y no es posible pensionarse dos veces por vejez.

Distinto es el caso del trabajador que está pensionado por invalidez, pues este sí puede seguir cotizando para pensionarse por vejez, puestas dos pensiones son compatibles.

En consecuencia, una persona pensionada por invalidez, al tener la posibilidad de pensionarse también por vejez, puede seguir haciendo las cotizaciones respectivas.

Aunque no es normal que un empleador contrate a una persona por invalidez por obvias razones, y lo normal es que contrate pensionados por vejez, puede darse el caso.

Respecto a que un pensionado por invalidez pueda seguir trabajando, en el siguiente artículo se hacen las precisiones necesarias.

Riesgos laborales cuando se contratan pensionados.

Cuando se contrata a un trabajador pensionado, en nuestro criterio el trabajador debe ser afiliado a riesgos laborales, por cuanto el objetivo es asegurar el riesgo laboral a que se expone todo trabajador.

El riesgo inherente a toda actividad laboral no desaparece porque el trabajador esté pensionado, de manera que hay que seguir pagando las cotizaciones a riesgos laborales.

No hay que perder de vista que el trabajador está expuesto a sufrir un accidente laboral o una enfermedad, y es el sistema de riesgos laborales el llamado a cubrir esos riesgos, pues de no estarlo, probablemente el empleador deba cubrir esos gastos.



Terminación del contrato de trabajo con pensionados.

El contrato de trabajo con pensionados puede ser terminado según las reglas generales aplicables a la terminación del contrato de trabajo.

El único aspecto que cambia según nuestro criterio es la justa causa para terminar el contrato de trabajo en razón al reconocimiento de la pensión.

Recordemos que el artículo 62 del código sustantivo del trabajo señala la siguiente causa justa para terminar el contrato de trabajo:

«El reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.»

Es decir que el empleador puede despedir con justa causa al trabajador que le es reconocida la pensión.

No obstante, como en este caso el trabajador fue contratado cuando ya estaba pensionado, consideramos que esta causal no aplica.

Cuando el empleador decidió contratar al trabajador pensionado, la causal de despido ya se había estructurado, por lo que se entiende que no se puede alegar al ser anterior a la relación laboral.

Esta causal aplica para cuando el reconocimiento de la pensión deviene estando vigente la relación laboral, y por eso permite terminarla, pero no puede ser posible respecto a relaciones laborales hacia futuro.

En lo demás casos la terminación del contrato se debe ceñir a la norma general, pudiéndose terminar con justa o sin justa causa, pagando la indemnización que corresponda en caso de ser injusta.

Suspensión del contrato de trabajo.

Un contrato de trabajo puede ser suspendido por las causales que



contempla el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo:

El código sustantivo contempla la posibilidad de que el contrato de trabajo sea suspendido, lo que conlleva el cese de la mayoría de las obligaciones del empleador en la medida en que el trabajador no presta sus servicios precisamente por la suspensión del contrato.

Causas por las que se suspende el contrato de trabajo.

El artículo 51 del código sustantivo del trabajo señala de forma expresa las causas por las cuales se suspende el contrato de trabajo y que pasamos a explicar.

Suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito.

Cuando sucede un evento de fuerza mayor o caso fortuito que impide la ejecución del contrato de trabajo, este se suspende hasta tanto se superen las circunstancias que impiden el normal desarrollo de las actividades contratadas.

Es el caso cuando por una accidente o evento natural resulta imposible que el trabajador pueda laborar, caso en el cual el contrato de trabajo no se puede terminar, pero sí se puede suspender.

El evento que impida la ejecución del contrato de trabajo debe ser intempestivo, fortuito, no planeado ni premeditado por el empleador, como cuando un fenómeno natural destruye las vías de acceso y deja la empresa sin insumos por un tiempo considerable, por señalar un ejemplo.



Condiciones para que se pueda suspender el contrato de trabajo por fuerza mayor.

Dice el numeral 1 del artículo 51 sobre cuándo se puede suspender un contrato de trabajo:

«Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.»

De lo anterior se interpreta que la suspensión del contrato de trabajo es posible si concurren las siguientes condiciones:

- Existe la fuerza mayor o el caso fortuito.
- Es imposible la ejecución del contrato de trabajo.

Respecto a la configuración de la fuerza mayor y el caso fortuito, ha señalado la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 50954 del 9 de agosto de 2017 con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos:

«Efectivamente, no es discutido que el numeral 1º del artículo citado establece que el contrato de trabajo puede ser suspendido «[...] por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución», lo que debe ser entendido armónicamente respecto de lo dicho por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que establece, a su turno, que «Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.».»

Bajo este entendido, cae en evidencia que el hecho que se reputa como fuerza mayor o caso fortuito no sólo debe estar plenamente acreditado, sino que debe compartir las características intrínsecas y concurrentes de la imprevisibilidad e irresistibilidad, que podrán ser analizadas en diversa intensidad según el evento material del que se trate, si es un caso fortuito o una fuerza mayor.»



La suspensión del contrato de trabajo es algo excepcional y por eso las normas y los jueces son muy exigentes al momento de evaluar esas circunstancias.

Autorización del ministerio del trabajo para suspender el contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito.

La ley no exige que se deba solicitar autorización al ministerio de trabajo para suspender el contrato de trabajo ante un evento de fuerza mayor o caso fortuito, sin embargo, el empleador debe acreditar la ocurrencia de la fuerza mayor y el caso fortuito, razón por la cual se le solicita al ministerio de trabajo que verifique tal circunstancia que es distinto a solicitar autorización, que no es necesaria.

En todo caso, si el empleador decide suspender los contratos de trabajo, el empleado puede demandar al empleador, y el empleador tendrá que acreditar la causal de suspensión del numeral 1 del artículo 51 del código sustantivo del trabajo, y considerando las circunstancias actuales, es probable que no pueda hacerlo.

Recordemos que, si un juez declara improcedente la suspensión del contrato de trabajo, el empleador es condenado al pago de los salarios por el tiempo que el contrato estuvo suspendido.

Alternativas a la suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor y caso fortuito.

Cuando la fuerza mayor y el caso fortuito afectan la ejecución del contrato temporalmente, el empleador tiene otras opciones o soluciones temporales diferentes a la suspensión del contrato de trabajo, como es el Teletrabajo,



vacaciones colectivas o vacaciones anticipadas.

Para algunos empleadores una de estas opciones puede la más indicada, en vista a la dificultad para probar la fuerza mayor o caso fortuito, pues el empleador, insistimos, se arriesga a ser condenado al pago de los salarios dejados de pagar durante la suspensión del contrato de trabajo, que luego resulte improcedente.

Suspensión del contrato de trabajo por muerte o inhabilitación del empleador.

Esta aplica para el caso de las personas naturales y al respecto señala el numeral 2 del artículo 51 del código sustantivo del trabajo:

«Por la muerte o la inhabilitación del empleador, cuando éste sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo.»

Para ello es necesario que el establecimiento de comercio, por ejemplo, no pueda seguir funcionando ante la ausencia del empleador, realidad que debe ser demostrable.

Suspensión del contrato de trabajo por suspensión temporal de las actividades de la empresa.

Causal contemplada en el numeral 3 del artículo 51 del código sustantivo del trabajo:

«Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del



Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores.»

Para que el contrato de trabajo se pueda suspender por esta causa, se requiere la autorización del ministerio del trabajo.

El numeral 5 del artículo 40 del decreto 2351 de 1965, modificado por el artículo 67 de la ley 50 de 1990, dispone que:

«No producirá ningún efecto el despido colectivo de trabajadores o la suspensión temporal de los contratos de trabajo, sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, caso en el cual se dará aplicación al artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo.»

La consecuencia de no pedir autorización el ministerio del trabajo es que el empleador deberá pagar a sus trabajadores el sueldo normal como si hubieran trabajado, pues a eso es a lo que se refiere el artículo 140 del código sustantivo del trabajo, cuando obliga al empleador a pagar el salario aun cuando el trabajador no haya prestado sus servicios, lo cual ha de suceder por disposición o culpa del empleador.

Por último, hay que manifestar que el cierre intempestivo de la empresa no es posible, por cuanto la autorización del ministerio de trabajo se puede tomar hasta dos meses según lo establece el parágrafo único del artículo 466 de del código sustantivo del trabajo, por lo que la empresa deberá presentar la solicitud de autorización con la suficiente antelación para no tener que pagar salarios por un tiempo no trabajado.

El cierre intempestivo de la empresa suspende el contrato solo si ocurre la primera causal, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, que son causales muy rigurosas en su interpretación y aplicación.



Suspensión del contrato de trabajo por licencia no remunerada al trabajador.

El contrato de trabajo se puede suspender por el otorgamiento de una licencia o permiso no remunerado al trabajador.

Esta causal es de utilidad para los casos en que el trabajador debe ausentarse del trabajo por un periodo de tiempo considerable, ya sea por motivos de estudio, salud, familiares, etc.

Al no haber prestación de servicio por parte del trabajador ni deber de pagar sueldo parte del empleador, la consecuencia natural es la suspensión del contrato de trabajo.

Suspensión del contrato de trabajo por sanción disciplinaria al trabajador.

El contrato de trabajo puede ser suspendido como consecuencia de una sanción disciplinaria impuesta al trabajador según el procedimiento que se indique en el reglamento de trabajo.

Esa suspensión se debe imponer con arreglo al artículo 112 del código sustantivo del trabajo:

«Cuando la sanción consista en suspensión del trabajo, ésta no puede exceder de ocho (8) días por la primera vez, ni de dos (2) meses en caso de reincidencia de cualquier grado.»

Es importante señalar que la suspensión del contrato de trabajo debe permitir el derecho a la defensa del trabajador, y dicha consecuencia debe estar considerada en el reglamento de trabajo, en el contrato de trabajo o en una convención colectiva, y por supuesto que la causa de esa suspensión debe estar expresamente tipificada en cualquiera de los anteriores documentos.



Es así porque no se puede imponer una sanción sin el debido sustento normativo o reglamentario.

Suspensión del contrato de trabajo por prestación del servicio militar del trabajador.

El contrato de trabajo se suspende cuando el trabajador debe prestar el servicio militar obligatorio tal como lo señala el numeral 5 del artículo 51 del código sustantivo del trabajo:

«Por ser llamado el trabajador a prestar el servicio militar. En este caso el empleador está obligado a conservar el puesto del trabajador hasta por {treinta (30) días} después de terminado el servicio. Dentro de este término el trabajador puede reincorporarse a sus tareas, cuando lo considere conveniente, y el empleador está obligado a admitirlo tan pronto como éste gestione su reincorporación.»

Es una causal de poca utilización hoy en día pero que está ahí para aprovecharla de ser necesario.

Suspensión del contrato de trabajo por detención preventiva del trabajador.

Dice el numeral 6 del artículo 51 del código sustantivo del trabajo:

«Por detención preventiva del trabajador o por arresto correccional que no exceda de ocho (8) días por cuya causa no justifique la extinción del contrato.»

Esta causal permite la suspensión del contrato de trabajo, y así el arresto sea superior a 8 días, se recomienda mantener la suspensión y no proceder a la terminación del contrato por un tiempo prudencial, porque para ello se



requiere que el trabajador no resulte absuelto como se explica en el siguiente artículo.

Suspensión del contrato de trabajo por huelga del trabajador.

Dice el artículo 52 del código sustantivo del trabajo que la huelga legal, es decir, realizada de acuerdo a las normas que regulan la huelga, suspende el contrato de trabajo, suspensión que dura lo que dure la huelga.

Si la huelga es declarada ilegal la consecuencia es la terminación del contrato de trabajo si el empleador así lo decide.

La corte, en sentencia C-993 del 2 de agosto de 2000, consideró que el contrato de trabajo no se suspende si la huelga se realiza por causa o culpa del empleador, es decir, cuando este ha incumplido o afectados los derechos que el trabajado ha adquirido por disposición legal o convencional, lo que por lo general requiere de calificación judicial.

Plazo para que el trabajador se reintegre luego de la suspensión del contrato de trabajo.

Superada la suspensión del contrato de trabajo el empleado debe regresar a trabajar, y al respecto señala el artículo 52 del código sustantivo del trabajo:

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



o aviso.»

Un poco rezagados los mecanismos de notificación el trabajador para que se reincorpore al trabajo.

Efectos de la suspensión del contrato de trabajo.

El artículo 53 del código sustantivo del trabajo señala los siguientes efectos de la suspensión del contrato de trabajo:

«Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el empleador la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del empleador, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el empleador al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.»

A continuación, detallamos algunos de los efectos que produce la suspensión del contrato de trabajo.

Prestaciones sociales en suspensión del contrato de trabajo.

Es evidente que, si el trabajador no labora y no recibe salario, las prestaciones sociales se deben afectar de algún modo.

El artículo 53 del código sustantivo del trabajo, que trata sobre los efectos de la suspensión del contrato de trabajo, dice al respecto:

«... Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el empleador al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.»



Con base a lo anterior analizaremos las prestaciones sociales más comunes.

Auxilio de cesantías en la suspensión del contrato de trabajo.

Claramente la norma señala que el tiempo que dure la suspensión del contrato de trabajo, puede descontarse de las cesantías.

Recordemos la fórmula para liquidar el auxilio de cesantías:

Salario X días trabajados ÷ 360.

Los días trabajados no el tiempo de suspensión del contrato, de manera que, si en el año 2022 el contrato estuvo suspendido por 3 meses, tendríamos:

Salario X 270 ÷ 360.

De esta manera se descuenta el tiempo de suspensión del contrato al liquidar las prestaciones sociales.

Intereses sobre las cesantías en la suspensión del contrato de trabajo.

Entendemos que la suerte de lo principal afecta lo accesorio, de modo que, respecto a los intereses sobre cesantías, como estos se calculan sobre las cesantías, y como el tiempo efectivamente laborado por el trabajador es menor por cuenta de la suspensión del contrato no se debe pagar el 12% completo, sino la parte proporcional al tiempo en que el contrato de trabajo no estuvo suspendido.

Así, es preciso descontar los días de suspensión para efectos de reconocer esa la parte proporcional de los intereses, que se reconoce automáticamente al aplicar la siguiente fórmula:



Cesantías x días trabajados x 12% ÷ 360.

Recordemos que la proporción es respecto al porcentaje de interés, que anualmente es del 12%, pero si no corresponde a un año completo, no se puede aplicar el 12%, sino la proporción que corresponde al tiempo laborado por el trabajador.

Prima de servicios en la suspensión del contrato de trabajo.

El artículo 53 del código sustantivo de trabajo dice que la suspensión del contrato de trabajo afecta las vacaciones y las cesantías, pero nada dijo de la prima de servicios.

Siendo así, no existe una ley que autorice descontar el tiempo de suspensión del contrato de trabajo para liquidar la prima de servicios.

Esto tiene sentido en que la prima de servicios no es más que la repartición de las utilidades entre los trabajadores, y aunque uno de ello no haya participado plenamente en la generación de esas utilidades por estar suspendido el contrato, no se le puede negar su parte al no estar expresamente permitido por la ley.

En ese sentido se ha pronunciado el ministerio de trabajo, como en el caso del concepto 200588 del 16 de julio de 2008:

«De las normas trascritas se colige, que durante los períodos de suspensión del contrato de trabajo, el empleador sólo está facultado para descontar al trabajador el valor del salario diario por el tiempo que duró la suspensión del contrato de trabajo y la incidencia de este tiempo en la liquidación de las vacaciones, de las cesantías y de la pensión de jubilación.

Es de tener en cuenta que la norma no autoriza descontar el tiempo



que duró la suspensión del contrato de trabajo, para efectos de calcular el valor de la prima de servicios ni de los intereses de cesantías, sólo vacaciones y cesantías.»

Considerando que la ley protege especialmente los derechos laborales del trabajador, no se le puede descontar un derecho que la ley expresamente no ha contemplado.

Vacaciones en la suspensión del contrato de trabajo.

Las vacaciones se causan por tiempo laborado, y si el tiempo laborado se ve disminuido por la suspensión del contrato, naturalmente se ven afectadas, tal como lo permite el artículo 53 del código sustantivo del trabajo.

El artículo 186 del código sustantivo del trabajo señala que por cada año de trabajo se deben otorgar 15 días hábiles de vacaciones remuneradas, y para determinar el año de trabajo, o los 360 días de trabajo que dan derecho a las vacaciones, se deben descontar los días no laborados en ocasión a la suspensión del contrato.

En la fórmula utilizada para provisionar las vacaciones, los días trabajados se verán disminuidos por los días de suspensión del contrato, reconociendo así su efecto en las vacaciones.

No se deben pagar vacaciones por tiempo no laborado, pues se trata de un derecho que se causa precisamente por trabajar, algo que no hace el trabajador por estar suspendido el contrato de trabajo.

Seguridad social en suspensión del contrato de trabajo.

La seguridad social en la suspensión del contrato tiene un tratamiento diferente dependiendo del concepto de seguridad social: salud, pensión y



riesgos laborales.

Aportes a salud en la suspensión del contrato de trabajo.

En cuanto a los aportes o cotizaciones a salud durante la suspensión del contrato de trabajo el artículo 3.2.5.2 del decreto 780 de 2016 establece lo siguiente:

«Cotizaciones durante el período de huelga o suspensión temporal del contrato de trabajo. En los períodos de huelga o suspensión temporal del contrato de trabajo por alguna de las causales contempladas en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, no habrá lugar al pago de los aportes por parte del afiliado, pero sí de los correspondientes al empleador los cuales se efectuarán con base en el último salario base reportado»

Así las cosas, en caso de suspensión del contrato la empresa tendrá la obligación de seguir aportando a salud, más no el trabajador.

Aportes a riesgos laborales en la suspensión del contrato de trabajo.

El sistema de riesgos laborales asegura o cubre el riesgo que corre un trabajador en ejecución del contrato de trabajo, y en este caso como el contrato está suspendido, y el trabajador no desarrolla ninguna actividad laboral, no hay razón para cotizar por este concepto.

El trabajador que no labora no se expone a ningún riesgo, y no habiendo riesgo que asegurar no hay lugar al pago de cotizaciones al sistema de riesgos laborales.



Aportes a pensión en la suspensión del contrato de trabajo.

Respecto a si se deben o no hacer aportes a pensión cuando el contrato de trabajo está suspendido en ocasión a la suspensión del contrato de trabajo, no existe una norma que de forma expresa lo contemple, por lo que ha sido la jurisprudencia y la doctrina quienes han señalado que los aportes se deben seguir haciendo.

Así lo ha considerado Colpensiones, la UGPP, el Consejo de estado, la Corte constitucional y el ministerio del trabajo, así que es claro que el empleador debe seguir haciendo aportes al sistema de pensiones cuando el contrato de trabajo esté suspendido.

Frente a este tema, el concepto 105191 de 2013 del Departamento Administrativo de la Función Pública, con asunto Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones en licencia remunerada o suspensión disciplinaria, recoge la línea jurisprudencial del Consejo de estado y de la Corte constitucional, de la siguiente forma:

«En este orden de ideas, puede concluir la Sala que la licencia no remunerada y la suspensión disciplinaria que no comporte retiro definitivo del servicio, no rompen la relación laboral, por lo que es válido afirmar que se mantiene vigente la obligación del empleador de efectuar los aportes al sistema, al igual que ocurre en tratándose de empleador privado, pues no se evidencia una razón jurídica o fáctica que haga procedente el trato diferente para uno u otro. El exceptuar al Estado en su carácter de empleador, de pagar el aporte a la Seguridad Social está desconociendo uno de los principios pilares del sistema de salud y que no es otro que el de la continuidad en la prestación del servicio de salud por el cual propende nuestro Estado Social de Derecho.»



Luego continúa el texto:

«Finalmente el argumento del Ministerio de Protección relativo a que la ausencia de remuneración impide calcular el aporte, no es suficiente para exonerarlo de su pago, pues tal y como ocurre en el caso del empleador privado, dicho aporte puede ser calculado con fundamento en lo que ha venido devengado el empleado, pues debe recordarse que éste no ha sido desvinculado sino suspendido. Sumado a lo anterior debe recordarse que suspender el pago de los aportes constituye un riesgo no sólo para el empleado sino para el Estado-empleador, quien tendría eventualmente que asumir el riesgo no cubierto por la ausencia de cotización, lo cual generaría costos innecesarios y evitables de asumirse el pago del aporte.»

No pagar los aportes a pensión lleva a que en caso de invalidez o muerte el empleador deba responder por no haber cotizado regularmente a pensión.

Respecto a la base sobre la que se debe cotizar a pensión, en dicho concepto se afirma que debe ser la misma sobre la que se aporta a salud, que sí está definida expresamente en el artículo 3.2.5.2 del decreto 780 de 2016.

El concepto concluye que:

«De acuerdo con lo anterior, como quiera que ni la licencia no remunerada ni la suspensión disciplinaria comportan un retiro definitivo del servicio ni rompen la relación laboral, es válido afirmar que se mantiene vigente la obligación del empleador de efectuar los aportes al sistema, de acuerdo a los porcentajes estipulados en la ley; el cual para el caso de la salud la norma ha fijado como Aporte para el empleador el 8.5% y para el trabajador el 4% del ingreso laboral del afiliado. Para el caso de la Pensión le corresponde al empleador el 12% y al trabajador el 4%.»

En el caso de los aportes a salud el decreto reglamentario 780 señala que el



trabajador no debe hacer su aporte del 4% mientras el contrato esté suspendido, pero en el caso de los aportes a pensión no existe una ley que exima al trabajador de realizar el aporte que le corresponde, que también es del 4%, y tampoco existe una norma que obliga al empleador a que asuma la cotización que le corresponde al trabajador, situación se puede solventar con la sugerencia que hace el departamento de la función, publica, que es la misma realizada por el ministerio del trabajo y por Colpensiones:

«En la práctica, el empleado puede autorizar al empleador que le descuento de sus prestaciones y salarios el porcentaje correspondiente a su aporte una vez se reintegre de la licencia no remunerada.»

Como el trabajador no recibe salario cuando el contrato de trabajo está suspendido, no se le puede hacer ningún descuento, y el camino a seguir es que el empleador le preste el dinero para hacer las cotizaciones y luego se lo descuento de los pagos futuros que deba hacer por concepto de prestaciones, o de salario cuando se reintegre.

Lo anterior a pesar de que el artículo 53 del código sustantivo del trabajo permite descontar el tiempo de suspensión de las jubilaciones, pero se debe tener en cuenta que para cuando se redactó esa norma, las jubilaciones estaban a cargo del empleador, situación que cambió con la ley 100 de 1993, de modo que esa disposición es inaplicable hoy en día.

Y en cuanto a la dotación, llegada la fecha de entregarla y el trabajador no está laborando, sencillamente la empresa no la entrega.

Suspensión del contrato de trabajo por culpa del empleador no es conciliable.

Las obligaciones derivadas de la suspensión del contrato de trabajo por culpa del empleador no son conciliables en vista a que son derechos ciertos



e irrenunciables.

Recordemos que si el trabajador no presta el servicio que debe prestar por culpa del trabajador, el empleador está obligado a pagar el salario correspondiente según lo dispone el artículo 140 del código sustantivo del trabajo.

En consecuencia, si la suspensión del contrato de trabajo es por causas distintas a las contenidas en el artículo 51 del código sustantivo del trabajo, y además se debe a una causa imputable al empleador, surge la obligación del empleador de cumplir con el artículo 140 del código laboral.

En ese orden de ideas, como el pago del salario en tal ocasión se hace obligatorio, se configura entonces un derecho cierto e indiscutible imposible de conciliar.

Así lo manifestó la sala laboral de la corte suprema de justicia en sentencia 44201 del 3 de diciembre de 2014 con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruiz:

«De lo anterior se sigue que ciertamente se equivocó el ad quem al concluir que la conciliación celebrada respecto a la suspensión del contrato de cada uno de los actores no desconoció derechos ciertos, pues ya quedó visto, conforme al precedente de esta Sala, que los hechos no son conciliables con el fin de quitarle certeza a los derechos laborales ya causados; sin embargo esto fue lo que sucedió en el caso del sublite cuando las partes quisieron legalizar a posteriori la interrupción de hecho en la prestación del servicio por razones atribuibles al empleador sin justificación legal, con el ropaje de la suspensión legal del contrato prevista en el artículo 51 del CST, y de esta forma conciliar lo que ya era inconciliable, como eran los derechos ciertos de los trabajadores derivados del artículo 140 del CST, es decir el derecho a recibir los salarios y prestaciones por el



tiempo que dejaron de prestar el servicio por culpa del empleador.»

Continúa diciendo la corte:

«En otras palabras, siendo evidente que ya venía dándose de hecho la interrupción de la prestación del servicio por los actores por culpa del empleador, esta situación, para el momento de la conciliación, evidentemente ya había generado y consolidado a favor de cada uno los actores los derechos ciertos a recibir los salarios conforme al artículo 140 del CST, por tanto estos no podían ser objeto de conciliación, so pena de nulidad; y como jurisprudencialmente está definido que no se pueden conciliar hechos para restarle la certeza a los derechos que ya se habían causado en cabeza de cada uno de los actores, tampoco se podía convalidar por las partes la situación de hecho cumplida mediante la conciliación para desaparecer el supuesto generador de los efectos del artículo 140 precitado.»

Es claro que, si el contrato se suspende sin apego a lo que dispone el artículo 51 del código sustantivo de trabajo, se genera para el empleador la obligación de pagar el salario respectivo y ello se convierte en un derecho cierto e indiscutible que escapa a lo que se puede conciliar o someter a transacción.

Solución de continuidad en el contrato de trabajo

En el contrato de trabajo se presenta una figura denominada solución de continuidad, o sin solución de continuidad, ¿Qué significan estos términos?

Solución de continuidad.

La solución de continuidad hace referencia a la interrupción de la relación laboral entre dos contratos de trabajo, que genera una separación temporal



entre los dos.

Por ejemplo, si un contrato de trabajo termina el 30 de mayo y se firma otro el 15 de junio se presenta una interrupción; hay un lapso que separa un contrato de otro, configurándose la solución de continuidad.

Sin solución de continuidad.

La expresión sin solución de continuidad, llamada también solución de no continuidad se configura cuando a pesar de existir un lapso temporal entre dos contratos de trabajo, se reconoce un solo contrato.

En la solución de no continuidad las interrupciones temporales en una relación laboral se obvian para reconocer una única relación laboral.

Suponiendo el mismo ejemplo anterior donde un contrato termina el 30 de mayo y se firma otro el 15 de junio, cuando se declara la solución de no continuidad, se concluye que, a pesar de existir dos contratos separados por un lapso, lo que en realidad existe es un solo contrato sin solución de continuidad.

Esta figura se utiliza en casos como el reintegro del trabajador que ha sido despedido ilegalmente, como lo recuerda la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL164-2020 con radicación 74096 del 29 de enero de 2020:

«Ahora bien, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte, la orden de reintegro mediante sentencia judicial lleva la no solución de continuidad, supuesto que implica que el contrato de trabajo no finalizó ni se interrumpió; en otras palabras, el reintegro es una ficción jurídica, según la cual el contrato celebrado entre las partes, ilegalmente feneceido por el empleador, continúa vigente y, en consecuencia, el trabajador tiene derecho al pago y reconocimiento



de todos los derechos sociales que surgen de la relación de trabajo.»

Si el trabajador fue despedido el 15 de marzo y luego el juez condena al empleador a que lo reintegre a partir del 20 de mayo, ese reintegro se hace sin solución de continuidad, es decir que se asume que no existió ninguna interrupción entre el 15 de marzo y el 20 de mayo.

La solución de no continuidad supera la separación temporal entre dos contratos para hacer que la relación laboral quede bajo un solo contrato.

Resumiendo, tenemos:

- **Solución de continuidad.** Hay interrupción de la relación laboral separando el contrato predecesor con el sucede.
- **Sin solución de continuidad.** Se considera que dos contratos separados por un lapso constituyen un solo contrato, es decir, no existe interrupción en la relación laboral.

Tiempo de interrupción para configurar la solución de continuidad.

Hay casos en que ese espacio temporal entre un contrato y otro es esencial para determinar la solución de continuidad, y no hay una norma que diga de cuánto tiempo debe ser la interrupción de la relación laboral para que se presente la solución de continuidad o se configure la solución de no continuidad.

Por ejemplo, hay empleadores que despiden a un trabajador para contratarlo nuevamente a los 8 días, o al mes. ¿En caso dado esa separación temporal es suficiente para desvirtuar la solución de continuidad?

La solución la ha dado la Corte suprema de justicia que en sentencia 7590 del 27 de enero de 2016, con ponencia del magistrado Burgos, señaló:



«Respecto de tal punto, esta Sala ha sostenido que cuando la interrupción de los contratos no es amplia, como aconteció en el sub lite - 2 días-, no puede entenderse que hubo solución de continuidad.»

Es claro que una interrupción de 2 días no configura la solución de continuidad, ¿pero 5, 10 o 15 días? ¿Dónde está ese límite?

Una vez más es la Corte suprema de justicia la que nos trae la solución al fijar el siguiente criterio jurisprudencial en la sentencia CSJ SL981-2019:

«En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece.»

Este criterio fue reiterado por la misma sala en sentencia SL1450-2019, con radicación 61644 del 24 de abril de 2019:

«Por tanto, acatando este precedente, en el sub examine, contrario a lo argumentado por el fallador colegiado, no puede considerarse que las interrupciones precarias de 16 días en octubre de 1996, de 11 días en diciembre de 2006, de 6 días en diciembre de 2007, y de 10 días de suspensión en noviembre de 2006, tenga la virtud y la entidad suficiente para interrumpir el nexo contractual y dar origen a uno nuevo,»

Lo anterior permite manejar un rango de hasta un mes de interrupción para efectos de la solución de no continuidad.

Es importante precisar que la sola existencia de una interrupción de la



relación laboral no es suficiente para desvirtuar la solución de continuidad, como lo afirmó la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 22186 del 27 de mayo de 2004 con ponencia del magistrado Carlos Isaac Nader:

«En lo cual además no hizo otra cosa que acoger el criterio jurisprudencial expuesto por esta Sala en el fallo del 17 de septiembre de 2003 (expediente 20.496) en el sentido de que el simple hecho de que haya mediado un pequeño margen de tiempo entre la terminación de un contrato y el comienzo de otro no es razón suficiente para sostener la unicidad del vínculo o la existencia de simulación en la extinción del primero, puesto que puede suceder, como de hecho allí aconteció, que tal situación ocurra real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral de las empresas, aun en la hipótesis de que los oficios desempeñados por el empleado en ambas contrataciones sea el mismo.»

Cada caso particular es diferente y de lo que se trata es que el empleador no simule la terminación de contratos a fin de defraudar o afectar los intereses del trabajador.

Solución de continuidad en contratos de trabajo sucesivos.

Hay empleadores que vinculan a sus trabajadores con contratos de trabajo a término fijo y en lugar de renovar el contrato lo liquidan y vuelven a firmar un contrato nuevo pasados unos días. ¿Es válida esta práctica? ¿Hay solución de continuidad en ella?

No es ilegal terminar un contrato de trabajo a término fijo y seguidamente firmar un contrato nuevo a término fijo. Es algo que la ley no prohíbe, pero esta práctica tiene un riesgo puesto que ante ello no necesariamente se



configura la solución de continuidad.

Esto tiene relevancia respecto al pago de las cesantías, pues si un juez llegara a declarar la no existencia de la solución de continuidad, el pago de las cesantías que se hubiera hecho al trabajador directamente en la liquidación de cada contrato de trabajo se tornaría ilegal.

Recordemos lo que señala el artículo 254 del código sustantivo del trabajo:

«Se prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado.»

Es decir, si al terminar el contrato de trabajo se liquidan y pagan las cesantías al trabajador, y seguidamente se firma un nuevo contrato, un juez podría declarar la solución de no continuidad, lo que automáticamente haría que el pago previo de las cesantías se convierta en ilegal.

Un asunto similar llegó hasta la Corte suprema de justicia cuya sala laboral en sentencia SL2169-2019 con radicación 72544 del 5 de junio de 2019 manifestó:

«En el presente caso, la convocada a juicio en su contestación al escrito inicial se opuso al pago de tal derecho al argumentar que el vínculo laboral del actor no fue uno solo, en tanto tuvo tantos contratos de trabajo, cuantas veces cambió de vehículo de conducción y que al finalizar cada uno de ellos, canceló la correspondiente liquidación de cesantías y prestaciones sociales.

No obstante, como lo determinó el Tribunal, la relación fue única y se prolongó entre el 20 de marzo de 2000 y el 10 de mayo de 2010 y, en tal medida, la accionada desatendió las previsiones dispuestas en la mencionada normativa y en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, razón



por la que procede el pago del auxilio de cesantías, sus intereses y la sanción por no pago de estos últimos, lo cuales se concederán doblados, por una sola vez.»

En consecuencia, cuando se firmen contratos de trabajo sucesivos, que es legal, la recomendación es consignar las cesantías en el fondo cada vez que se liquide el contrato de trabajo.

Por supuesto que la mejor práctica es renovar el contrato anterior en lugar de firmar uno nuevo, y en caso de hacer un contrato nuevo cada año se debe tener en cuenta lo siguiente:

- Liquidar cada contrato por escrito.
- Notificar por escrito con 30 días de anticipación la terminación del contrato respectivo.
- El contrato debe siempre ser por escrito.
- Si el contrato no se hace por escrito, junto a la liquidación anual se debe anexar carta de renuncia del trabajador.

No obstante, las anteriores prácticas, en una demanda un juez puede identificar allí la intención de una única relación laboral, que en efecto es lo que parece.

Consecuencias de solución de no continuidad.

Se señalábamos que la solución de no continuidad supone la existencia de un solo contrato, o que el contrato nunca fue interrumpido, y ello tiene como consecuencia que el empleador deba pagar los salarios, prestaciones sociales y seguridad social durante el tiempo en que la relación laboral estuvo interrumpida.

Es lo que sucede cuando se ordena el reintegro del trabajador sin solución de continuidad, donde el empleador debe pagar los salarios y demás



emolumentos desde la fecha en que desvinculó al trabajador hasta la fecha en que se realice el reintegro.



OBLIGACIONES QUE GENERA EL CONTRATO DE TRABAJO.

El contrato de trabajo genera una serie de obligaciones especiales tanto para el empleador como para el trabajador que pasamos a detallar.

Obligaciones del empleador.

En primer lugar, el artículo 56 establece de forma general que la empresa debe garantizar la protección y seguridad de sus trabajadores, y el artículo 57 contempla de forma más específica las obligaciones del empleador para con sus trabajadores:

«Obligaciones especiales del patrono. Son obligaciones especiales del patrono:

- 1. Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores.*
- 2. Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud.*
- 3. Prestar inmediatamente los primeros auxilios en casos de accidente o de enfermedad. A este efecto en todo establecimiento, taller o fábrica que ocupe habitualmente más de diez (10) trabajadores, deberá mantenerse lo necesario, según reglamentación de las autoridades sanitarias.*
- 4. Pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y*



lugares convenidos.

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

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

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

8. Pagar al trabajador los gastos razonables de venida y regreso, si para prestar sus servicios lo hizo cambiar de residencia, salvo si



la terminación del contrato se origina por culpa o voluntad del trabajador. Si el trabajador prefiere radicarse en otro lugar el patrono le debe costear su traslado hasta la concurrencia de los gastos que demandaría su regreso al lugar en donde residía anteriormente. En los gastos de traslado del trabajador, se entienden comprendidos los de los familiares que con él convivieren.

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

10. [Adicionado ley 1280 de 2009] Conceder al trabajador en Caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil, una licencia remunerada por luto de cinco (05) días hábiles, cualquiera sea su modalidad de contratación o de vinculación laboral. La grave calamidad doméstica no incluye la Licencia por Luto que trata este numeral.

Este hecho deberá demostrarse mediante documento expedido por la autoridad competente, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ocurrencia.

Parágrafo: Las EPS tendrán la obligación de prestar la asesoría psicológica a la familia.

11. Conceder en forma oportuna a la trabajadora en estado de embarazo, la licencia remunerada consagrada en el numeral 1 del artículo 236, de forma tal que empiece a disfrutarla de manera obligatoria una (1) semana antes o dos

(2) semanas antes de la fecha probable del parto, según decisión de la futura madre conforme al certificado médico a que se refiere



el numeral 3 del citado artículo 236».

De las obligaciones contempladas por el artículo 57, es importante resaltar algunas: licencia por calamidad doméstica, certificado laboral y pago de los viáticos para que el trabajador regrese a su domicilio.

Licencias por grave calamidad doméstica.

Siempre que un empleado sufra de una calamidad doméstica la empresa tiene la obligación de otorgarle una licencia para que el trabajador pueda apersonarse de la situación que lo afecta.

El derecho a la licencia por grave calamidad doméstica.

La grave calamidad doméstica es un derecho del trabajador contenido en el numeral 6 del artículo 57 del código sustantivo del trabajo:

«Son obligaciones del empleador:

(...)

6. Conceder al trabajador las licencias necesarias (...) en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada»

Al ser una disposición legal el empleador tiene la obligación de otorgar la licencia cuando se configure la grave calamidad doméstica.

¿Qué es la grave calamidad doméstica?

El legislador no definió lo que se entiende por calamidad doméstica, por lo que es preciso recurrir al sentido natural de las cosas para calificar las calamidades domésticas que pueda sufrir un trabajador.



La RAE define grave de la siguiente manera:

«Grande, de mucha entidad o importancia.»

La calamidad debe ser importante, y además debe ser doméstica, es decir, que ocurra en el entorno familiar cercano del trabajador.

La sala laboral de la Corte en sentencia SL17368-2015 expuso:

«De todos modos, la expresión «calamidad doméstica» incluida en el artículo cuya anulación se pretende, pese a que constituye un concepto general, no puede catalogarse como una verdadera indeterminación, pues precisamente son tantos e innumerables los sucesos que pueden ser catalogados como tal, que resulta inverosímil que se incluyan en una disposición convencional como la que ahora es objeto de estudio. De ahí que, precisamente, le corresponderá a las partes sopesar las circunstancias y particularidades de la situación concreta a fin de determinar si la misma puede enmarcarse dentro de dicha locución.»

Es claro que la calamidad doméstica puede ser cualquier evento que afecta al trabajador y al no estar regulado expresamente, les corresponde a las partes calificarlo según cada caso particular.

La Corte señala a manera de ejemplo lo siguiente:

«La concesión de permisos por grave calamidad doméstica al trabajador derivada de una grave enfermedad comprobada por hospitalización de miembros de su familia que dependan económicamente de aquél y por fuerza mayor, como incendio, robo o inundación de la vivienda, temblores o desplazamiento forzado, no es inequitativo, pues obedece a la necesidad del trabajador de atender prioritariamente asuntos que afecten en forma seria y grave a sus familia o vivienda.»



Si bien en el reglamento de trabajo, en los pactos colectivos o en los contratos de trabajo se pueden enumerar las distintas situaciones y condiciones para reconocer la calamidad doméstica, no es posible enumerarlas todas y pueden suceder situaciones no contempladas expresamente y aun así el trabajador tiene derecho a la licencia.

La grave calamidad doméstica es muy subjetiva tanto en el concepto de calamidad como en su gravedad lo que dificulta su interpretación en casos particulares.

¿Cuántos días se deben otorgar de licencia por grave calamidad doméstica?

El legislador no determinó el número de días que se deben otorgar por calamidad doméstica quedando el empleador facultado para definirlo si no existe otro mecanismo que lo hay hecho.

Ante la omisión legislativa sobre el número de días que se deben otorgar de licencia por calamidad doméstica, se puede fijar en el reglamento de trabajo, en pactos o convenciones colectivas, en el contrato de trabajo, tribunales de arbitramento, etc.

Corresponde pues al empleador o a las partes definir la cantidad de días que se deben otorgar por licencia de calamidad doméstica bajo parámetros de razonabilidad y de proporcionalidad, y que no afecten el normal desarrollo de las actividades de la empresa, al tiempo que se respetan los derechos del trabajador con el mismo espíritu y sentido, buscando un equilibrio entre la obligación del empleador y el derecho del trabajador.

En consecuencia, los días de licencia que se otorguen por grave calamidad doméstica deben ser suficientes para que el trabajador atienda debidamente la calamidad en cuestión, sin que se perjudique la actividad operativa de la empresa.



Licencia por grave calamidad doméstica debe ser remunerada.

La licencia que se otorgue en ocasión a una grave calamidad doméstica debe ser remunerada, esto es, no se puede descontar del salario del trabajador ni puede exigírselle al trabajador que compense o reponga los días de licencia.

Es así porque la Corte constitucional en sentencia C-930 del 2009 declaró inexequible el aparte del artículo 57 del código sustantivo del trabajo que permitía el descuento de las licencias allí consideradas.

No obstante, en lo que tiene que ver con la licencia por grave calamidad doméstica dijo la Corte en esa sentencia:

«Ahora bien, la utilización del principio de razonabilidad, a efectos de establecer la extensión temporal durante la cual la licencia por calamidad doméstica debe ser remunerada, implica sopesar las circunstancias y particularidades de la situación concreta: de un lado, debe valorarse la gravedad de la calamidad doméstica en sí misma considerada, la posibilidad de conjurarla en determinado plazo estimado dependiendo del caso, la presencia o ausencia de otros familiares o amigos que contribuyan a superarla, la disponibilidad de recursos materiales en los que pueda apoyarse el trabajador, etc. Y de otro lado, debe tenerse en cuenta también el grado de la afectación del trabajo y de la empresa ocasionada por la suspensión de la relación laboral, la posibilidad fáctica en que esté el empleador de reemplazar temporalmente al trabajador, etc. Así pues, la ponderación de las circunstancias que rodean el caso debe llevar a establecer, bajo criterios de razonabilidad, cuál el lapso mínimo durante el cual debe remunerarse la licencia por grave calamidad doméstica debidamente comprobada.»

De lo anterior se entiende que no necesariamente toda licencia por grave



calamidad doméstica debe ser remunerada, pero no se identifica un criterio certero para definir esas condiciones, de manera que se hace muy difícil determinar en un caso particular a partir de qué duración la licencia podría dejar de ser remunerada.

Lo que resulta claro es que toda licencia por calamidad doméstica debe ser remunerada, y lo que la Corte sugiere es que a partir de cierta duración puede dejar de ser remunerada.

Podríamos decir que una licencia por calamidad doméstica de 5 o 10 días puede ser remunerada, pero una que dure meses parece desproporcionado exigir la remuneración, por lo que estamos ante otra situación indefinida respecto a la licencia por grave calamidad doméstica.

Lo anterior exige que el otorgamiento de licencias por grave calamidad doméstica esté debidamente regulado convencionalmente para tener un derrotero claro a seguir en caso de presentarse una situación que amerite otorgarla.

Incompatibilidad e la licencia por calamidad doméstica con otras licencias.

La licencia por calamidad doméstica es incompatible con otras licencias o permisos.

La legislación laboral concede al trabajador varias licencias para situaciones diferentes a saber:

- Licencia de maternidad.
- Licencia de paternidad.
- Licencia por luto.

Cada una de estas licencias está dispuesta para situaciones específicas, y sobre una misma situación no se pueden otorgar dos licencias, de manera



que la licencia por calamidad doméstica no puede otorgarse cuando ya se ha otorgado otra licencia por el mismo suceso.

Así, no se procede la licencia por calamidad doméstica por el nacimiento de un hijo cuando por ese concepto ya se otorgó la licencia de maternidad o paternidad.

Ni se puede otorgar por el fallecimiento de un familiar cuando por esa situación ya se otorgó la licencia por luto.

Por último, la licencia por grave calamidad doméstica aplica cuando ocurren situaciones o calamidades que no recaen directamente sobre el trabajador, como cuando el trabajador sufre un accidente o una enfermedad, pues en tal caso lo que se otorga es una incapacidad laboral.

La licencia por calamidad doméstica aplica cuando es un familiar del trabajador el que se accidenta o enferma, o cuando ocurre una tragedia en su casa como el incendio, el robo, etc.

Licencia remunerada por luto.

La ley 1280 de 2009 se creó la licencia remunerada por luto, una licencia obligatoria que el empleador debe otorgar al trabajador en caso del fallecimiento de algún familiar cercano a este.

Duración de la licencia por luto.

La licencia por luto es de 5 días hábiles, tal como lo señala el numeral 10 del artículo 57 del código sustantivo del trabajo adicionado por la ley 1280:

«Conceder al trabajador en Caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil, una



licencia remunerada por luto de cinco (05) días hábiles, cualquiera sea su modalidad de contratación o de vinculación laboral. La grave calamidad doméstica no incluye la Licencia por Luto que trata este numeral.

Este hecho deberá demostrarse mediante documento expedido por la autoridad competente, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ocurrencia.»

Al ser días hábiles se descuentan domingos y festivos, y aplica para todos los trabajadores, incluso aquellos con un contrato de prestación de servicios.

Familiares que causan el derecho.

La licencia por luto no se otorga cuando fallece cualquier familiar sino aquellos que están dentro del grado de parentesco señalado por la ley.

Resumiendo, la licencia por luto se otorga cuando fallecen los siguientes familiares del trabajador:

- Padres.
- Hijos.
- Hermanos.
- Abuelos.
- Nietos.
- Cónyuge o compañero permanente.
- Suegros.

Personas por las que no se otorga licencia por luto:

- Tíos.
- Primos.
- Cuñados.
- Novias.



- Bisnietos.
- Bisabuelos.

Se recuerda que el trabajador debe demostrar el grado de parentesco que lo une con el familiar fallecido, lo que se hace con el registro civil de nacimiento.

Término para otorgar la licencia por luto.

La ley no dispuso expresamente cuál es el tiempo en que debe ser otorgada dicha licencia, pero por el objetivo perseguido, debe ser inmediata una vez el empleador conoce de la solicitud del trabajador.

En este tipo de circunstancia se requiere la presencia inmediata del trabajador, puesto que el fallecimiento de una persona exige una serie de ritualidades que se inician inmediatamente después del fallecimiento.

Una licencia por luto luego de sucedidas las exequias del familiar fallecido no cumple con su objetivo, y por tanto esta debe ser otorgada oportunamente.

Igualmente, el empleador no está obligado a otorgar una licencia por luto cuando el familiar del trabajador falleció tiempo atrás, cuando ya el duelo y todo el proceso seguido al fallecimiento ha pasado.

Requisitos para otorgar la licencia por luto.

Por las circunstancias de los hechos que rodean el fallecimiento de una persona, para otorgar la licencia por luto no se exige ningún requisito o documento previo, de modo que es suficiente con la comunicación escrita o verbal del trabajador para que se le otorgue la licencia.

Es por ello por lo que la ley otorga al trabajador 30 días calendario de plazo



para que demuestre el hecho mediante documento expedido por la autoridad competente, que suele ser el certificado de defunción.

Además de probar el fallecimiento del familiar, el trabajador debe probar que el fallecido es un familiar que está dentro del grado de parentesco considerado por la ley, de modo que debe adjuntar el registro civil de nacimiento.

En resumen, se deben adjuntar los siguientes documentos:

- Copia del certificado de defunción.
- Registro civil de nacimiento del fallecido y en si es necesario del trabajador.
- Copia del certificado de matrimonio civil o religioso para el caso del cónyuge.
- Documento notariado sobre convivencia para el caso de compañero permanente.

Dependiendo del familiar fallecido será uno o varios documentos que se deban adjuntar.

¿Qué pasa si el trabajador se toma la licencia por luto sin cumplir requisitos?

Si el trabajador no adjunta los documentos señalados o no cumple los requisitos que la ley exige, la licencia remunerada no procede, y como ya ha sido tomada por el trabajador, el empleador queda facultado para descontar del salario los días de licencia otorgados sin derecho.

Si el trabajador engañó al trabajador al tomarse una licencia por la muerte de una persona que no le daba ese derecho, podrá ser objeto de una sanción disciplinaria.



¿Quién paga la licencia remunerada por luto?

La ley no dispuso que la EPS pague la licencia por luto, por lo que se entiende que debe pagarla el empleador.

Como se trata de una licencia remunerada, un permiso, durante esos días el trabajador sigue recibiendo la remuneración que normalmente recibe, y se pagará junto con el salario en los períodos de pago acordados.

Licencia remunerada para el cuidado de la niñez.

La ley 2174 de 2021 creó una licencia para el cuidado de niños que padecan una enfermedad o condición terminal.

Duración de la licencia para el cuidado de la niñez.

La licencia para el cuidado de la niñez es de 10 días hábiles según dispone el artículo 3 de la ley 2174 de 2021.

El artículo 4 de la misma ley adicionó el numeral 12 al artículo 57 del código sustantivo del trabajo, incluyendo esta nueva obligación para el empleador.

Los 10 días de licencia se otorgarán de manera continua o discontinua, según el acuerdo al que lleguen el empleador y el trabajador.

¿Cuándo se otorga la licencia para el cuidado de la niñez?

Para determinar cuándo se debe otorgar la licencia para el cuidado de la niñez, debemos remitirnos la numeral 12 del código sustantivo del trabajo que señala lo siguiente:

«Conceder la licencia de 10 días hábiles para el cuidado de la niñez, al



padre, madre o quien detente la custodia y cuidado personal de los menores de edad que padezcan una enfermedad terminal o cuadro clínico severo derivado de un accidente grave y requieran un cuidado permanente; o requiera cuidados paliativos para el control del dolor y otros síntomas.»

Y el artículo 4 de la ley 2174 del 2021 señala:

«La licencia para el cuidado de los menores de edad es una licencia remunerada otorgada una vez al año y por un periodo de diez (10) días hábiles, de mutuo acuerdo entre empleador y trabajador(a), a uno de los padres trabajadores cotizantes al sistema general de seguridad social en salud, o a quien detente la custodia y cuidados personales de un menor de edad que padezca una enfermedad o condición terminal.»

Es decir que la licencia se concede cuando un hijo del trabajador sufra una enfermedad terminal, o que tenga una condición grave de salud consecuencia de un accidente y que requiera cuidado permanente.

Prueba de la incapacidad para otorgar la licencia para el cuidado de la niñez.

De acuerdo al artículo 5 de la ley 2174 de 2021, la incapacidad o condición médica del niño debe ser certificada por el médico tratante, en la que debe constar la necesidad de acompañamiento, y el diagnóstico clínico respectivo.

La certificación o incapacidad debe ser expedida por un médico de la EPS a la que está afiliado el trabajador.



Licencia para el cuidado de la niñez se otorga una vez al año.

La norma señala que la licencia se otorga una vez al año. Interpretamos que una vez por cada año calendario, no una vez cada año.

Así, en diciembre del 2022 pudo haberse solicitado la licencia, y en enero del 2023 puede solicitarse nuevamente.

¿Quién paga la licencia para el cuidado de la niñez?

La licencia debe ser pagada por la EPS a la que esté afiliado el trabajador a quien se le otorga la licencia, según dispone el parágrafo primero del artículo 3 de la ley 2174 de 2021.

Certificación laboral.

El empleador tiene la obligación de expedir una certificación laboral a los trabajadores que haya contratado, ya sea durante la ejecución del contrato o luego de haberse terminado.

Obligación legal de expedir la certificación laboral.

Expedir una certificación laboral es una obligación del empleador que expresamente contempla el artículo 57 del código sustantivo del trabajo en su numeral 7:

«Dar al trabajador que lo solicite, a la expiración de contrato, una certificación en que consten el tiempo de servicio, la índole de la labor y el salario devengado; ...»

Si bien la ley señala que la obligación de expedir la certificación laboral es a la expiración del contrato de trabajo, esta debe ser expida incluso si el



trabajador la solicita durante la ejecución del contrato de trabajo por las implicaciones y el alcance que la jurisprudencia de la Corte constitucional le ha dado a este documento.

Requisitos y contenido de la certificación laboral.

La certificación laboral debe contener los siguientes elementos según el numeral 7 del artículo 57 del código laboral:

1. Tiempo de servicio del trabajador.
2. Cargo y funciones desempeñadas por el trabajador.
3. Salario devengado por el trabajador.

Es todo lo que la ley exige que se debe certificar, pero también señala qué no se debe incluir en el certificado laboral, como en efecto lo hace el numeral 8 del artículo 59 del código sustantivo del trabajo, que prohíbe al empleador:

«Emplear en las certificaciones de que trata el ordinal 7o. del artículo 57 signos convencionales que tiendan a perjudicar a los interesados, o adoptar el sistema de "lista negra", cualquiera que sea la modalidad que utilicen, para que no se ocupe en otras empresas a los trabajadores que se separen o sean separados del servicio.»

El empleador debe limitarse a certificar los elementos ya señalados sin entrar a realizar juicios de valor en la certificación, menos si son negativos y perjudican al trabajador.

Claro está que el empleador puede, a voluntad suya, incluir en la certificación aspectos positivos del desempeño del trabajador, pero nunca negativos.

Es importante señalar que la ley no contempla que la certificación deba contener las funciones desempeñadas por el trabajador, pero es un requisito que la Corte constitucional exige:

«Ahora bien, reciente jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado que la respuesta que requiere el demandante para demostrar su



capacidad laboral y su experiencia, no debe limitarse a consignar el tiempo laborado y el cargo desempeñado, pues ello sólo es indicativo de la labor desarrollada. La respuesta debe extenderse a precisar las funciones que cumplía en cada uno de los cargos que asumió, pues es ese dato el que permitirá al ex - trabajador demostrar con mayor exactitud su capacidad laboral.»

Se trata de la sentencia T-163 de 2002, la misma que aborda la procedencia de la acción de tutela en estos casos, tema desarrollado más adelante.

Como se puede observar, la certificación laboral no implica una recomendación en favor del trabajador, sino una simple constancia de unos hechos ciertos.

Derecho de petición para exigir certificación laboral.

Si el empleador se niega a expedir una certificación laboral a un trabajador, este puede presentar un derecho de petición en ese sentido, y el empleador está obligado a darle respuesta efectiva, es decir, a expedir el certificado solicitado.

El artículo 32 de la ley 1755 de 2015 establece la procedencia del derecho de petición contra entidades privadas para garantizar derechos fundamentales, y la Corte constitucional históricamente ha calificado el derecho al trabajo como fundamental.

De otra parte, el parágrafo primero del artículo 32 de la ley 1755 de 2015 señala lo siguiente frente a personas naturales:

«Este derecho también podrá ejercerse ante personas naturales cuando frente a ellas el solicitante se encuentre en situaciones de indefensión, subordinación o la persona natural se encuentre ejerciendo una función o posición dominante frente al peticionario.»

Como se observa, el derecho de petición procede incluso contra personas



naturales, y uno de los requisitos es que el peticionario se encuentre en una situación de subordinación, como es el caso del trabajador.

Acción de tutela para solicitar certificación laboral.

El trabajador al que se le ha negado una certificación laboral puede presentar un derecho de petición al empleador exigiendo la certificación, y el empleador está obligado a atender esa petición, y si no lo hace, el trabajador queda habilitado para presentar una acción de tutela.

La procedencia de la acción de tutela para solicitar una certificación laboral ha sido avalada por la Corte constitucional desde los años 90 del siglo anterior, y reiterada en muchas oportunidades.

Es el caso de la sentencia T-163 de 2002 en la que señala la Corte:

«En razón a lo anterior y dadas las circunstancias particulares del caso objeto de revisión, es preciso hacer dos consideraciones:

Primera: el accionante se encuentra en estado de subordinación, frente a la empresa accionada, pues dada su condición de ex - empleado, los efectos de la antigua relación laboral se prolongan en el tiempo, en la medida en que lo solicitado en su escrito de tutela, - certificación laboral- está esencialmente ligado al vínculo laboral extinguido.

(...)

Definidos los criterios jurídicos que caracterizan a las situaciones de indefensión y subordinación, y vistas las circunstancias fácticas que rodean el proceso objeto de revisión, encuentra la Sala que el accionante no sólo se encuentra en estado de subordinación, dada su calidad de ex - empleado, que depende de su antiguo patrono para obtener una respuesta que sólo este puede dar y que resuelve la petición como tal, sino que además, es evidente su estado de



indefensión, dada la ausencia de medios jurídicos eficaces para repeler la conducta del particular demandado.

Segunda: *La inexistencia de una respuesta a la petición elevada por el accionante, genera una vulneración constitucional adicional, como es el derecho fundamental al trabajo, pues sin la certificación laboral reclamada, le es imposible demostrar su experiencia y capacidad laboral, hecho que le anula la posibilidad de encontrar otra fuente de trabajo, situación que pone en peligro sus condiciones mínimas de vida digna y la subsistencia de quienes dependen económicamente de él.»*

Esta sentencia deja clara la procedencia de la acción de tutela para solicitar la certificación laboral y en la parte resolutiva ordena a la empresa privada accionada que expida la certificación solicitada.

Recordemos que la ley le impone al empleador la obligación de expedir un certificado laboral, y si este no cumple con esa ley procede la acción de tutela.

Carta de recomendación laboral.

La carta de recomendación laboral es distinta a la certificación laboral que se debe extender en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 57 del código sustantivo de trabajo, y su expedición no es obligatoria para el empleador.

La carta de recomendación laboral tiene como finalidad resaltar las virtudes del trabajador, lo que se puede hacer en la misma certificación laboral, o en un documento aparte.

Ya dependerá de cada empleador si expide la carta de recomendación, y los términos que utilizará en ella.



¿Tiene sentido que un empleador se niegue a expedir una certificación laboral?

Algunos empleadores se niegan a expedir certificados laborales a sus trabajadores, a pesar de estar obligados a ello.

Esa renuencia se debe a la creencia de que ese certificado puede ser utilizado en su contra en caso de una demanda laboral, lo que en efecto puede ser cierto sobre todo si el trabajador ha sido vinculado irregularmente mediante un contrato de prestación de servicios.

En tal caso, de existir una certificación laboral en los términos del artículo 57 del código sustantivo del trabajo, el empleador está reconociendo una vinculación, una duración de esa vinculación, unas funciones desempeñadas por el trabajador, y una remuneración, y como la subordinación se presume, todo junto permite suponer la existencia de un contrato de trabajo realidad.

En ese sentido, desvirtuar un contrato realidad existiendo una certificación laboral de por medio se torna más difícil, lo que lleva a estos empleadores a negar certificaciones laborales en presencia de contratos distintos al de trabajo.

Para el empleador que ha contratado formalmente a sus empleados no tiene sentido negar una certificación laboral, puesto que en ella no se hace constar nada distinto a lo que ya figura en el contrato de trabajo.

Pago de viáticos para que el trabajador regrese a su domicilio.

Dado el caso que para poder desarrollar sus actividades el trabajador debió trasladarse de lugar, la empresa deberá pagarle los viáticos necesarios para que el trabajador pueda regresar a su lugar de origen.

Los viáticos deben cubrir tanto el traslado del empleado como el de su familia.



Esta obligación cesa para la empresa si el contrato de trabajo fue terminado por la empresa en razón a una justa causa o por renuncia voluntaria del trabajador.

Esto es especialmente importante cuando se trata de empleados que deben viajar constantemente entre las diferentes sedes o sucursales de la empresa.

Programas de recreación en empresas con más de 50 trabajadores.

El artículo 21 de la ley 50 de 1991 estableció que toda empresa que tenga más de 50 trabajadores y que laboren 48 horas a la semana, deben dedicar dos horas a realizar actividades de recreación.

Dice el artículo 21 referido:

«Dedicación exclusiva en determinadas actividades. En las empresas con más de cincuenta (50) trabajadores que laboren cuarenta y ocho (48) horas a la semana, estos tendrán derecho a que dos (2) horas de dicha jornada, por cuenta del empleador, se dediquen exclusivamente a actividades recreativas, culturales, deportivas o de capacitación.»

Las dos horas de esparcimiento deben ser dentro de la jornada laboral y no pueden ser descontadas al trabajador.

Esta norma está reglamentada por el decreto 1072 de 2015 en sus artículos 2.2.1.2.3.1 y siguientes.

El reglamento establece que es obligatorio para los trabajadores asistir a las actividades que organice la empresa en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 21 de la ley 50 de 1991.

Téngase en cuenta que el artículo 6 de la ley 2101 de 2021 señala que la reducción de la jornada laboral de 48 horas a 42 horas semanales, exonera al



empleador de lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 50 de 1990.

Téngase en cuenta que el artículo 6 de la ley 2101 de 2021 señala que la reducción de la jornada laboral de 48 horas a 42 horas semanales, exonera al empleador de lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 50 de 1990.

Esa exoneración aplica cuando la jornada laboral sea de 42 horas semanales, puesto, pues mientras se hace la reducción gradual de 48 a 42 horas se debe aplicar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 6 de la ley 2101 de 2021:

«Durante el tiempo de la implementación gradual contenido en el artículo 3 de la presente ley, la jornada laboral que se dedique exclusivamente a actividades recreativas, culturales, deportivas o de capacitación será ajustada de forma proporcional de común acuerdo entre empleado y empleador. Una vez terminado el tiempo de implementación gradual regirá la exoneración del inciso primero del presente artículo.»

De momento, y hasta que se implemente la reducción, el artículo 21 de la ley 50 de 1990 se sigue aplicando con forme se ha expuesto al inicio de este título.

Permisos a los trabajadores para citas médicas.

¿Está obligado el empleador a otorgar permisos laborales a sus trabajadores para citas y controles médicos propios y de sus familiares cercanos?

Obligación legal de otorgar permisos de trabajo para citas médicas.

La ley no consideró de forma expresa la obligación de los empleadores de



otorgar permiso a los trabajadores para que acudan a citas médicas, por lo que no existe una fuente legal al respecto.

El artículo 57 del código sustantivo del trabajo habla de licencia por calamidad doméstica entre otras, lo mismo que la obligación del empleador de ofrecer al trabajador los primeros auxilios en caso de accidente o enfermedad, pero nada dice de los permisos para citas médicas, de modo que no existe una regulación que de forma clara y precisa contemple la obligación de dar estos permisos.

Así las cosas, hay que considerar otros aspectos para determinar si la empresa está en la obligación o no de conceder permisos para este objetivo.

El derecho a la salud es un derecho constitucional contemplado en el artículo 49 de nuestra constitución política, constitución que garantiza el acceso a la salud a todos los colombianos, de suerte que siendo el acceso a la salud un principio superior, las empresas deben facilitar al trabajador las condiciones que le permitan acceder al servicio de salud, y una forma de hacerlo es precisamente otorgando los permisos para las citas médicas y los tratamientos respectivos.

Y así lo entiende, por ejemplo, el ministerio de salud que en concepto 201842401650012 del 9 de noviembre de 2018, dijo:

«No obstante, la salud es un derecho constitucional contemplado en el artículo 493 de nuestra Constitución Política, mediante el cual se garantiza el acceso a la salud y siendo el ingreso a la salud un principio fundamental, las empresas deben facilitar al empleado, las condiciones que le permitan acceder al servicio de salud y una forma de hacerlo es otorgando los permisos para las citas médicas y los tratamientos respectivos.»

De acuerdo a lo anterior, y al no existir una norma que expresamente regule este tema, la empresa debe considerar este tipo de permisos en su



reglamentación interna.

Reglamentación interna para el otorgamiento de permisos para citas médicas.

Hemos señalado que estos eventos no están expresamente considerados en ninguna ley, por lo que se le confiere al empleador la potestad de definirlos en el reglamento interno de trabajo, teniendo en cuenta lo establecido en el Artículo 108, numeral 6 del Código sustantivo del trabajo.

Lo ideal es que en este proceso se tenga en cuenta la participación de los trabajadores, de esta manera se logrará no solo compilar datos sobre los hechos que puedan ocasionar ausentismo justificado, sino que se garantiza la inclusión de aquellos que se adapten a las necesidades de ellos.

Así que queda a consideración de las empresas definir en qué condiciones se otorgan los permisos para citas médicas, y qué documentos o soportes pueden solicitarles a sus empleados para comprobar su veracidad y evitar que este abuse de la situación.

En la reglamentación de los permisos para citas médicas se debe buscar un equilibrio entre los derechos del trabajador y del empleador, para evitar que los trabajadores abusen de ese derecho perjudicando gravemente las operaciones de la empresa.

Permisos laborales para citas médicas de los familiares del trabajador.

Por principios constitucionales el empleador está obligado a otorgar el permiso necesario para que el trabajador atienda sus problemas de salud, pero si la cita no es para el trabajador sino para sus familiares, como sus hijos menores de edad, ¿está obligado el empleador a otorgarlos?



Para estos casos el artículo 57 del código sustantivo del trabajo considera la grave calamidad doméstica, pero esa figura aplica si en efecto el evento califica como grave calamidad doméstica.

De modo que estamos ante otro vacío legal que debe ser suplido con el reglamento de trabajo donde se deben definir los eventos y criterios para abordar este tipo de situaciones.

Es necesario fijar unas reglas claras para evitar traumatismos en la empresa, puesto que si no existen criterios definidos se corre el riesgo de que los trabajadores soliciten permisos injustificadamente por situaciones ajenas a problemas de salud.

De cuánto tiempo debe ser el permiso para acudir a citas médicas.

El permiso que se otorgue al trabajador para acudir a una cita médica debe ser el suficiente para que surta ese proceso, incluyendo el desplazamiento de ida y vuelta a la cita.

Cada caso particular merece su análisis y actuar de acuerdo a la realidad de cada cita, por lo que no es posible asignar un tiempo o número de horas estándar de permiso para las citas médicas.

En todo caso el trabajador debe justificar razonablemente el tiempo que requiere o requirió, para evitar que luego de la cita el trabajador se tome el día libre. Son situaciones que la empresa debe manejar según cada caso en particular.



El trabajador debe soportar solicitud de permisos para las citas médicas.

El empleador tiene la obligación de otorgar los permisos para citas médicas, y lo ideal es que el trabajador justifique ese permiso.

Lo ideal es que el trabajador con la debida anticipación solicite el permiso para las citas médicas adjuntando los soportes correspondientes que permitan al empleador determinar la realidad de la cita asignada.

Adicionalmente, el trabajador debería demostrar que acudió a las citas médicas para la que solicitó el permiso, a fin de evitar ausentismos injustificados en el trabajo.

Son situaciones que deben considerarse en el reglamento del trabajo, para que exista una base legal que permita imponer las sanciones pertinentes en el caso que un trabajador utilice las citas médicas como un mecanismo para ausentarse del trabajo mediante engaño al empleador.

Qué hacer si el empleador no otorga los permisos para las citas médicas.

De presentarse el caso en que el empleador si niegue a otorgar permisos para que el trabajador acuda a una cita médica, control o tratamiento, el trabajador puede en todo caso ausentarse del trabajo y acudir a sus citas médicas.

Es así porque el derecho a la salud prima sobre las obligaciones contractuales del trabajador, y si el empleador llegara a despedir a un trabajador por acudir a una cita médica sin permiso, ningún juez le daría la razón y terminaría condenado a pagar la indemnización por despido injusto.

Pero el trabajador tendrá que justificar la ausencia, pues seguramente el empleador puede iniciar un proceso disciplinario y en ese proceso el



trabajador debe allegar los documentos y soportes que justifiquen su ausencia, y si no lo hace, el empleador puede sancionarlo, y de ser el caso, incluso despedirlo.

Prohibiciones a los empleadores.

Así como la ley se encarga de señalar de forma expresa las obligaciones más importantes de la empresa, se ocupa también de señalar de forma clara las prohibiciones.

Para garantizar a plenitud los derechos del trabajador, la ley se preocupó por establecer qué debe hacer la empresa y también qué no debe hacer.

Al respecto dice el artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Prohibiciones a los patronos. Se prohíbe a los patronos:

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

a) Respecto de salarios, pueden hacerse deducciones, retenciones o compensaciones en los casos autorizados por los artículos 113, 150, 151, 152 y 400.

b) Las cooperativas pueden ordenar retenciones hasta de un cincuenta por ciento (50%) de salarios y prestaciones, para cubrir sus créditos, en la forma y en los casos en que la ley las autorice.

c) Inexequible, Corte Constitucional, sentencia C-247 de 2001.

2. Obligar en cualquier forma a los trabajadores a comprar mercancías o víveres en almacenes o proveedurías que establezca



el patrono.

3. Exigir o aceptar dinero del trabajador como gratificación para que se le admita en el trabajo o por otro motivo cualquiera que se refiera a las condiciones de éste.

4. Limitar o presionar en cualquier forma a los trabajadores en el ejercicio de su derecho de asociación.

5. Imponer a los trabajadores obligaciones de carácter religioso o político, o dificultarles o impedirles el ejercicio del derecho del sufragio.

6. Hacer, autorizar o tolerar propaganda política en los sitios del trabajo.

7. Hacer o permitir todo género de rifas, colectas o suscripciones en los mismos sitios.

8. Emplear en las certificaciones de que trata el ordinal 7 del artículo 57 signos convencionales que tiendan a perjudicar a los interesados, o adoptar el sistema de “lista negra”, cualquiera que sea la modalidad que utilicen, para que no se ocupe en otras empresas a los trabajadores que se separen o sean separados del servicio.

9. Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad».

Existen unas prohibiciones muy importantes y también muy inobservadas.

Es común por ejemplo que las empresas descuenten del sueldo del trabajador los dineros que este ha perdido o el valor de las herramientas dañadas por el trabajador. La ley es clara en afirmar que la empresa no puede descontar nada al trabajador sin la previa autorización de este o por orden



judicial.

Es costumbre también de algunas empresas realizar proselitismo político dentro de las instalaciones de esta, algo que está prohibido por la ley.

Es normal también la realización de rifas o recolectas dentro de la empresa, algo que también está prohibido.

Una prohibición muy importante es la que tiene relación con las certificaciones laborales que debe expedir la empresa al trabajador que se la solicite. Está expresamente prohibido que dentro de la certificación se incluya algún elemento que perjudique al trabajador, como puede ser el calificarlo como mal trabajador, o que presentó una determinada conducta negativa.

¿Está prohibido exigir prueba de embarazo como requisito para contratar a una empleada?

Una de las prácticas que se han venido generalizado es la de exigir la prueba de embarazo a las candidatas que se presentan a una convocatoria, práctica que no está abalada por la ley laboral.

En efecto, esta es una práctica prohibida por la ley y así lo ha expresado la Corte Constitucional en sentencia T-071 de 1997:

«En primer lugar, se debe señalar que si bien a primera vista, parecería que en el caso de la accionante no se cumple con estos dos requisitos para que se considere que existió una vulneración de su derecho a la estabilidad laboral reforzada, si se mira con detenimiento la justa causa alegada por el empleador (art. 62, lit. a) num. 1 del Código Sustantivo del Trabajo, "haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un



provecho indebido”), cuya ocurrencia fue avalada por la inspectora del trabajo y con fundamento en la cual se autorizó el despido de la accionante, se evidencia que los hechos particulares que supuestamente sustentan la ocurrencia de la justa causa de despido, están estrechamente relacionados con un acto previo de la empresa demandada, que resulta violatorio de los derechos fundamentales a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y al trabajo de la accionante, y que ha sido enfáticamente condenado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia.

Se trata de la práctica de ciertas empresas, de exigir a sus trabajadoras pruebas de embarazo como condición para el ingreso o para la estabilidad en el empleo. Dicha conducta ha sido catalogado por la Corte Constitucional como reprochable y esta Corporación ha señalado que implica una grave vulneración de los derechos a la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y el trabajo de las empleadas.

Al respecto ha señalado lo siguiente:

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

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



"En ese orden de ideas, todo acto del patrono orientado a "sancionar" o a impedir el embarazo de la empleada, o a investigar si él existe para que de allí dependa el acceso, la permanencia, o la promoción de la mujer en el trabajo, se revela como ilegítimo e inconstitucional y, en los términos dichos, puede ser objeto de acción de tutela".

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

Independientemente de las discusiones legales que pueda propiciar la supuesta manipulación de los resultados de la prueba de embarazo presentada por la accionante a su empleador, desde una perspectiva constitucional, resulta de tajo inaceptable la solicitud de este tipo de exámenes como requisito para ingresar a un empleo, dado que vulnera de manera grave los derechos a la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y el trabajo de las empleadas.

Esto conlleva a que desde una perspectiva constitucional sea inaceptable admitir que la justa causa de terminación de los contratos laborales, a la que hace referencia el numeral 1 del literal a del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo ("haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido"), pueda comprender que los empleadores soliciten pruebas de embarazo a las trabajadoras



que busquen el ingreso a un cargo o la continuación en el mismo.

Por tal razón, la Corte Constitucional inaplicará en el caso concreto, la autorización expedida por la inspectora del trabajo para el despedido de la accionante, si se tiene en cuenta que (i) ésta sólo hizo referencia a la ocurrencia de la justa causa contemplada el numeral 1 del literal a del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo y fundamentó su ocurrencia sólo en los hechos antes mencionados y (ii) con esta autorización se estaba avalando una violación grave a los derechos fundamentales a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y al trabajo, cometida por la empresa demanda contra la accionante».

En el caso que originó la sentencia, una empleada a la que se le exigió prueba de embarazo para ser contratada, falsificó dicha prueba de modo que presentó un examen donde daba negativo cuando ya tenía varios meses de embarazo.

La presentación de documentos falsos y el engaño por parte del trabajador es una causa justa para que el empleador despida al trabajador como en efecto sucedió en el caso en cuestión, despido que fue aprobado por el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo), lo que no bastó para que posteriormente fuera considerado ilegal por haberse violado un principio fundamental del ser humano.

Es por ello por lo que la Corte Constitucional consideró que, si bien la empleada había engañado al empleador presentando un certificado falso, ese certificado falso correspondía a un requisito ilegal que la empresa le había exigido, lo que había violado varios derechos constitucionales de la empleada al exigir la prueba de embarazo, aun cuando la empleada haya consentido realizarla.



Prácticas abusivas o inapropiadas en que incurren algunos empleadores.

Con la colaboración de los lectores de **Gerencie.com** elaboramos el siguiente listado de prácticas indebidas o abusivas en que incurren algunos empleadores y que esperamos sirvan de referencia para saber qué es lo que no está bien hacer:

1. Al terminar el contrato de trabajo exigirle al trabajador que devuelva las dotaciones en uso.
2. Vincular al trabajador en una fecha y suscribir el contrato tiempo después con el fin de pagarle prestaciones sociales a partir de la última fecha.
3. Hacerle firmar al trabajador la liquidación de prestaciones sociales anotando en ella una fecha anterior.
4. Despedir al trabajador en forma verbal y sin la presencia de otras personas, y luego hay que afirmar que fue el trabajador quien abandonó el cargo.
5. Hacerle firmar al trabajador documentos en blanco y luego llenarlos anotando en ellos pagos que nunca se le hicieron.
6. Descontarle al trabajador el salario del domingo cuando aquél ha faltado uno o dos días al trabajo por causa de incapacidad médica.
7. Sacar al trabajador a vacaciones sin cancelarle el salario de los días que aquél va a estar disfrutando de ellas.
8. Descontarle del salario el valor de las herramientas o de las materias primas que se han perdido o dañado durante la ejecución del contrato, sin que hubiese mediado culpa de operario.
9. Cancelarle el salario fraccionándolo en varios pagos.
10. Trasladar al trabajador a lugares que no son de su agrado o conveniencia, con el fin de que renuncie.
11. Exigirle al trabajador que se afilie al SISBEN para evitarse el pago de la seguridad social.



12. Entregarle al trabajador ropa usada a título de dotación.
13. Atiborrar la ropa del trabajador (las dotaciones, se entiende) con avisos publicitarios que los hacen parecer matachines o payasos.
14. Impedirle al trabajador su ingreso a la empresa como sanción por haber éste llegado unos minutos tarde.
15. Hacer desvestir a los trabajadores (as) al momento de salir de la empresa, para verificar que no se están robando nada. Esto suele ocurrir con las trabajadoras de los peajes.
16. Obligar a las trabajadoras que laboran como vendedoras a permanecer de pie largas jornadas, con los naturales perjuicios para la salud de éstas.
17. Imponerle al trabajador el cumplimiento de metas inalcanzables, con el fin de que renuncie.
18. Acusar injustamente al trabajador de hurto y obligarlo a renunciar a cambio de no denunciarlo.
19. Obligar al trabajador a laborar más allá el límite legal y no pagarle las horas extras.
20. Condicionar la vinculación del trabajador a que éste tenga moto o bicicleta, con el fin que las utilice para las diligencias de la empresa.
21. Pagarle al trabajador salarios por debajo del mínimo legal.
22. Contratar al trabajador para que labore medio tiempo, y luego obligarlo a laborar más allá de las 4 horas, sin pagarle extras.
23. Instalar micrófonos y/o cámaras en los "vestidores", en los baños e incluso en los comedores, para espiar a los trabajadores.
24. No pagar el primer mes o quincena de sueldo argumentando que era un periodo de prueba
25. Exigirle al trabajador que aporte herramientas o implementos necesarios para el desarrollo de la actividad y no remunerar tal servicio.
26. Con promesas falsas y engaños cambiar el tipo de contrato de trabajo.



Por ejemplo, pasar de indefinido a fijo o de contrato de trabajo a prestación de servicios.

27. Presionar o engañar al trabajador para que pase la carta de renuncia y así evitar despedirlo y tener que pagar la indemnización.
28. Al vender el establecimiento de comercio exigirle al trabajador que presente carta de renuncia.
29. Obligar al empleado a que tome el almuerzo de pie mientras atiende a los clientes.
30. Exigir al trabajador a que termine un trabajo en su casa y no pagar por ello.
31. Negar al trabajador el pago de la liquidación hasta tanto éste no firme paz y salvo que no sea ajusta a la realidad.
32. No entregar al trabajador copia del contrato firmado y luego alegar que se extravió.
33. Negar al trabajador una certificación laboral luego de terminar el contrato o si la expide, incluir en ella aspectos negativos.
34. Fraccionar los días de suspensión del contrato de trabajo con el fin de que estos coincidan con los días en que más gana un trabajador, cuando este devenga comisiones por ventas.
35. Cobrar dinero por utilizar la cómoda de la empresa en la que se guardan las prendas y elementos personales del trabajador, bajo la promesa de reintegrar el dinero si al terminar el contrato de trabajo la cómoda está en buenas condiciones.
36. Obligar al trabajador a llevar sus pertenencias en bolsas plásticas en lugar de un maletín argumentando motivos de seguridad.

¿Es legal requisar al trabajador?

En algunas empresas los trabajadores son sometidos a requisas, como por



ejemplo la revisión de bolsos, carteras y mochilas. ¿Es legal esa práctica?

Facultad del empleador para efectuar requisas.

En aras de mantener algún control en la empresa, consideramos que sí es posible implementar requisas a los trabajadores siempre que ello no suponga afectar la intimidad del trabajador.

La empresa puede implementar requisas y chequeos encaminados a evitar el hurto de elementos y herramientas de propiedad de la empresa o de los demás trabajadores, o para impedir el ingreso de elementos que la empresa ha prohibido ingresar, pero siempre dentro de la racionalidad y el respeto de la intimidad.

Lo ideal es que en el reglamento de trabajo se incluya la facultad del empleador para hacer requisas, a fin de tener un sustento normativo, y que los trabajadores tengan claro desde que ingresas a la empresa, que serán requisados regularmente.

Jurisprudencia sobre la requisa a trabajadores.

La Corte suprema de justicia muchas veces ha avalado la práctica de requisas o registros a los trabajadores por parte de la empresa.

En esta oportunidad traemos un extracto de una sentencia en la que se declara justificado el despido de un trabajador que se resistió a ser requisado por personal de auditoría de la empresa.

En la parte pertinente dijo sala de casación laboral la corte en sentencia del 19 de enero de 2001:

«Ello, por cuanto es irrebatible que la específica conducta endilgada a la trabajadora en el oficio en el que se le formularon los cargos (fl 188),



y por la cual se adelantó el trámite disciplinario convencional, que fue el haberse negado a la requisita solicitada por funcionarios de la demandada - no a la realizada por autoridades de la DIAN, lo cual carece de trascendencia en el caso -, acaeció en la realidad material, y la misma, contrario a lo que concluyó el Tribunal, implica una clara transgresión al numeral 1º del artículo 81 del reglamento interno de trabajo de la empleadora, como quiera que la negativa de la auxiliar de vuelo a someterse a la requisita que le fue inquirida por un miembro de la auditoría interna de la empleadora, el 29 de noviembre de 1995, al finalizar el vuelo 007 proveniente de Miami, implica un evidente desconocimiento de una orden e instrucción que de manera particular le impartió la empresa a través de uno de sus representantes, en ejercicio legítimo de su potestad de subordinación, emanada de la naturaleza del contrato laboral que entonces unía a las partes.

Orden e instrucción concreta que válidamente podía impartir el empleador a la demandante para revisar su equipaje personal, no sólo con el objeto de salvaguardar su disciplina interna, con referencia a sus normas reglamentarias propias, sino también en procura de velar porque la ley no se transgrediera en las instalaciones de la empresa por parte de sus trabajadores, pues independientemente de las atribuciones legales de la DIAN en materia aduanera, que le permitían realizar al ente gubernamental su propia requisita en las instalaciones de aforo del Aeropuerto El Dorado, es indiscutible que la empresa de aviación aquí concernida también podía realizar una diligencia tal, como cualquier otro empleador, en perspectiva de la obligación especial que le impone el artículo 57 numeral 9 del código sustantivo del trabajo, consistente en "cumplir el reglamento y mantener el orden, la moralidad y el respeto a las leyes." , y que inclusive reproduce su propio reglamento interno



laboral en el numeral 14 de su artículo 80.»

Se debe aclarar eso sí, que el registro o requisita no puede afectar la privacidad del empleado. Por ejemplo, no se puede exigir que se despoje de sus prendas de vestir, o no se puede por ejemplo registrar su correo electrónico personal que es un elemento privado, ni es correcto que la requisita incluya leer los mensajes de texto del celular, etc.

¿Se pueden requisar los casilleros del trabajador?

En nuestro criterio así como se pueden revisar bolsos y objetos personales del trabajador, también se pueden revisar los casilleros del trabajador por las mismas razones, puesto que el casillero puede ser utilizado para ocultar cosas prohibidas en el interior de la empresa, o hurtadas, y con ello no se viola la privacidad del trabajador, puesto que el casillero es un espacio que la empresa pone a disposición del trabajador para que guarde los objetos personales y relacionados con su actividad en la empresa.

¿Quién puede revisar mi bolso o casillero?

La empresa debe designar al empleado o funcionario encargado de hacer las revisiones, que por lo general hacen los encargados de la seguridad de la empresa, como el vigilante o guarda de seguridad, o la persona encargada de la portería o del acceso a una instalación de la empresa.

Obligaciones del trabajador para con el empleador.

Así como el trabajador tiene derechos, también tiene obligaciones, y de su enumeración se encarga el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo

«Obligaciones especiales del trabajador. Son obligaciones



especiales del trabajador:

- 1. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le imparten el patrono o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.*
- 2. No comunicar con terceros, salvo autorización expresa, las informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios al patrono, lo que no obsta para denunciar delitos comunes o violaciones del contrato o de las normas legales del trabajo ante las autoridades competentes.*
- 3. Conservar y restituir en buen estado, salvo el deterioro natural, los instrumentos y útiles que le hayan sido facilitados y las materias primas sobrantes.*
- 4. Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros.*
- 5. Comunicar oportunamente al patrono las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios.*
- 6. Prestar la colaboración posible en casos de siniestro o de riesgo inminente que afecten o amenacen las personas o las cosas de la empresa o establecimiento.*
- 7. Observar las medidas preventivas higiénicas prescritas por el médico del patrono o por las autoridades del ramo; y*
- 8. Observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes o de enfermedades profesionales.*



8a. La trabajadora en estado de embarazo debe empezar a disfrutar la licencia remunerada consagrada en el numeral 1 del artículo 236, al menos una semana antes de la fecha probable del parto».

Más adelante se aborda lo importante que resulta para el trabajador cumplir con sus obligaciones, puesto que del incumplimiento de algunas de ellas se puede originar un despido justificado, caso en el cual el trabajador será retirado de la empresa sin el pago de indemnizaciones.

Es muy importante que el trabajador haga conciencia de sus obligaciones, pues en la medida en que cumpla con ellas, su desempeño y efecto positivo en la empresa serán muy importantes, tanto que posteriormente pueden servir de sustento para el mejoramiento de las condiciones laborales.

Recordemos que la empresa es quien da la oportunidad de desempeño, de sustento, por lo que es una obligación legal y moral hacer todo lo posible por hacer bien el trabajo para el que fue contratado.

Prohibiciones a los trabajadores.

También los trabajadores tienen sus prohibiciones. Es de esperar que, así como el trabajador tiene unos derechos y la obligación de hacer su trabajo, también le está prohibido realizar ciertas cosas.

Dice el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Prohibición a los trabajadores. Se prohíbe a los trabajadores:

- 1. Sustraer de la fábrica, taller o establecimiento, los útiles de trabajo y las materias primas o productos elaborados, sin permiso del patrono.*
- 2. Presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la*



influencia de narcóticos o drogas enervantes.

3. Conservar armas de cualquier clase en el sitio del trabajo, a excepción de las que con autorización legal puedan llevar los celadores.

4. Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del patrono, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar del trabajo.

5. Disminuir intencionalmente el ritmo de ejecución del trabajo, suspender labores, promover suspensiones intempestivas del trabajo o excitar a su declaración o mantenimiento, sea que se participe o no en ellas.

6. Hacer colectas, rifas y suscripciones o cualquier clase de propaganda en los lugares de trabajo.

7. Coartar la libertad para trabajar o no trabajar, o para afiliarse o no a un sindicato o permanecer en él o retirarse.

8. Usar los útiles o herramientas suministrados por el patrono en objetos distintos del trabajo contratado».

Naturalmente que está prohibido para el trabajador y para cualquier persona sustraer los bienes de la empresa o de propiedad de un tercero, situación que suele repetirse con alguna frecuencia.

Como se puede observar, también está prohibido llegar al trabajo bajo el efecto del alcohol o de la droga.

Le está prohibido a un trabajador ser ineficiente a propósito. Algunos trabajadores hacen lo menos posible con el argumento que la empresa tiene plata, olvidando que depende de ella y que además le está prohibido legalmente disminuir su ritmo de trabajo intencionalmente.



No sobra recomendar la necesidad de evitar realizar actividades prohibidas, por cuanto necesariamente tendrán repercusión tanto en la empresa como en el ambiente de trabajo.



ACOSO LABORAL.

El acoso laboral es una práctica que suele ser común en las empresas, y que la ley busca identificar, prevenir, corregir y sancionar, con el fin de proteger a los trabajadores de conductas que afecten sus derechos.

Qué es el acoso laboral.

El acoso laboral se puede entender como el conjunto de prácticas o conductas que buscan hostigar al trabajador, con el fin de amedrentarlo o intimidarlo.

Respecto a lo que se debe entender como acoso laboral la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 45992 del 5 de julio de 2017 con ponencia del magistrado Gerardo Botero Zuluaga señala:

«Para efectos de identificar tales conductas, debe entenderse que es natural que en el desarrollo de las diversas actividades que se realizan en el entorno de la empresa surjan conflictos, derivados bien de la acción organizativa del empleador, o de la imposición de la disciplina, que en modo alguno pueden llegar a ser calificadas como acoso, pues este hace referencia más bien a un hostigamiento continuado, que se origina entre los miembros de la organización de trabajo, donde además se reflejan las diversas disfunciones sociales y cuyo objetivo premeditado es la intimidación y el amedrentamiento, para consumir emocional e intelectualmente, de allí que para que se concreten las conductas deben estar concatenadas, ser persistentes y fundamentalmente sistemáticas.»

Seguidamente la corte diserta sobre lo que no es acoso laboral:



«Lo anterior es relevante para no banalizar el asunto, en la medida en que no cualquier actitud o actividad de los trabajadores puede llegar a configurarla, ni el desacuerdo frente a decisiones de los superiores o el conflicto que puede surgir de las tareas dadas, o el estrés que se produzca estar sometido a una exposición continua o en unas condiciones difíciles inherentes a las tareas confiadas, que pueden manifestarse, por ejemplo, en la presión de las actividades de dirección o gestión, pues en todas ellas falta la intencionalidad de destruir y lo que se busca es un aumento de productividad.»

De lo anterior podemos resumir las siguientes características del acoso laboral:

- Se debe presentar una o varias de la conducta tipificadas como acoso laboral por la ley.
- La conducta debe ser persistente, continuada y sistemática.
- Debe haber intención de intimidar o amedrentar.

Un hostigamiento, insulto o maltrato esporádico u ocasional no puede calificarse como acoso laboral, por no corresponder a un comportamiento sistemático, precisando que la misma ley afirma que un solo acto hostil puede constituirse en acoso laboral dependiendo de la gravedad de este según la valoración que haga la autoridad competente.

El acoso laboral no sólo proviene del empleador, sino de los jefes o superiores, o incluso de compañeros de trabajo, pero es el empleador el responsable de prevenir y corregir cualquier tipo de acoso laboral.

Clases de acoso laboral.

La ley 1010 de 2006 que regula el acoso laboral clasifica los tipos, modalidades o clases de acoso laboral en 6 grupos:



- **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.
- **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.
- **Discriminación laboral.** Todo trato diferenciado por razones de raza, género, edad, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral.
- **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.
- **Inequidad laboral.** Asignación de funciones a menosprecio del trabajador.
- **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.



La anterior clasificación sirve para identificar con mayor claridad las conductas de acoso laboral que pueda estar sufriendo un trabajador.

Conductas que constituyen acoso laboral.

El artículo 7 de la ley 1010 de 2006 señala expresamente las siguientes conductas de acoso laboral:

- Los actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias.
- 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.
- Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo.
- Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo.
- Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios.
- La descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo.
- Las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público;
- La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona.
- 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.



- 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.
- El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales;
- La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor.
- 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.
- El envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social.

La norma señala que se debe acreditar la ocurrencia repetida y pública de esas conductas, lo que dificulta probar las conductas que ocurren en privado, donde no hay testigos, caso en el cual se aplica el último inciso del artículo 7:

«Cuando las conductas descritas en este artículo tengan ocurrencias en privado, deberán ser demostradas por los medios de prueba reconocidos en la ley procesal civil.»

La norma señala que las conductas que no estén listadas expresamente pueden constituir acoso laboral cuando la autoridad competente lo determine valorando las circunstancias y gravedad de estas.

Igualmente señala que:



«Excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral. La autoridad competente apreciará tal circunstancia, según la gravedad de la conducta denunciada y su capacidad de ofender por sí sola la dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales.»

Lo anterior dota el acoso laboral de un amplio espectro de conductas que lo puede constituir.

Conductas que no constituyen acoso laboral.

Para evitar el abuso de la norma concebida para proteger al trabajador, el artículo 8 de la misma ley de forma expresa señala las conductas que no constituyen acoso laboral:

- Las exigencias y órdenes, necesarias para mantener la disciplina en los cuerpos que componen las Fuerzas Pública conforme al principio constitucional de obediencia debida;
- Los actos destinados a ejercer la potestad disciplinaria que legalmente corresponde a los superiores jerárquicos sobre sus subalternos.
- La formulación de exigencias razonables de fidelidad laboral o lealtad empresarial e institucional.
- 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.
- 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.
- 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.

- La solicitud de cumplir los deberes de la persona y el ciudadano, de que trata el artículo 95 de la Constitución.
- La exigencia de cumplir las obligaciones o deberes de que tratan los artículos 55 a 57 del C.S.T, así como de no incurrir en las prohibiciones de que tratan los artículos 59 y 60 del mismo Código.
- Las exigencias de cumplir con las estipulaciones contenidas en los reglamentos y cláusulas de los contratos de trabajo.
- La exigencia de cumplir con las obligaciones, deberes y prohibiciones de que trata la legislación disciplinaria aplicable a los servidores públicos.

La norma precisa que, en caso de exigencias técnicas al trabajador, requerimientos de eficiencia y colaboración deben ser justificados bajo criterios objetivos y no discriminatorios, pues de lo contrario podría constituirse un acoso laboral.

Prevención y corrección del acoso laboral.

El empleador está obligado a prevenir y corregir el acoso laboral, en los términos del artículo 9 de la ley 1010 de 2006.

En el reglamento de trabajo. El empleador está obligado a incluir en el reglamento de trabajo mecanismos para prevenir el acoso laboral, y establecer un procedimiento interno confidencial y conciliatorio para abordar y superar las conductas de acoso laboral que se presenten.

Denuncia del acoso laboral. El trabajador que considere que sufre de acoso laboral podrá interponer la denuncia respectiva ante cualquiera de las siguientes entidades:



- Inspector de trabajo.
- Personeros municipales.
- Defensoría del pueblo.

La entidad que reciba la denuncia conminará al empleador para que ponga en marcha los planes de prevención contenidos en el reglamento de trabajo, y programe actividades grupales para el mejoramiento del ambiente laboral.

Conciliación. El trabajador afectado por acoso laboral puede solicitar la intervención de una institución conciliadora para que de forma amigable se solucione la situación de acoso.

Sanciones por acoso laboral.

El acoso laboral puede provenir del empleador directamente, de cualquier superior jerárquico, o de compañeros de trabajo, pero en todo caso la responsabilidad recae sobre el empleador, quien tiene el deber de prevenir y corregir las conductas de acoso, por tanto, es el empleador quien será sancionado, ya sea por acción o por omisión, sin perjuicio de las sanciones personales que debe asumir quien directamente comete la conducta sancionable.

Las sanciones por acoso laboral están señaladas en el artículo 10 de la ley 1010 de 2006:

- Como falta disciplinaria gravísima en el Código Disciplinario Único, cuando su autor sea un servidor público.
- Como terminación del contrato de trabajo sin justa causa, cuando haya dado lugar a la renuncia o el abandono del trabajo por parte del trabajador regido por el Código Sustantivo del Trabajo. En tal caso procede la indemnización en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.



- Con sanción de multa entre dos (2) y diez (10) salarios mínimos legales mensuales para la persona que lo realice y para el empleador que lo tolere.
- Con la obligación de pagar a las Empresas Prestadoras de Salud y las Aseguradoras de riesgos profesionales el cincuenta por ciento (50%) del costo del tratamiento de enfermedades profesionales, alteraciones de salud y demás secuelas originadas en el acoso laboral. Esta obligación corre por cuenta del empleador que haya ocasionado el acoso laboral o lo haya tolerado, sin perjuicio a la atención oportuna y debida al trabajador afectado antes de que la autoridad competente dictamine si su enfermedad ha sido como consecuencia del acoso laboral, y sin perjuicio de las demás acciones consagradas en las normas de seguridad social para las entidades administradoras frente a los empleadores.
- Con la presunción de justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador, particular y exoneración del pago de preaviso en caso de renuncia o retiro del trabajo.
- Como justa causa de terminación o no renovación del contrato de trabajo, según la gravedad de los hechos, cuando el acoso laboral sea ejercido por un compañero de trabajo o un subalterno.

Se observa que el empleador es sancionado tanto por acosar como por permitir el acoso, y los empleados que incurran en acoso laboral también pueden ser sancionados.

Procedimiento sancionatorio por acoso laboral.

El artículo 13 señala el procedimiento que se debe seguir para imponer las sanciones que procedan cuando se configura el acoso laboral:

«Cuando la competencia para la sanción correspondiere al Ministerio



Público se aplicará el procedimiento previsto en el Código Disciplinario único.

Cuando la sanción fuere de competencia de los Jueces del Trabajo se citará a audiencia, la cual tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la solicitud o queja. De la iniciación del procedimiento se notificará personalmente al acusado de acoso laboral y al empleador que lo haya tolerado, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la solicitud o queja. Las pruebas se practicarán antes de la audiencia o dentro de ella. La decisión se proferirá al finalizar la audiencia, a la cual solo podrán asistir las partes y los testigos o peritos. Contra la sentencia que ponga fin a esta actuación procederá el recurso de apelación, que se decidirá en los treinta (30) días siguientes a su interposición. En todo lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Procesal del Trabajo.»

Es un proceso laboral especial expedito que busca proteger de forma casi inmediata los derechos del trabajador.

Sanciones por temeridad y falsa denuncia.

El legislador, para evitar la temeridad y las falsas denuncias, contempla una sanción al trabajador que incurra en ellas.

El artículo 14 de la ley 1010 de 2006 establece una multa que va desde medio salario mínimo hasta tres salarios mínimos mensuales en los siguientes casos:

- Cuando el juez determine que la queja de acoso laboral carece de todo fundamento fáctico o razonable.
- Cuando se formule más de una denuncia o queja de acoso laboral con base en los mismos hechos.



Es dinero de la multa no puede ser descontado del salario del trabajador, y se lo queda la entidad que impone la multa.

Garantías para quien denuncie acoso laboral.

Una persona que sufre de acoso laboral y que denuncia, seguramente se expone a un mayor acoso o incluso a un despido, situación que la ley prevé en el artículo 11 al contemplar tres situaciones:

- La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.
- La formulación de denuncia de acoso laboral en una dependencia estatal, podrá provocar el ejercicio del poder preferente a favor del Ministerio Público. En tal caso, la competencia disciplinaria contra el denunciante sólo podrá ser ejercida por dicho órgano de control mientras se decida la acción laboral en la que se discuta tal situación. Esta garantía no operará cuando el denunciado sea un funcionario de la Rama Judicial.
- Las demás que le otorguen la Constitución, la ley y las convenciones colectivas de trabajo y los pactos colectivos.

Estas garantías cobijan a quien plantea la denuncia y a quienes sirvan de testigos.

La ley crea una presunción en el sentido de suponer que el despido del trabajador dentro de los 6 meses siguientes a la presentación de la queja o denuncia se debe a una retaliación, presunción que el empleador debe



desvirtuar, es decir que, si el despido se produce, debe demostrar la existencia de una justa causa.

Esta presunción opera siempre que el acoso laboral resulte probado por la autoridad competente.

En caso de que la presunción se aplique, el despido no tiene efectos lo que deviene en una orden de reintegro, si el trabajador lo solita, o en su defecto el pago de la indemnización por despido injustificado.

Caducidad de las acciones por acoso laboral.

El acoso laboral debe ser denunciado oportunamente, pues de lo contrario cualquier acción judicial o administrativa caducará, tal como lo señala el artículo 18 de la ley 1010 de 2006, modificado por la ley 2209 de 2022:

«Las acciones derivadas del acoso laboral caducarán en tres (3) años a partir de la fecha en que hayan ocurrido las conductas a que hace referencia esta Ley.»

Luego de 3 años de ocurrido el acoso laboral el trabajador ya no puede hacer uso de las herramientas que le confiere la ley 1010.

Para el caso de las conductas continuadas, los 3 años se cuentan desde la fecha en que se incurrió en la última conducta, o la última vez en que ocurrió la conducta.

Terminación del contrato de trabajo en el contexto de acoso laboral.

Cuando un trabajador ha presentado una denuncia por acoso laboral contra su empleador, este se ve limitado para despedirlo, en razón a que la ley crea



una presunción en el sentido de suponer que el despido se hace como represalia por la denuncia.

Fuero de acoso laboral.

Al instaurarse una denuncia por acoso laboral se activa una especie de fuero que protege al trabajador denunciante de un despido injusto en realización por la denuncia. El numeral 1 del artículo 11 de la ley 1010 de 2016 señala:

«La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.»

El fuero opera por 6 meses contados desde la instauración de la denuncia o demanda, tiempo durante el cual no se podrá despedir al trabajador, pues ese despido se considera ineficaz.

Fuero por acoso laboral no es absoluto.

El fuero por acoso laboral no es absoluto, ya que el trabajador puede ser despedido si existe una causa objetiva, lo cual debe demostrar el empleador.

La ilegalidad o ineficacia del despido se presume siempre que la autoridad ante la que se presentó la denuncia por acoso laboral verifique que en efecto la conducta de acoso laboral ocurrió.

Lo que dice la Corte suprema de justicia.

Al respecto dijo la sala laboral de la corte suprema de justicia en sentencia



45922 del 5 de julio de 2017 con ponencia del magistrado Gerardo Botero Zuluaga:

«En efecto, como lo puso de presente la alzada, el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, regula la protección especial de la víctima de acoso laboral, para que no pueda ser desvinculada, ello como una garantía frente a ciertas actitudes retaliatorias, con lo cual se busca evitar actos de represalia. Conforme a ese mandato legal, se establece una presunción legal a favor de la persona que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios que alude dicha normativa, en cuanto a que el despido que se lleve a cabo dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, debe entenderse que tuvo lugar por motivo del acoso, correspondiéndole al empleador demostrar que la terminación del contrato de trabajo no fue producto de la denuncia instaurada por el trabajador, para que no proceda su ineficacia.»

De otra parte, como la misma ley lo afirma, esa presunción que protege al trabajador de un eventual despido, aplica siempre que se verifique la ocurrencia de las conductas de acoso laboral.

Resulta oportuno transcribir el siguiente aparte de la sentencia antes referenciada que aborda el tema que nos ocupa:

«Así las cosas, los hechos denunciados que el comité de convivencia refirió como de «acoso laboral», en la realidad son actos o comportamientos que no constituyen esta clase de proceder, bajo ninguna de sus modalidades, conforme a lo estipulado en el artículo 8 de la citada ley, y en tales circunstancias, no es del caso entrar a considerar que el despido de la accionante lo fue por razón de haber presentado la queja de marras ante el Ministerio de Trabajo, y por ende, queda así desvirtuada la presunción legal a la cual antes se hizo mención contenida en el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de



2006, sin que resulte procedente tener por ineficaz el despido a través de esta acción judicial, pues mal haría la Corte en imponer el restablecimiento de la relación laboral respecto de una persona que no fue objeto de esta conducta.»

Es evidente que, si la denuncia se presenta y luego ninguna autoridad puede verificar la ocurrencia de los hechos denunciados, no puede existir protección respecto a unos hechos inexistentes.

De no ser así, cualquier trabajador podría denunciar hechos falsos para conseguir la referida protección, y ese no es el objetivo que persigue la ley 1010 de 2006.

La protección de 6 meses contra el despido del trabajador denunciante opera solo si resultan probadas las conductas de acoso laboral denunciadas por el trabajador.

Casos en que no procede el fuero de acoso laboral.

El parágrafo único del artículo 11 de la ley 1010 de 2006 señala que la garantía contemplada en el numeral 1 de dicho artículo, que contempla la ineficacia del despido en las condiciones ya señalada, no procede en los siguientes casos:

En despidos autorizados por el Ministerio de la Protección Social conforme a las leyes.

En las sanciones disciplinarias que imponga el Ministerio Público o las Salas Disciplinarias de los Consejos Superiores o Seccionales de la Judicatura

En las sanciones disciplinarias que se dicten como consecuencia de procesos iniciados antes de la denuncia o queja de acoso laboral.

La idea es impedir que el trabajador utilice la denuncia de acoso laboral



como una herramienta para dificultar un despido por justa causa.

Autorización del ministerio del trabajo para despedir al trabajador con fredo por acoso laboral.

La ley no exige que se solicite autorización al ministerio del trabajo para despedir a un trabajador que previamente ha presentado una denuncia por acoso laboral, de manera que tal autorización no es necesaria.

El empleador puede despedir al trabajador por justa causa en cualquier momento, siempre que tenga las prueba que acreditan la justa causa endilgada al trabajador.

Recordemos que como es una presunción en favor del trabajador, le corresponde al empleador la carga de probar que el despido se presentó por razones distintas a la presentación por parte del trabajador de la denuncia por acoso laboral.

Si el empleador despidió al trabajador y luego no puede acreditar que lo hizo por una causa justa y objetiva, el juez declarará ineficaz el despido, lo que implica el reintegro del trabajador si así lo ha solicitado este en las pretensiones de la demanda.

Notificación al empleador de la denuncia por acoso laboral.

Cuando se presenta una denuncia por acoso laboral, la entidad que la recibe y le da trámite, por supuesto que debe notificar al empleador de ella, pero esa notificación no es requisito para que active la protección del trabajador.

Así lo deja claro la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL194-2021 con radicación 76590 y ponencia del Magistrado Omar de Jesús



Restrepo Ochoa:

«Por lo anterior, no se evidencia que la norma consagrara, para que se hiciera efectiva la protección, que el empleador debía estar notificado materialmente de la demanda de acoso laboral, pues en realidad, la única exigencia es que «[...] la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento», y en el presente asunto así sucedió, ...»

En consecuencia, si el empleador despidió al trabajador cuando este ya ha presentado la denuncia por acoso laboral, pero aún no le ha sido notificada, sigue sujeto al fuero por acoso laboral, sin que pueda alegar a su favor que al momento del despido no conocía de la denuncia y que por consiguiente el despido no pudo ser consecuencia de ella.

Acoso laboral en el contrato de prestación de servicios.

La ley 1010 de 2006 no aplica para los trabajadores vinculados con un contrato de prestación de servicios.

Así lo señala expresamente el parágrafo único del artículo 1º:

«La presente ley no se aplicará en el ámbito de las relaciones civiles y/o comerciales derivadas de los contratos de prestación de servicios en los cuales no se presenta una relación de jerarquía o subordinación. Tampoco se aplica a la contratación administrativa.»

La ley dice que no se aplica en los contratos donde *«no se presenta una relación de jerarquía o subordinación»*, dejando abierta la posibilidad de aplicarse cuando exista subordinación, pero es una situación que se debe probar y generalmente requiere la declaración de existencia de un contrato de trabajo realidad.



Terminación del contrato de trabajo en el acoso laboral.

Cuando un trabajador ha presentado una denuncia por acoso laboral contra su empleador, este se ve limitado para despedirlo, en razón a que la ley crea una presunción en el sentido de suponer que el despido se hace como represalia por la denuncia.

Fuero de acoso laboral.

Al instaurarse una denuncia por acoso laboral se activa una especie de fuero que protege al trabajador denunciante de un despido injusto en realización por la denuncia. El numeral 1 del artículo 11 de la ley 1010 de 2016 señala:

«La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.»

El fuero opera por 6 meses contados desde la instauración de la denuncia o demanda, tiempo durante el cual no se podrá despedir al trabajador, pues ese despido se considera ineficaz.

Fuero por acoso laboral no es absoluto.

El fuero por acoso laboral no es absoluto, ya que el trabajador puede ser despedido si existe una causa objetiva, lo cual debe demostrar el empleador.

La ilegalidad o ineficacia del despido se presume siempre que la autoridad ante la que se presentó la denuncia por acoso laboral verifique que en efecto



la conducta de acoso laboral ocurrió.

Lo que dice la Corte suprema de justicia.

Al respecto dijo la sala laboral de la corte suprema de justicia en sentencia 45922 del 5 de julio de 2017 con ponencia del magistrado Gerardo Botero Zuluaga:

«En efecto, como lo puso de presente la alzada, el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, regula la protección especial de la víctima de acoso laboral, para que no pueda ser desvinculada, ello como una garantía frente a ciertas actitudes retaliatorias, con lo cual se busca evitar actos de represalia. Conforme a ese mandato legal, se establece una presunción legal a favor de la persona que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios que alude dicha normativa, en cuanto a que el despido que se lleve a cabo dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, debe entenderse que tuvo lugar por motivo del acoso, correspondiéndole al empleador demostrar que la terminación del contrato de trabajo no fue producto de la denuncia instaurada por el trabajador, para que no proceda su ineficacia.»

De otra parte, como la misma ley lo afirma, esa presunción que protege al trabajador de un eventual despido, aplica siempre que se verifique la ocurrencia de las conductas de acoso laboral.

Resulta oportuno transcribir el siguiente aparte de la sentencia antes referenciada que aborda el tema que nos ocupa:

«Así las cosas, los hechos denunciados que el comité de convivencia refirió como de «acoso laboral», en la realidad son actos o comportamientos que no constituyen esta clase de proceder, bajo ninguna de sus modalidades, conforme a lo estipulado en el artículo 8



de la citada ley, y en tales circunstancias, no es del caso entrar a considerar que el despido de la accionante lo fue por razón de haber presentado la queja de marras ante el Ministerio de Trabajo, y por ende, queda así desvirtuada la presunción legal a la cual antes se hizo mención contenida en el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, sin que resulte procedente tener por ineficaz el despido a través de esta acción judicial, pues mal haría la Corte en imponer el restablecimiento de la relación laboral respecto de una persona que no fue objeto de esta conducta.»

Es evidente que, si la denuncia se presenta y luego ninguna autoridad puede verificar la ocurrencia de los hechos denunciados, no puede existir protección respecto a unos hechos inexistentes.

De no ser así, cualquier trabajador podría denunciar hechos falsos para conseguir la referida protección, y ese no es el objetivo que persigue la ley 1010 de 2006.

La protección de 6 meses contra el despido del trabajador denunciante opera solo si resultan probadas las conductas de acoso laboral denunciadas por el trabajador.

Casos en que no procede el fuero de acoso laboral.

El parágrafo único del artículo 11 de la ley 1010 de 2006 señala que la garantía contemplada en el numeral 1 de dicho artículo, que contempla la ineficacia del despido en las condiciones ya señalada, no procede en los siguientes casos:

1. En despidos autorizados por el Ministerio de la Protección Social conforme a las leyes.
2. En las sanciones disciplinarias que imponga el Ministerio Público o las Salas Disciplinarias de los Consejos Superiores o Seccionales de la



Judicatura

3. En las sanciones disciplinarias que se dicten como consecuencia de procesos iniciados antes de la denuncia o queja de acoso laboral.

La idea es impedir que el trabajador utilice la denuncia de acoso laboral como una herramienta para dificultar un despido por justa causa.

Autorización del ministerio del trabajo para despedir al trabajador con feroe por acoso laboral.

La ley no exige que se solicite autorización al ministerio del trabajo para despedir a un trabajador que previamente ha presentado una denuncia por acoso laboral, de manera que tal autorización no es necesaria.

El empleador puede despedir al trabajador por justa causa en cualquier momento, siempre que tenga las prueba que acreditan la justa causa endilgada al trabajador.

Recordemos que como es una presunción en favor del trabajador, le corresponde al empleador la carga de probar que el despido se presentó por razones distintas a la presentación por parte del trabajador de la denuncia por acoso laboral.

Si el empleador despidió al trabajador y luego no puede acreditar que lo hizo por una causa justa y objetiva, el juez declarará ineficaz el despido, lo que implica el reintegro del trabajador si así lo ha solicitado este en las pretensiones de la demanda.

Notificación al empleador de la denuncia por acoso laboral.

Cuando se presenta una denuncia por acoso laboral, la entidad que la recibe



y le da trámite, por supuesto que debe notificar al empleador de ella, pero esa notificación no es requisito para que active la protección del trabajador.

Así lo deja claro la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL194-2021 con radicación 76590 y ponencia del Magistrado Omar de Jesús Restrepo Ochoa:

«Por lo anterior, no se evidencia que la norma consagrara, para que se hiciera efectiva la protección, que el empleador debía estar notificado materialmente de la demanda de acoso laboral, pues en realidad, la única exigencia es que «[...] la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento», y en el presente asunto así sucedió, ...»

En consecuencia, si el empleador despidió al trabajador cuando este ya ha presentado la denuncia por acoso laboral, pero aún no le ha sido notificada, sigue sujeto al fuero por acoso laboral, sin que pueda alegar a su favor que al momento del despido no conocía de la denuncia y que por consiguiente el despido no pudo ser consecuencia de ella.



PERIODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE TRABAJO.

Todo contrato de trabajo contempla un periodo de prueba, el cual tiene como objetivo que las partes conozcan sus cualidades y condiciones, y se evalúen entre sí, para luego determinar la conveniencia o no de continuar con el contrato de trabajo.

¿Qué es el periodo de prueba?

El artículo 76 del Código sustantivo del trabajo define el periodo de prueba como «*la etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del patrono, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones del trabajo*».

Es el espacio temporal que les permite a las partes evaluar y concluir si les satisface mantener la relación contractual.

Estipulación del periodo de prueba.

El periodo de prueba debe ser estipulado en el contrato de trabajo cualquiera que sea su tipo, ya sea un contrato de trabajo a término fijo indefinido, por la duración de la obra o labor, o incluso en el contrato de trabajo ocasional o transitorio.

El periodo de prueba no se presume, de suerte que, si no se pacta expresamente en el contrato de trabajo, no puede existir.

Al respecto dice el artículo 77 del código sustantivo del trabajo:

«1. *El período de prueba debe ser estipulado por escrito, y en caso*



contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo.

*2. En el contrato de trabajo de los servidores domésticos se presumen como período de prueba los primeros quince (15) días de servicio.»**

Observaciones.

El periodo de prueba se debe acordar o pactar por escrito en todos los casos, pues este no se presume, sino que debe ser pactado expresamente entre las partes.

En el contrato de trabajo verbal puede existir el periodo de prueba, pero debe hacerse por escrito, pues de lo contrario no tiene validez.

Si el periodo de prueba no se hace por escrito, no existe y el empleador no podrá despedir al trabajador sino por una justa causa.

* El numeral 2 del artículo fue declarado inexequible por la Corte constitucional en sentencia C-028 de 2015, de manera que para las empleadas del servicio doméstico aplica la norma general, es decir que su periodo de prueba debe constar por escrito y debe ser como máximo de 2 meses.

Duración del periodo de prueba.

La duración del periodo de prueba está regulada por el artículo 78 del código sustantivo del trabajo, y este dice que:

«El periodo de prueba no puede exceder de dos (2) meses.

En los contratos de trabajo a término fijo, cuya duración sea inferior a un (1) año el período de prueba no podrá ser superior a la quinta parte del término inicialmente pactado para el respectivo contrato, sin que



pueda exceder de dos meses.

Cuando entre un mismo empleador y trabajador se celebren contratos de trabajo sucesivos, no es válida la estipulación del período de prueba, salvo para el primer contrato.

Cuando el período de prueba se pacte por un plazo menor al de los límites máximos expresados, las partes pueden prorrogarlo antes de vencerse el período inicialmente estipulado, sin que el tiempo total de la prueba pueda exceder dichos límites.»

De lo anterior podemos resumir lo siguiente:

- El periodo de prueba en ningún caso puede exceder de 2 meses.
- En los contratos de trabajo a término fijo inferiores a un año, el periodo de prueba no puede ser superior a la quinta parte del término pactado, sin exceder de 2 meses. Por ejemplo, en un contrato de 11 meses se puede pactar un periodo de 2 meses, y en uno de 6 meses, de 1.2 meses.
- En el contrato de obra o labor el periodo de prueba es de máximo dos meses.
- Las partes pueden acordar un periodo de prueba distinto siempre que no supere el máximo legal.
- En los contratos de aprendizaje el periodo de prueba es de tres meses.
- En el contrato de trabajo ocasional, accidental o transitorio el periodo de prueba es como máximo la quinta parte de la duración de dicho contrato.

Despido del trabajador en periodo de prueba.

El periodo de prueba tiene unos efectos jurídicos que señala el artículo 80 del código sustantivo del trabajo, que permiten despedir al trabajador en los



siguientes términos:

«El período de prueba puede darse por terminado unilateralmente en cualquier momento, sin previo aviso.

Los trabajadores en período de prueba gozan de todas las prestaciones.»

Este último punto es de especial importancia por su alcance y sus efectos jurídicos. En el periodo de prueba, el empleador puede despedir al trabajador en cualquier momento y sin previo aviso, pero siempre que exista una causa objetiva según ha dicho reiterada jurisprudencia de la corte constitucional.

En consecuencia, el empleador puede despedir al trabajador en periodo de prueba, pero si no existe una justa causa objetiva, el trabajador puede alegar un despido ilegal y si el empleador no prueba que la causa de despido fue justa, entonces el juez podría condenarlo a reintegrar al trabajador.

Esto es así, porque la misma definición que artículo 76 del código sustantivo del trabajo hace del periodo de prueba:

«...que tiene por objeto, por parte del empleador, apreciar las aptitudes del trabajador...»

El único objetivo del periodo de prueba para el empleador es evaluar las aptitudes del trabajador, de manera que sólo si no se cumple ese objetivo el trabajador puede ser despedido, es decir, que adicional a las otras justas causas que considera la ley para despedir a un trabajador, en el periodo de prueba se suma una: la falta de aptitudes del trabajador, de manera que si no se configura esa justa causa especialísima, el trabajador en periodo de prueba se puede despedir en cualquier momento y sin previo aviso, pero será un despido ilegal.

Así lo recuerda la Corte constitucional en sentencia T-1097 de 2012:



«De esta manera, la terminación unilateral del contrato de trabajo durante la vigencia del periodo de prueba por parte del empleador, .. (41) si bien es una facultad discrecional, no puede ser entendida como una licencia para la arbitrariedad, sino que, en contrario, debe fundarse, de acuerdo con las normas legales que regulan la materia, en la comprobación cierta de la falta de aptitudes suficientes por parte del trabajador para el desempeño de la labor encomendada.

Por consiguiente, la Corporación ha sintetizado que no puede concederle los efectos legales propios al periodo de prueba, cuando se ha ejercido en contra de los derechos de los trabajadores. Una conclusión contraria a la señalada llevaría a vulnerar normas constitucionales, en concreto derechos fundamentales»

En consecuencia, el empleador puede despedir al trabajador durante el periodo de prueba sólo si este no demuestra las aptitudes y habilidades exigidas para el cargo, y por supuesto, se tendrá que probar la ineptitud del trabajador si el trabajador lo lleva a juicio.

Como la calificación o evaluación de las habilidades y del desempeño del trabajador es subjetivo, y el juez desde una mirada externa puede tener una apreciación diferente a la del empleador que conoce a fondo su empresa, seguramente lo más recomendable es firmar un contrato de trabajo por dos meses o menos para evaluar al trabajador, y luego si no le satisface su rendimiento simplemente no le renueva el contrato, y en ese caso no debe demostrar la ineptitud del trabajador.

Si durante el periodo de prueba el trabajador es despedido sin justa causa no hay lugar a pagar indemnización por despido injusto, ni hay lugar al preaviso.

Por último, la desvinculación del trabajador debe hacerse antes de que finalice el periodo de prueba, pues si lo hace después, el empleador pierde



la facultad que le confiere el periodo de prueba para desvincular al trabajador en tales condiciones.

Derechos del trabajador en el periodo de prueba.

En el periodo de prueba el trabajador tiene derechos plenos, pues la ley no le quita derecho alguno por estar en esa condición.

A un trabajador en periodo de prueba se le liquida la nómina y el contrato de trabajo como a cualquier otro. No hay exclusiones ni excepciones.

Seguridad social en el periodo de prueba.

Este punto lo resaltamos porque algunos argumentan que no deben afiliar a seguridad social a los trabajadores que se encuentran en periodo de prueba, lo que es absolutamente falso, y no es solo una obligación, sino que es una necesidad.

Recordemos que el empleador que no afilie a salud, pensión y riesgos laborales a un trabajador, si algo le pasa a ese trabajador tendrá que responder por los gastos médicos e incapacidades que de haber estado afiliado hubiera cubierto la EPS, la ARL o el fondo de pensiones.

Prestaciones sociales en el periodo de prueba.

Otro aspecto para resaltar: Algunos empleadores argumentando que por estar en periodo de prueba no los empleados no tienen derecho a las prestaciones sociales, lo que también es falso.

El trabajador en periodo de prueba tiene derecho al pago de la prima de servicios, a las cesantías, intereses sobre cesantías, vacaciones, etc.



Si un trabajador es desvinculado en periodo de prueba, todos estos conceptos se liquidan en proporción al tiempo laborado, y en esa misma forma se compensan las vacaciones.

Aportes parafiscales en el periodo de prueba.

El trabajador debe ser afiliado al sistema de parafiscales aun cuando esté en periodo de prueba, en especial a las cajas de compensación familiar, que son las que otorgan beneficios directamente al trabajador.

Respecto al Sena y al ICBF, muchos empleadores están exonerados de realizar esos aportes, y en todo caso si no se afilia al trabajador este no pierde nada, y quien pierde es el estado y ya se encargará la UGPP de pasar la cuenta de cobro.

Salario en el periodo de prueba.

Nadie paga por enseñar a trabajar, es lo que con tal descaro aún se escucha decir.

Como la obligación de pagar el salario es tan obvio, no nos detenemos en ese aspecto, sino en la posibilidad de pagar un salario inferior al normal.

Es lógico que un trabajador nuevo no puede rendir como uno entrenado y con experiencia, por lo que es posible pactar un salario menor durante el periodo de prueba siempre que no sea inferior al salario mínimo legal.

Un acuerdo así no viola el principio de que a trabajo igual salario igual, por cuanto un trabajador sin experiencia no es tan competitivo y productivo que uno antiguo, lo que impide que se pueda hacer una comparación objetiva.



Prórroga del periodo de prueba.

El periodo de prueba se puede prorrogar sólo en los casos en que las partes han pactado un periodo inferior al máximo legal.

Así lo dice el artículo 79 del código sustantivo del trabajo:

«Cuando el periodo de prueba se pacte por un plazo menor al de los límites máximos expresados, las partes pueden prorrogarlo antes de vencerse el periodo inicialmente estipulado, sin que el tiempo total de la prueba pueda exceder dichos límites.»

Por ejemplo, si las partes acordaron un periodo de prueba de 1 mes, antes de finalizar el mes pueden prorrogarlo por 1 mes más.

Tampoco es posible prorrogar el periodo de prueba cuando se prorroga el contrato, así el contrato inicial haya sido de un año o menos.

Periodo de prueba en contratos sucesivos.

En los contratos de trabajo sucesivos sólo se puede acordar un periodo de prueba por el primer contrato.

Si finalizado el primer contrato el empleador quiere contratar nuevamente al mismo trabajador, resulta evidente que el trabajador ha demostrado ser idóneo para ese trabajo, por lo tanto, el periodo de prueba pierde sentido, pues este tiene por finalidad apreciar las aptitudes del empleador, las que ya están demostradas, y no se puede demostrar lo ya demostrado.

Pasa igual cuando el contrato se prorroga, puesto que es el mismo contrato, solo que se extiende su duración.

Excepcionalmente, cuando se termina un contrato de trabajo y se firma un nuevo, pero para desempeñar labores completamente diferentes y que



requieren habilidades y aptitudes diferentes, luce razonable acordar un periodo de prueba.

Periodo de prueba cuando se asciende el trabajador.

En los ascensos al trabajador, contractualmente se puede pactar un periodo de prueba, pero dicho acuerdo no tiene los efectos jurídicos que la ley le confiere al periodo de prueba.

En un ascenso el trabajador llega a desarrollar actividades diferentes y de mayor responsabilidad, y lo lógico es que se acuerde un periodo de prueba para evaluar si el trabajador tiene las competencias que exige el nuevo cargo, y ese acuerdo se hace mediante un otrosí.

La duración de ese periodo de ascenso al no estar regulado por la ley sino por las partes, tendrá la duración que libremente se acuerde.

Si el trabajador no demuestra ser competente en su nuevo cargo, la consecuencia no puede ser el despido del trabajador, sino que el trabajador debe regresar al cargo anterior, y de allí lo importante que este acuerdo se haga por escrito.



TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Todo contrato de trabajo es susceptible de ser terminado por cualquiera de las partes, por común acuerdo entre ellas, o por el suceso de algunas de las situaciones contempladas por la ley.

Como todo contrato, el contrato de trabajo puede ser terminado, ya sea por pacto expreso entre las partes, o por una disposición legal, por una justa causa por cualquiera de las partes, o unilateralmente sin que exista justa causa.

Las causas para terminar un contrato las podemos resumir en tres grupos: Causa legal, Justa causa y decisión unilateral de cualquiera de las partes.

Terminación del contrato de trabajo por causa legal.

El artículo 61 del código sustantivo del trabajo contempla las que aquí llamamos causas legales para la terminación del contrato de trabajo.

Lo anterior significa que en tales circunstancias el contrato se termina sin necesidad de que una de las partes haya incumplido, y, por consiguiente, en general no se genera derecho al pago de la indemnización, por cuanto la terminación obedece a una disposición legal, y no a una decisión o comportamiento de las partes.

Casos en que se el contrato de trabajo se termina.

El contrato de trabajo terminará cuando se presenten cualquiera de las siguientes situaciones, y como ya se dijo, por regla general no hay lugar al pago de indemnizaciones por cuanto el contrato termina porque así lo quiso la ley.



Terminación del contrato por muerte del trabajador.

La muerte del trabajador implica la terminación del contrato de trabajo, por cuanto este contrato es personal, donde el trabajador se obliga a prestar sus servicios personales al empleador según el artículo 22 del código sustantivo del trabajo, y al fallecer es materialmente imposible que pueda seguir prestando sus servicios.

Al ser un contrato personal, el trabajador no puede ser sustituido por otra persona, por lo tanto, el vínculo jurídico no puede sobrevivir al fallecimiento del trabajador.

El contrato de trabajo no termina cuando fallece el empleador, pues este sí puede ser sustituido por sus herederos, toda vez que a estos les corresponde asumir los negocios del causante, incluyendo los empleados contratados en sus negocios.

Terminación del contrato de trabajo por mutuo consentimiento.

Como todo contrato bilateral y consensual, el contrato de trabajo puede ser terminado por mutuo acuerdo en cualquier momento.

La terminación por mutuo acuerdo es posible en cualquier tipo de contrato; sólo se requiere que las dos partes estén de acuerdo, y que no haya nulidad por vicio de consentimiento.

Si hubiere vicio de consentimiento, el trabajador podría demandar y en caso probar en juicio la existencia de tal vicio, el empleador puede ser obligado a indemnizarlo o incluso a reintegrarlo.



Terminación del contrato de trabajo por expiración del plazo fijado.

Aplica para los contratos de trabajo a término fijo, que se terminan cuando vence el plazo acordado.

No obstante que la ley considera la expiración del pactado como causal para la terminación del contrato de trabajo, hay ciertas formalidades a cumplir, como es el requisito de notificación de parte del empleador al empleado de que no se renovará el contrato de trabajo, notificación que se debe dar con una anticipación no inferior a 30 días antes del vencimiento del contrato.

Adicionalmente, en los casos de los trabajadores que gozan de estabilidad laboral reforzada, por vía jurisprudencial la Corte constitucional ha dictaminado que la simple expiración del plazo no da lugar a la terminación del contrato de trabajo a término fijo.

En consecuencia, la expiración del plazo pactado no es causal absoluta para la terminación del contrato de trabajo, pues esa terminación está sujeta a condiciones y circunstancias especiales que se deben evaluar en cada caso particular.

Terminación del contrato de trabajo por la terminación de la obra contratada.

Aplica para los contratos de trabajo por obra o labor determinada, donde el contrato se extingue al terminarse la obra por la cual se firmó.

Es un contrato que por su propia naturaleza no puede subsistir más allá de la existencia de la obra que motivó este tipo de contrato.



Terminación del contrato por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento.

Si la empresa cierra los contratos de trabajo se terminan por la imposibilidad material de seguir existiendo.

Aquí se debe precisar que si bien el cierre de la empresa o negocio es una causa que pone fin al contrato de trabajo, el empleador debe indemnizar al trabajador afectado, porque la ley así lo dispuso expresamente.

Adicionalmente el empleador debe pedir autorización del ministerio del trabajo para poder terminar los contratos de trabajo por esa causa.

Esta es una excepción a la regla general según la cual cuando el contrato termina por una causa legal no hay lugar a indemnizar al trabajador.

Terminación del contrato por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de 120 días.

Cuando la empresa suspende actividades por más de 120 días continuos puede terminar el contrato de trabajo, pero debe hacerlo con previa autorización del ministerio del trabajo y pagando la respectiva indemnización al trabajador en los términos del artículo 64 del código sustantivo del trabajo.

Es así porque el trabajador no tiene culpa por la decisiones económicas y operativas que tome el empleador, y ya sabemos que el trabajador no debe asumir ni compartir los riegos del empleador, de manera que esta es otra excepción a la regla general en la que se debe pagar la indemnización por despido injusto.



Terminación del contrato cuando el trabajador no regresa al trabajo luego de una suspensión del contrato.

Una vez finalice o se levante la suspensión del contrato de trabajo el trabajador debe reincorporarse, per si no lo hace, es causal para terminar el contrato.

Si el trabajador debe laborar y no lo hace, se presume que ha decidido no continuar con el contrato.

No obstante, el empleador antes de terminar el contrato debe intentar notificar al trabajador y guardar evidencia de ello, para luego, en caso de una demanda, poder justificar la razón por la que decidió terminar el contrato.

Terminación del contrato de trabajo por reconocimiento de la pensión.

El reconocimiento de la pensión al trabajador es una causa justa objetiva para terminar el contrato de trabajo, es decir, para despedir al trabajador.

El reconocimiento de la pensión como justa causa para despedir al trabajador.

Respecto a la configuración de la justa causa para despedir al trabajador que se pensiona, dice el artículo 62 de código sustantivo del trabajo:

«El reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.»

Y el parágrafo 3 del artículo 33 de la ley 100 de 1993 señala en su primer inciso:

«Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector



privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.»

La ley habla de reconocimiento o notificación de la pensión como justa causa para terminar el contrato de trabajo, no obstante, la Corte constitucional incluyó como requisito adicional que le pensionado sea incluido en la nómina.

Requisitos para terminar el contrato de trabajo por reconocimiento de la pensión al trabajador.

Si bien el artículo 62 del código sustantivo se limita a señalar el reconocimiento de la pensión como causa justa para terminarle el contrato de trabajo al empleado, y la ley 100 a señalar el reconocimiento o notificación de la pensión, la Corte constitucional ha dispuesto algunos requisitos que se deben cumplir antes de despedir al trabajador.

El trabajador debe estar incluido en nómina de pensionados.

Básicamente la Corte ha señalado que el simple cumplimiento de requisitos para pensionarse no es suficiente para terminar el contrato de trabajo, y ni siquiera el reconocimiento de la pensión, sino que es necesario que el pensionado haya sido ingresado en la nómina del fondo de pensiones.

Es así para proteger el mínimo vital del trabajador, ya que, si es despedido antes de que le empiecen a pagar la primera mesada pensional, el trabajador se queda sin ingresos, sin sustento.



Es por ello por lo que se recomienda despedir al trabajador sólo cuando ha recibido el pago de la primera mesada, para lo cual se suele solicitar el desprendible de nómina del fondo de pensiones que la ha realizado el pago.

Si el trabajador es despedido antes de ser incluido en la nómina, se configura un despido sin justa causa debiéndose pagar la respectiva indemnización por despido injusto, un riesgo absolutamente innecesario.

El preaviso para despedir al trabajador pensionado.

Configurada la justa causa para despedir al trabajador pensionado, se le debe notificar con una anticipación no inferior a 15 días calendario.

El artículo 62 del código sustantivo del trabajo señala que el despido sin la previa notificación no tiene efecto, es decir, es ilegal o ineficaz.

Se trata pues de un requisito formal pero que tiene un importante efecto jurídico como es la posible obligación de reintegrar al trabajador cuando no se ha cumplido con esta sencilla formalidad.

Pero adicional a lo anterior, el decreto 2245 de 2012, en su artículo 3 señala:

«Trámite en el Caso de Retiro con Justa Causa. En caso que el empleador haga uso de la facultad de terminar el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, para garantizar que no exista solución de continuidad entre la fecha de retiro y la fecha de la inclusión en la nómina de pensionados, el empleador y la administradora o entidad reconocedora deberán seguir el siguiente procedimiento:

a) El empleador deberá informar por escrito a la administradora o a la entidad que efectuó el reconocimiento de la pensión, con una antelación no menor a tres (3) meses, la fecha a partir de la cual se efectuará la desvinculación laboral, allegando copia del acto



administrativo de retiro del servicio o tratándose de los trabajadores del sector privado, comunicación suscrita por el empleador en la que se indique tal circunstancia. La fecha en todo caso será la del primer día del mes siguiente al tercero de antelación.

b) La administradora o la entidad que efectuó el reconocimiento de la pensión, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de que trata el literal anterior, deberá informar por escrito al empleador y al beneficiario de la pensión la fecha exacta de la inclusión en nómina general de pensionados, la cual deberá observar lo dispuesto en el literal anterior. El retiro quedará condicionado a la inclusión del trabajador en la nómina de pensionados. En todo caso, tratándose de los servidores públicos, salvo el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y las excepciones legales, no se podrá percibir simultáneamente salario y pensión.»

Es decir que el preaviso no es de 15 días sino de 3 meses, pues la comunicación que se debe enviar a la administradora de pensiones se debe adjuntar el comunicado de terminación del contrato enviado al trabajador.

Los 3 meses a que se refiere el decreto 2245 de 2012 no aplica cuando el trabajador ya esté recibiendo la mesada pensional como lo señala la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia la sentencia 78842 del 31 de julio de 2019 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

«Como se puede advertir, el citado decreto cumple una función instrumental: garantizar el disfrute de la pensión de manera inmediata a la terminación de la relación laboral. Su razón de ser es que no exista solución de continuidad entre el retiro del empleo o la percepción de la pensión, de modo que el ingreso mínimo vital del trabajador no se afecte.



Ahora, como en este caso el trabajador antes de su despido venia disfrutando de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, la aplicación de la citada normativa resultaba inane o fútil, pues, se insiste, su propósito de garantizar continuidad en los ingresos ya estaba plenamente satisfecho.»

En tal caso sólo se requiere el preaviso de los 15 días señalados por el artículo 62 del código laboral.

¿Qué pasa si el trabajador no solicita la pensión teniendo derecho a ella?

Puede suceder que un trabajador cumpla los requisitos para pensionarse y no solicite la pensión para que el empleador no pueda despedirlo. ¿Qué se puede hacer en esos casos?

Es probable que el empleador quiera terminarle el contrato de trabajo a quien ya debió estar pensionado, pero no puede hacerlo ante la negativa de este para pensionarse, así que el artículo 33 de la ley 100 en su parágrafo tercero contempla lo siguiente:

«Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquél.»

El empleador queda facultado para solicitar el reconocimiento de la pensión en nombre del trabajador.



¿El empleador debe pedir consentimiento al trabajador para gestionar el reconocimiento de su pensión?

Como ya vimos, el empleador puede, a nombre del trabajador, gestionar el reconocimiento de la pensión, y en tal caso surge la duda de si el empleador debe contar con el consentimiento del trabajador para tal efecto.

En el pasado ese consentimiento era obligatorio, pero a partir de la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003, tal exigencia no es aplicable.

Así lo recordó la Corte suprema de justicia en la sentencia arriba referida:

«Como se dijo, esta ultima normativa entró en vigencia el 29 de enero de 2003, de manera que las pensiones reconocidas posteriormente y los despidos que se produzcan con base en este hecho, se gobiernan por lo dispuesto en tal ley y, en ese sentido, resulta injustificable que el Tribunal, al interpretarla, haya revivido un requisito derogado o insubsistente en el orden jurídico.

Ciertamente, el deber de pedir la opinión al trabajador sobre su deseo de permanecer en el cargo hasta por 5 años más, es un elemento inexistente en la regulación de la Ley 797 de 2003. Primero, porque en ningún pasaje de su texto se encuentra esta obligación y, segundo, porque no existe un contexto histórico que autorice tal inferencia. Antes bien, la expedición de la Ley 797 de 2003 estuvo precedida de la necesidad de dar cumplimiento al mandato constitucional de «propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar» (art. 53 C.N.), mediante el relevo de las personas de mayor edad y la correlativa oportunidad dirigida a la población joven o en curso de su vida profesional de obtener nuevas fuentes de empleos¹. Esto en armonía con la obligación del Estado de intervenir en la economía para dar «pleno empleo a los recursos humanos» (art. 334 C.N.), por



medio de la redistribución y renovación de un recurso escaso como lo son los empleos (CSJ SL2509-2017).»

Es claro que el empleador, sea público o privado, puede solicitar o gestionar el reconocimiento de la pensión del trabajador sin la autorización o conocimiento de este.

¿Se afectan los derechos del trabajador al ser retirado del trabajo sin su consentimiento?

Terminarle el contrato de trabajo a una persona que quiere seguir trabajando, y que tiene la posibilidad de cotizar por más tiempo para obtener una pensión más elevada, puede ser interpretada una acción negativa en contra del trabajador.

Es evidente que si el trabajador es retirado una vez cumple con los requisitos mínimos para pensionarse, se le está privando de la posibilidad de seguir cotizando para obtener una mesada pensional superior a la mínima, lo cual puede ser cuestionado.

No obstante, este argumento fue abordado por la Corte suprema de justicia en la sentencia en los siguientes términos:

«Por lo demás y para dar respuesta al opositor, quien defiende férreamente la obligación de pedir la opinión del trabajador en aras de garantizar su humanidad, su valor intrínseco y la utilidad que las personas mayores aún tienen en la sociedad, en oposición a «la improvisación y la estulticia de una juventud muchas veces impreparada (sic)», cumple anotar que tales reflexiones, relativas a la oportunidad o inoportunidad de determinada política laboral, que en este caso oscila entre darle la posibilidad a las personas con una pensión asegurada de seguir cotizando para incrementar su monto, o permitirle a la población que inicia en el mercado laboral o en edad



productiva de acceder a nuevas fuentes de empleo, es una cuestión que le corresponde determinar al poder legislativo.

La Constitución Política no le impone al legislador un modelo laboral específico, por lo que este cuenta con un amplio margen de discrecionalidad que le permite, según las condiciones socioeconómicas nacionales, acoger una política social en detrimento de otra. De ahí que sea constitucionalmente admisible que, en un determinado lapso, se haya previsto en favor de los trabajadores el derecho a permanecer en el empleo a fin de incrementar el monto de su pensión y, en otro momento histórico, esta posibilidad les sea negada a fin de facilitar la renovación de personal y el derecho al trabajo de la población joven. Juzgar cuál de las dos alternativas es más conveniente o adecuada a las circunstancias sociales es un aspecto que escapa a la función jurisdiccional, y si bien en algunos casos podría iluminar un criterio interpretativo, no puede ser utilizado para imponer una particular visión del mundo.»

Lo anterior reviste de legalidad el despido del trabajador pensionado incluso contra su voluntad.

¿Si no despiro al trabajador cuando se pensione puedo despedirlo después?

Supongamos que el trabajador se pensionó, le pagaron sus primeras mesadas pensionales y el empleador no lo despidió. ¿Puede despedirlo después bajo esta misma causal?

El reconocimiento de la pensión es una justa causa para despedir al trabajador, pero si no se hace uso de esa causal de forma inmediata, no afecta la facultad que tiene el empleador para despedir al trabajador pensionado.



En consecuencia, el hecho de que el empleador se tome meses o años para despedir al trabajador que se ha pensionado, no impide que en cualquier momento pueda despedir al trabajador, y el despido seguirá siendo justo, por lo que no hay lugar al pago de indemnizaciones.

Es así porque el reconocimiento de la pensión es una causa legal para el despido, la que no desaparece con el paso del tiempo, distinto a cuando la causa es imputable al trabajador, donde se exige inmediatez entre la ocurrencia de la falta y el despido.

Así lo recuerda la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 78842 del 31 de julio de 2019:

«Desde este punto de vista, no resulta viable aplicar el principio de inmediatez cuando el despido se funda en el reconocimiento de la pensión en favor del trabajador, pues se trata de una causal objetiva desligada de la conducta del empleado, al punto que ni siquiera es susceptible de ser ponderada para otorgarle niveles de gravedad y sobre esa base establecer si se trata de un incumplimiento leve (sancionable) o grave (sancionable o posible de despido). Por lo mismo, al ser un hecho ajeno al comportamiento contractual del trabajador, no es apropiado pensar que puede ser «perdonado, dispensado o condonado.»

Señala la misma sentencia:

«Lo anterior permite dar cuenta que el despido por reconocimiento de la pensión de vejez es una causal autónoma de terminación del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria; su procedencia se encuentra enmarcada en la garantía de que, entre la terminación del contrato y la percepción de la prestación pensional, el trabajador pensionado no deje de recibir los ingresos que garantizan su subsistencia; además, una vez se han cumplido sus condiciones,



otorga al empleador la posibilidad de usarla «cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad», es decir, en cualquier momento.»

Una vez el trabajador esté recibiendo la medida pensional puede ser desvinculado en cualquier tiempo, y como ya está recibiendo la pensión, lo único que se requiere es el preaviso de los 15 días señalados en el artículo 62.

Renuncia del trabajador pensionado.

Hasta aquí hemos planteado el despido del trabajador pensionado desde el lado del empleador, pero si es el trabajador quien desea terminar el contrato de trabajo en razón a que se le ha reconocido la pensión, surge la duda respecto al procedimiento a seguir.

Transcribimos una inquietud planteada por un lector que ilustra la situación:

«Me fue aprobada la pensión por invalidez por parte de un fondo privado, esta carta la hice llegar a la empresa pública donde he laborado, y de la empresa me piden una carta de retiro laboral que diga la fecha de mi retiro. Mi duda es ¿si ya en la empresa tienen la carta de aprobación de la pensión porque debo pasar carta de retiro? ¿Estoy obligada hacer esta carta de renuncia?»

Sucede que retirar a un trabajador no se puede tomar a la ligera, por cuanto si algo se hace mal la empresa puede ser demandada.

Debido a ello si el trabajador quiere retirarse de la empresa antes de que sea incluido en la nómina de pensionados, debe pasar la carta de retiro, ya que de esa forma la empresa se «cura en salud», pues en sus manos queda la prueba de que el retiro del trabajador ha sido voluntario.

La empresa sólo puede terminar el contrato de trabajo cuando tenga en sus



manos el documento que acredite la inclusión del pensionado en la respectiva nómina, pues no vale el documento o resolución que reconoce la pensión. Mientras ello no suceda le corresponde al trabajador tomar la iniciativa para terminar el contrato, pasando la respectiva carta de renuncia dejando claro las razones por las que se retira.

Justas causas por las que se puede despedir al trabajador.

El artículo 62 del código sustantivo señala 15 causas por las que un trabajador puede ser despedido justamente por el empleador, causas que podemos resumir como a continuación se expone.

Cuando el trabajador ha engañado al empleador.

Señala la norma que es justa causa para la terminación del contrato el «*haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.*»

Se refiere a los casos en que el trabajador adjunta documentación falsa a la hoja de vida con el fin de ser contratado, o con el fin de conseguir un ascenso u otro beneficio ofrecido por la empresa.

Una vez el empleador tenga conocimiento de ese comportamiento puede despedir al trabajador, no importa cuánto tiempo lleve trabajando, pues se tiene en cuenta es la fecha en que el empleador se entera del engaño de su trabajador.



Mal comportamiento del trabajador en el entorno laboral.

Aquí hay 4 situaciones que configuran justas causas para despedir al trabajador:

1. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.
2. Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del patrono, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores.
3. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.
4. Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento.

El trabajador que regularmente tenga los anteriores comportamientos puede ser despedido con justa causa.

Debe ser así porque un trabajador con esos comportamientos perjudica el ambiente laboral y por consiguiente perjudica al empleador.

Es necesario que dicho comportamiento sea reiterativo, y que el empleador intente tomar los correctivos necesarios, y si ese comportamiento no cesa, entonces se configura la justa causa para el despido.

Naturalmente que el empleador debe reunir el suficiente material probatorio para demostrar la ocurrencia de dicho comportamiento, pues la naturaleza subjetiva que puede tener esa causa exige ser probada con suficiencia.



Incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador.

Cuando el trabajador firma un contrato de trabajo asume unas obligaciones y compromisos que debe cumplir, pues para eso ha sido contratado, de modo que si las incumple es procedente su despido.

Al respecto dice la ley:

1. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.
2. La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.
3. La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del patrono o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes.

El trabajador tiene obligaciones que cumplir, y también tiene prohibiciones, y para las dos cosas aplica esta causal: por no hacer lo que debe y por hacer lo que no debe.

Aquí es importante anotar que también se incluyen obligaciones o compromisos que se hayan adquirido en el contrato de trabajo o que estén en el reglamento de trabajo, obligaciones que deben cumplirse y de no ser ese el caso, su incumplimiento es causa justa para el despido.

Por mala fe del trabajador.

El trabajador que de mala fe perjudica al empleador, que causa daños y pérdidas, puede ser despedido. Dice la norma:



«Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.»

Es evidente que el empleador no puede tener en su negocio a una persona de mala fe que a propósito causa daños.

El trabajador es contratado y se le paga un sueldo es para que sirva, no para que haga daño.

El bajo rendimiento del trabajador.

El bajo rendimiento laboral de un trabajador es una causa justa para despedirlo según lo señala el numeral 9 del artículo 62 del código sustantivo del trabajo.

Qué es el rendimiento deficiente.

El rendimiento deficiente de un trabajador se da cuando el trabajador no rinde lo esperado, cuando su productividad no es similar a la de otros trabajadores.

Para ello el empleador debe tener fijado un rendimiento óptimo objetivo, y a partir de allí evaluar el rendimiento de cada trabajador.

El numeral 9 del artículo 62 del código sustantivo, que contempla el bajo rendimiento como causal de despido, fija de forma general los parámetros para evaluar el rendimiento del trabajador:

«El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento



del empleador.»

Como se puede observar hay que considerar dos variables claras:

1. La capacidad del trabajador.
2. El rendimiento promedio en actividades análogas.

Es decir que cada trabajador debe ser evaluado individualmente, porque la capacidad de cada trabajador puede ser afectada por variables como formación, experiencia, limitaciones físicas, etc.

Es probable que un trabajador con un año de experiencia no rinde igual que uno con 10 años de experiencia, por tanto, no se puede despedir al trabajador que rinde menos debido a esa circunstancia, excepto si la diferencia de rendimiento es tan marcada que no puede ser justificada por la mayor experiencia del promedio.

Ese rendimiento individual debe ser comparado con el rendimiento general promedio de los trabajadores que desarrollan la misma actividad o una análoga o similar, a fin de comparar y determinar las posibles diferencias.

Esto obliga a que el empleador tenga unas estadísticas de rendimiento, para que pueda tener una base comparable y así demostrar o justificar el bajo rendimiento de un trabajador, pues debe probarse esa causal en caso de alegarse o utilizarse para despedirlo.

Procedimiento para despedir a un trabajador por rendimiento deficiente.

Debido a la dosis de subjetividad que tiene la causal de despido por bajo rendimiento del trabajador, el procedimiento para su aplicación está regulado expresamente.

Es así como el artículo 2.2.1.1.3 el decreto 1072 de 2015 (artículo 2 del



decreto 1373 de 1966) señala el siguiente procedimiento:

- Requerirá al trabajador dos (2) veces, cuando menos, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho (8) días.
- Si hechos los anteriores requerimientos el empleador considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, presentará a éste un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efecto de que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes; y
- Si el empleador no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes.

Este procedimiento exige dos elementos que se deben surtir y probar:

1. El requerimiento al trabajador con apego a la norma.
2. La existencia del cuadro comparativo de rendimiento.

En caso de un juicio, el empleador debe probar el rendimiento deficiente, y ese rendimiento necesariamente se prueba a partir de ese estudio de rendimiento promedio, representado en el cuadro comparativo a que hace referencia la norma.

Hacer mal el trabajo y rendimiento deficiente.

El bajo rendimiento se suele asociar con hacer poco, y resulta que hacer mucho, pero hacerlo mal, también se califica como bajo rendimiento.

Esto lo evidenciamos en la sentencia 35516 del 4 de agosto de 2009 con ponencia de magistrado Camilo Tarquino de la sala laboral de la Corte suprema de justicia, que en uno de sus apartes señaló:



«Aunque breve, el ejercicio de subsunción realizado por el ad quem, que lo condujo a calificar jurídicamente los hechos descritos en la carta de despido, no se exhibe desatinado, toda vez que nada distinto a un bajo rendimiento le endilgó la demandada a su trabajador, al acusarlo de haber digitado incorrectamente fechas, cifras, números, y demás información en facturas, recibos, y otros documentos, dado que, precisamente, eran esas las funciones asignadas al demandante, y si, según el criterio de la empleadora, el resultado de la labor del señor (...) no era el esperado, debió darle aplicación al procedimiento señalado en el artículo 2º del Decreto 1373 de 1966...»

Esto es importante porque se debe surtir el procedimiento señalado por el decreto 1072 de 2015, aplicable al despido por bajo rendimiento.

En consecuencia, creer que hacer mal el trabajo es distinto al bajo rendimiento, puede llevar a la ilegalidad del despido por no observar los requisitos que exige la norma para dar aplicación a la justa causa en el despido del trabajador.

Despido del trabajador por incumplimiento de funciones.

El incumplimiento de funciones es una causal independiente al rendimiento deficiente, pero puede confundirse con el bajo rendimiento, por lo tanto, se debe tener especial cuidado en aplicar una cuando se debe aplicar otra.

En la ejecución del contrato de trabajo se pueden presentar las siguientes situaciones:

1. El trabajador hace mucho y lo hace bien.
2. El trabajador hace mucho, pero lo hace mal.
3. El trabajador no hace nada; ni bien ni mal.



Podríamos afirmar que cuando el trabajador no hace lo que debía hacer, estamos ante un incumplimiento de funciones, que sería el supuesto 3 de nuestra lista.

Los supuestos 1 y 2, como ya vimos, se clasifican como rendimiento deficiente y se debe aplicar el procedimiento indicado para el despido por bajo rendimiento.

En el tercer caso, donde el trabajador simplemente incumple con sus funciones, no hay necesidad de aplicar el procedimiento previo propio del rendimiento deficiente, siendo suficiente demostrar el incumplimiento de sus funciones.

Sin embargo, entre el rendimiento deficiente y el incumplimiento de funciones existe un área gris que en algunos casos particulares puede resultar difícil discernir, así que en caso de dudas lo recomendable es aplicar el procedimiento de despido fijado para el rendimiento deficiente.

Donde un empleador vio un incumplimiento de funciones un juez puede ver rendimiento deficiente, y exigirá el cumplimiento del procedimiento indicado pertinente, así que es mejor tenerlo por si acaso.

La detención preventiva del trabajador.

La detención preventiva del trabajador por más de 30 días es una causal para ser despedido, y dice la ley:

«La detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto, o el arresto correccional que exceda de ocho (8) días, o aun por un tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato.»

Es natural que no se pueda tener vinculado a un trabajador que está en la



cárcel por imposibilidad física de este para prestar el servicio para el que ha sido contratado, sin embargo, esta causal tiene una condición de especial cuidado, y es que dejará de ser justa si luego el trabajador es absuelto.

Supóngase que luego de 30 días de detención el trabajador es despedido, y 6 meses después es absuelto. Esa absolución convierte el despido en injusto como lo señala la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 41288 del 28 de agosto de 2013:

«Lo que convierte en injusto el despido de trabajador, cuando la causal alegada para adoptar esa determinación se produce por la detención preventiva por más de 30 días, es que posteriormente se absuelva de los hechos punibles imputados, lo cual no aconteció en el sub judice;»

Peligrosa esa causal, pues no es posible anticipar el desenlace del proceso penal para tomar una decisión adecuada.

En vista a esa incertidumbre, lo más recomendable en estos casos es que primero se suspenda el contrato de trabajo, lo que permite el artículo 51 del código sustantivo del trabajo.

Al suspender el contrato de trabajo el empleador no se arriesga a que luego sea demandado por un despido injusto o que incluso un juez llegue a ordenar el reintegro del trabajador.

Por enfermedad contagiosa o crónica incurable.

Una polémica causal por las implicaciones que tiene en derechos fundamentales del trabajador:

«La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquier otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible



durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al patrono de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.»

Lo anterior solo aplica para las enfermedades de origen común, y debe demostrarse que no fue posible la recuperación del trabajador luego de dicho término, y que no puede ser reubicado en un puesto de trabajo compatible con su condición.

La enfermedad es una causa por la cual se puede terminar el contrato de trabajo, pero aun así el empleador debe pagar la indemnización por despido injustificado, pues así lo dispone la norma expresamente.

Es así porque no es culpa del trabajador estar enfermo por tanto se le debe reconocer la indemnización.

Preaviso por despido justificado.

Es importante tener presente lo que dice el artículo 62 frente a las justas causas para despedir al trabajador:

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

Así la causa sea justa para terminar el contrato, se debe notificar al trabajador con 15 días de anticipación de que será despedido.

Al respecto dijo la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 37823 del 14 de noviembre de 2012 con ponencia del Magistrado Carlos Ernesto Molina:

«La anterior posición fue ratificada por esta Sala mediante sentencia



del 19 de febrero de 2008, radicación 30.819, en cuanto a que la omisión del preaviso no convierte el despido en injusto, toda vez que son dos situaciones totalmente disímiles, una dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, y otra que configurada la causa legal el empleador omita dar el aviso de ley, donde en el primer evento el despido se torna en injusto y en cambio en el segundo el rompimiento con existencia de la justa causa sin efectuarse el preaviso se debe calificar únicamente como ilegal. Lógicamente, en ambos casos se indemniza, pero bajo un tratamiento legal distinto, con el efecto propio de la igualdad, proporcionalidad y el equilibrio social que pregonan la Carta Política.»

Es decir que la ausencia de la notificación no convierte la causal justa en injusta, o el despido justo en injusto, sino que convierte el despido injusto en ilegal.

Una de las consecuencias es la posibilidad de que un juez ordene el reintegro del trabajador.

La prueba de la justa causa para el despido.

Aunque parezca evidente, muchos empleadores fallan en recaudar los elementos probatorios suficientes para demostrar la causa y su justicia, razón suficiente para que una demanda laboral lo que fue justo se convierta en injusto.

El empleador no debe tomar decisiones hasta tanto no tenga certeza de la causa por la que despedirá al trabajador, y ello incluye contar con las pruebas suficientes.

Téngase en cuenta que en un proceso judicial el empleador debe demostrar que la justa causa existió, y no se puede probar nada con opiniones o apreciaciones personales, sino que deben existir elementos probatorios



suficientes para llevar al juez al convencimiento absoluto de que las justas causas sí existieron.

Notificación de la causa del despido.

Esto es importante, y lo dice claramente el parágrafo único del artículo 62 del código sustantivo del trabajo:

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

Si la justa causa para terminar el trabajo existe, pero no se notifica a la otra parte, esa causa no puede ser alegada en caso de una demanda.

Esta es una formalidad que deben cumplir tanto el empleador como el trabajador, quien quiera que termine el contrato alegando una justa causa.

En la carta de despido, o en la carta de renuncia, se han de enumerar con claridad las razones por las que se ha tomado esa decisión, pues esa serán las únicas que se tengan en cuenta en una futura demanda laboral.

Cuando se incurre en una justa causa, se entiende que una de las partes ha incumplido con el contrato lo que permite a la otra parte darlo por terminado.

Despido del trabajador por pérdida de la confianza.

La pérdida de confianza en el trabajador no es una justa causa autónoma para despedir al trabajador, por cuanto el código laboral no la contempla como tal.



La pérdida de confianza es una circunstancia subjetiva que por sí sola no se constituye en causa justa para terminar el contrato de trabajo.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 33512 del 16 de marzo de 2010 con ponencia del magistrado Gustavo José Gnecco, señaló:

«Bien vale la pena precisar que la Corte, en la sentencia del 25 de mayo de 2004 (Rad. 22.543), adoctrinó que no es posible tener la pérdida de confianza, por sí misma, como una causal autónoma que justifique la terminación del contrato de trabajo por cualquiera de las partes.»

Es decir que el empleador no puede decirle al trabajador que lo despidió simplemente porque ya no confía en él, pero si tiene razones de peso para esa desconfianza, sí podría configurarse una justa causa para el despido.

La Corte en la misma sentencia señaló:

«Empero, la Corte no descartó que esa pérdida de confianza, unida a la existencia de “razones válidas que demuestren que esa situación tuvo origen por una acción u omisión del empleado con la connotación de gravedad que se requiere”, pueda encuadrarse dentro de la justa causa consagrada en el numeral 6 del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965.»

Por ejemplo, si el empleador encontró al trabajador robando, es natural que pierda la confianza en él, pero la causa del despido no será precisamente la pérdida de confianza sino el hecho delictivo cometido por el trabajador.

En consecuencia, lo que justifica el despido no es la pérdida de confianza como tal sino los hechos que subyacen a esa pérdida de confianza.

En razón a lo anterior, la pérdida de confianza debe obedecer a hechos objetivos y probados que lleven al empleador razonablemente a perder la confianza en el trabajador.



Si no se puede probar que el trabajador cometió irregularidades que llevar a la pérdida de confianza en él, no se configura la justa causa para despedir al trabajador, y en caso de ser despedido se debe pagar la indemnización por despido injusto.

Justas causa para el trabajador renuncie.

Así como el empleador dar por terminado el contrato de trabajo por una justa causa, el trabajador puede terminarlo con justa causa, situaciones señaladas también por el artículo 62 del código sustantivo del trabajo en su literal B.

El engaño del empleador.

Dice la norma que el trabajador puede renunciar justamente cuando ha sufrido engaño por parte del empleador respecto a las condiciones de trabajo.

Sucede cuando le ofrecen trabajar en determinadas condiciones y cuando llega a trabajar las condiciones son radicalmente distintas.

Esta es otra de las causales subjetivas que resultan difíciles de demostrar, pero que cuando el engaño es tan evidente resulta de utilidad.

Maltrato de empleador.

Señala el numeral 2 del literal B del artículo 62 del código sustantivo del trabajo:

«Todo acto de violencia, malos tratamientos o amenazas graves inferidas por el empleador contra el trabajador o los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio, o inferidas dentro del servicio por



los parientes, representantes o dependientes del empleador con el consentimiento o la tolerancia de éste.»

Y el numeral 5 señala:

«Todo perjuicio causado maliciosamente por el empleador al trabajador en la prestación del servicio.»

Básicamente lo anterior puede enmarcarse en el acoso laboral y además de dar lugar a la terminación del contrato por parte del trabajador, puede dar lugar a sanciones administrativas.

Inducir al trabajador a cometer actos ilícitos.

Si el empleador o sus representantes inducen u obligan al trabajador a cometer actos ilícitos es una justa causa para terminar el contrato de trabajo.

No es muy común, pero hay ciertos oficios donde los trabajadores son presionados para que tuerzan la ley, y a esto se acerca mucho lo que deben hacer algunos contadores públicos y abogados donde se ven en la obligación de planear cómo defraudar la ley que les rige y que deben aplicar.

Colocar en peligro la vida o salud del trabajador.

Señala la norma como justa causa para que el trabajador renuncie:

«Todas las circunstancias que el trabajador no pueda prever al celebrar el contrato, y que pongan en peligro su seguridad o su salud, y que el empleador no se allane a modificar.»

Se quiere que la situación no sea conocida el momento de firmar el contrato y que tampoco se haya podido prever o suponer, y está relacionada con el engaño en las condiciones el trabajo.



Si el trabajador fue contratado para trabajar en alturas luego no puede decir que renuncia justamente porque le tocó exponerse a un elevado riesgo por tener que subir a una gran altura, pues lo sabía desde el principio.

Lo anterior es válido para el trabajador que fue contratado como mensajero y lo hacen subir a limpiar la parte externa de las ventanas el piso 35.

Además, la justa causa sobreviene cuando el riesgo a que es expuesto el trabajador no es minimizado por el empleador, es decir, este no toma las medidas necesarias para modificar las condiciones que causan el riesgo.

Incumplimiento sistemático de las obligaciones del empleador.

El incumplimiento sistemático y sin razones válidas por parte del empleador de sus obligaciones da lugar a una justa renuncia del trabajador.

Dentro esta causal podemos encontrar el pago extemporáneo de los salarios.

Hay empresas que todos los meses pagan tarde e incluso duran meses sin pagar. Cuando ese impago se vuelve reiterativo, sistemático, se convierte en una justa causa para que el trabajador renuncie.

En este punto también podemos encontrar la siguiente causal:

«Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.»

En general el incumplimiento grave del contrato da como resultado natural la facultad a la otra parte para terminarlo.



Trasladar trabajador de lugar de trabajo sin justificación.

Respecto a esta causal dice la norma:

«La exigencia del empleador, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató.»

Esta causal es subjetiva, por cuanto el empleador tiene facultades para administrar sus trabajadores según las necesidades operativas de la empresa, y la línea entre lo que se puede hacer y lo que no es fina, pero en general todo traslado debe ser justificado y debe procurarse no afectar derechos a los trabajadores.

Consecuencias de que el trabajador renuncie con justa causa.

Que el trabajador renuncie con justa causa es grave para el empleador, pues automáticamente se configura el despido indirecto.

Es así porque se interpreta que el trabajador renuncia por culpa del empleador, de modo que la renuncia no es espontánea ni libre, sino que obedece a que el empleador ha puesto al trabajador en una situación insostenible que lo lleva a renunciar, y, de hecho, es lo que busca la ley, castigar al empleador que obligue a sus trabajadores a renunciar.

Las consecuencias de obligar a que un trabajador renuncie son las mismas que cuando el trabajador es despedido sin justa causa, es decir, el pago de la indemnización por despido injustificado.

En tal caso, el empleador tendrá que demostrar que no existió la justa causa que el trabajador alega para haber presentado su renuncia.



Despedir trabajador por insultos y agresiones a compañeros.

En una empresa es imposible evitar que sucedan discusiones e incluso agresiones entre compañeros de trabajo. ¿Tales hechos pueden ser causal de despido?

Insultos y agresiones como causal de despido del trabajador.

El código sustantivo del trabajo no señala de forma expresa que los insultos y las agresiones sean una causa justa para despedir al trabajador. Lo único que encontramos en el artículo 58 del código sustantivo del trabajo que trata sobre las obligaciones del trabajador, es lo señalado en su numeral 4:

«Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros.»

Insultar y agreder a los compañeros de trabajo puede enmarcarse dentro de ese concepto, pero no se convierte en una causa justa para el despido de forma automática.

Regular internamente las agresiones y conflictos entre compañeros de trabajo.

Ante la ausencia normativa al respecto, los empleadores suelen incluir en el reglamento del trabajo el tema de los insultos, agravios y agresiones entre trabajadores, pero más que como causal de despido, como causal de sanciones disciplinarias.

Para ilustrar el alcance de este tipo de regulaciones internas del empleador, transcribimos apartes de la sentencia del 7 de octubre de 2003 radicación 20387, con ponencia del magistrado Luis Gonzalo Toro Correa, de la sala



laboral de la Corte suprema de justicia:

«... lo cual claramente da a entender que la citada voz alude a la persona que exhibe una permanente disposición al conflicto y busca desunir, enemistar o enemistarse, dividir, encizañar, en una palabra a la persona conflictiva y problemática que genera con su actitud un ambiente que imposibilita el desarrollo normal de las actividades de la empresa y no a aquella que tiene ocasionalmente una dificultad con un compañero o una compañera de trabajo. Aceptar este último entendimiento de la locución (como lo pretende la empresa recurrente) implicaría que lo que se busca con la cláusula contractual es crear un ambiente “aséptico” y absolutamente desconocedor de la condición humana.

Pero lo que no puede aceptarse es que la cláusula contractual pueda entenderse como cualquier inconveniente, disconformidad o roce aislado que tenga un trabajador con un solo compañero, ni una natural reacción como la atribuida a la demandante en la comunicación de despido así: ...»

Resaltamos en negrilla algunas partes para hacer énfasis en que los posibles conflictos entre trabajadores que lleven a insulto o malos tratos, en la medida en que sean casos aislados, no se pueden alegar como justa causa para despedir a un trabajador, aunque el hecho del que se acusa al trabajador haya sido regulado por la empresa como una justa causa para el despido de un trabajador.

Por consiguiente, lo que se debe hacer cuando se presentan insultos o agresiones entre compañeros es llamar a descargo a los implicados a fin de corregir el inconveniente y dejar evidencia por si ese comportamiento se vuelve reiterativo.

Por supuesto que todo depende de cada caso particular, porque si la



agresión es grave puede constituirse la justa causa para despedir al trabajador sin importar que haya sido un comportamiento aislado.

¿Me pueden despedir por discutir con un compañero de trabajo?

Dependiendo del tipo de discusión y del nivel de agresión que existe en torno a la discusión, de manera que es preciso evaluar cada caso particular según sus circunstancias.

Una simple discusión o altercado no es causal para un despido, pero si esa discusión se desarrolla en un entorno de acoso laboral o deriva en una agresión física, es probable que pueda ser suficiente para despedir a los implicados, previo proceso disciplinario desarrollado por el empleador.

Despido por pelear fuera del trabajo.

Las peleas entre compañeros de trabajo fuera de las instalaciones de la empresa no puede ser una causal de despido, siempre que tales hechos no tengan incidencia en la parte interna del trabajo.

La empresa tiene facultad para sancionar a sus trabajadores por hechos que ocurren en el desarrollo del contrato en las instalaciones de la empresa, no por los hechos que ocurran en la vida personal de cada trabajador fuera del lugar de trabajo.

Despido indirecto.

Se entiende por despido indirecto la renuncia que presenta el trabajador en razón a causas imputables al empleador, por lo que la renuncia a pesar de ser voluntaria no se considera espontánea y libre sino obligada.



Cuando ocurre el despido indirecto.

El trabajador es libre de terminar el contrato de trabajo por cualquier circunstancia, pero si la renuncia del trabajador obedece a causas imputables al empleador, se habla de despido indirecto o auto despido.

En el despido indirecto el trabajador renuncia obligado por las circunstancias en que lo ha puesto el empleador debido al incumplimiento constante y sistemático de sus obligaciones.

En otras palabras, el empleador renuncia porque existen justas causas para renunciar o terminar el contrato de trabajo, por lo tanto, la renuncia pasa a ser forzada en la medida en que el empleador con su incumplimiento obliga a que el trabajador presente la renuncia.

El despido indirecto puede suceder cuando el empleador no paga oportunamente los salarios de forma reiterada, o cuando desmejora intencionalmente las condiciones del trabajador para que este prefiera renunciar, o lo somete a un continuo acoso laboral a fin de que ese se canse y presente la renuncia.

El empleador tiene una serie de obligaciones para con el trabajador, ya sea obligaciones legales, contractuales o convencionales, y si las incumple puede llevar a que el trabajador renuncie por una justa causa y se configure el despido injustificado.

Requisitos para que ocurra el despido indirecto.

Para que se configure el despido indirecto se deben cumplir unos requisitos que el trabajador debe acreditar que pasamos a exponer.



El incumplimiento debe ser sistemático.

El despido indirecto tiene su origen en el incumplimiento del empleador, de manera que se debe evaluar esa conducta para determinar la procedencia del despido indirecto.

El artículo 62 del código sustantivo del trabajo señala las justas causas por las que el trabajador puede terminar el contrato de trabajo, y en el numeral 10 de literal b de dicho artículo se lee:

«El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del {empleador}, de sus obligaciones convencionales o legales.»

La renuncia por justa causa y por consiguiente el despido indirecto se produce sólo cuando el incumplimiento del empleador es sistemático, así que debemos tener claro qué se debe entender por incumplimiento sistemático.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 55480 del 11 de diciembre de 2018 con ponencia de la magistrada Dolly Amparo Caguasango dijo al respecto:

«Ahora, frente al incumplimiento sistemático la Corte al referirse a la causal del numeral 10 del literal a) del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, que tiene plena aplicación para esta eventualidad en lo que respecta a lo que debe entenderse por el vocablo «sistemático», en sentencia CSJ SL 6 de jun. 1996 rad. 8313, puntualizó:

[...] Considera la Sala oportuna la ocasión para referir que la causal 10 del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965 que faculta al empleador para despedir en forma justa a un trabajador, exige que la inejecución de las obligaciones legales o convencionales sea sistemática, entendiéndose con ello que deba ser regular, periódica o continua, que apunte a demostrar que el trabajador ha tomado la conducta o el propósito de incumplir"-se resalta-



En ese orden, como lo que se reclama en este asunto es el pago de vacaciones, auxilio de cesantía y sus intereses a la finalización del vínculo, no puede considerarse que hubo incumplimiento sistemático, pues este no fue «regular, periódico o continuo», máxime si se tiene en cuenta que, como ya se dijo, los actores mencionados recibieron su retribución periódicamente.»

De acuerdo a lo anterior el despido indirecto no se configura por cualquier incumplimiento, sino que el incumplimiento debe ser reiterativo, continuado.

Un incumplimiento esporádico, ocasional o de vez en cuando no configura el despido indirecto.

El trabajador debe indicar la causa por la que renuncia.

El trabajador que renuncia debe indicar al empleador las razones o causas por las que renuncia; si no lo hace no puede alegarlas posteriormente y no se configura el despido indirecto.

Así lo dispone expresamente el parágrafo del artículo 62 del código sustantivo del trabajo.

Sobre este tema la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 55526 con ponencia de la magistrada Isabel Godoy del 6 de marzo de 2019 afirmó:

«En punto a la obligación que tiene quien termina el contrato de trabajo de manera unilateral por justa causa, esta Sala de la Corte ha sostenido, de manera reiterada y pacífica, entre otras en la sentencia CSJ SL, 26 may. 2012, rad. 44155:

El despido indirecto o auto despido es el resultado del



comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Esta decisión debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.

Precisa la Sala, que el contenido de la carta de despido corresponde a manifestaciones de parte que requieren para su confirmación de otros medios probatorios que corroboren lo dicho, (...)»

Y en la Sentencia CSJ SL14877-2016:

«1.- Del despido indirecto

La Sala comienza por recordar que el contrato de trabajo puede llegar a su fin por diferentes razones; bien porque mutuamente lo acuerdan las partes o bien por la decisión unilateral de alguna de ellas con justa o sin justa causa. En este último evento, tanto empleador como trabajador tienen la obligación de manifestar a la otra parte, la causal o motivo de esa determinación sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales distintas.

El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales (sic) previstas en el literal B del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST y, aunque si bien en principio se ha señalado que al primero le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde demostrar que la decisión de



renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo (fls. 99 a 102).

(Resalta la Sala).

Conforme a lo precedente, son dos claras e inexcusables obligaciones las que debe cumplir, quien termina unilateralmente el contrato de trabajo invocando justa causa imputable a la otra parte, la primera, manifestar de manera clara y precisa los hechos o motivos en que se fundamenta – lo que no cumple con la sola enunciación de normas legales o reglamentarias- y, la segunda, que tal acto sea oportuno, es decir, en la fecha en que comunicó su decisión pues, con posterioridad no podrá alegar hechos diferentes.»

Por lo anterior resulta de capital importancia presentar una carta de renuncia motivada, en la que se presenten las causas por las cuales se renuncia de forma clara, precisa e inequívoca.

Carga de la prueba en el despido indirecto.

En el título anterior quedó claro que el despido indirecto exige que el trabajador notifique al empleador en la carta de renuncia las razones por las que renuncia, y en esa instancia no hace falta probar nada.

Cuando el trabajador demanda al empleador para que el juez reconozca el despido indirecto, le corresponde al empleado probar en juicio las justas causas que alegó en la carta de renuncia, pues quien acusa debe probar la acusación.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 42919 del 10 de octubre de 2019 con ponencia del magistrado Gerardo Botero afirmó:

«En cuanto a la indemnización por despido indirecto, debe recordarse que de manera pacífica esta Sala ha sostenido, que cuando es el



trabajador quien da por terminado el contrato de trabajo aduciendo una justa causa imputable al empleador, atribuyéndole el incumplimiento sistemático de sus obligaciones, es la parte actora quien tiene la carga probatoria de demostrar ante el juez del trabajo, que efectivamente los hechos generadores del finiquito contractual ocurrieron.»

La carga de la prueba del despido indirecto le corresponde al trabajador que lo alega, que debe probar lo que previamente afirmó en la carta de renuncia.

Causalidad e inmediatez.

El trabajador debe demostrar que hay un nexo de causalidad entre la ocurrencia de la justa causa que alega y la decisión de renunciar, y esa causalidad requiere que exista inmediatez entre la causa y la decisión que se desencadena.

Es el mismo criterio que se utiliza cuando es el empleador el que despidió por justa causa al trabajador, donde debe existir inmediatez entre la causa y la consecuencia.

Al respecto señaló la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 61750 del 24 de abril de 2019 con ponencia de la magistrada Isabel Godoy:

«Ahora bien, asevera el censor que «el requisito de la inmediatez que extrañó el colegiado no es exigido por la disposición», sin embargo, como el soporte esencial de la conclusión y decisión del Colegiado fue un precedente jurisprudencial de esta Corporación en el que fijó ese criterio, que en su opinión no resultaba aplicable al caso por referirse a una situación derivada de una decisión unilateral del empleador con justa causa, la Sala debe advertir que si bien podría pensarse que la sentencia citada por el juez colegiado no resolvió un caso de idénticas condiciones al presente, no es menos cierto que esta Corporación ha



aplicado el mismo criterio de la inmediatez para la decisión de conflictos jurídicos originados en la decisión del trabajador de poner fin al contrato por causa imputable al empleador.»

Y en sentencia la misma corte en sentencia 47375 del 27 de enero de 2016 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas afirmó:

«Y es que en realidad, la decisión de finiquitar el vínculo contractual en esas condiciones debe realizarse dentro de un término prudencial, razonable, de suerte que no exista duda de que el motivo que se alega como originario del mismo, en realidad lo es; es decir, que se evidencie el nexo causal entre uno y otro, lo que lógicamente, no implica que el despido indirecto deba darse de manera inmediata o coetáneamente con el hecho generador del mismo.

No obstante lo anterior, eventualmente pueden ocurrir situaciones en que resulte imposible cumplir con ese postulado de término razonable y, en tales eventos, le corresponderá, precisamente al trabajador, demostrar que dicha dilación no fue injustificada.»

Queda claro que el trabajador no puede alegar causas pretéritas para justificar un despido indirecto, lo que no implica que cuando existan incumplimientos sucesivos pueda alegarse permisividad o aceptación del trabajador, como cuando el empleador lleva 3 años pagando tarde el salario mes a mes, pues lo que se prueba en ese caso es precisamente el incumplimiento sistemático, más no la anuencia del trabajador frente al incumplimiento.

Efectos del despido indirecto.

El despido indirecto es un despido injustificado, por tanto, el efecto o consecuencia es que el empleador debe pagar la respectiva indemnización por despido injustificado.



El despido indirecto ocurre porque el empleador incumple, por tanto, la terminación del contrato de trabajo es culpa del empleador, y el trabajador al ser inocente en ese rompimiento tiene derecho al pago de la indemnización que corresponda.

Resumiendo, tenemos que si el empleador obliga al trabajador a renunciar debe indemnizarlo.

Declaración judicial del despido indirecto y pago de la indemnización.

El trabajador que renuncia obligado por los incumplimientos del empleador tiene derecho a la indemnización por despido, pero el empleador nunca la pagará lo que obliga al trabajador a demandar al empleador para que sea el juez que declare el despido indirecto y condene al empleador a pagar la indemnización.

El inciso 2 del artículo 64 del código sustantivo del trabajo expresamente contempla la obligación del empleador de pagar la indemnización por despido indirecto:

«En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:»
Negrilla fuera de texto.

En la parte que hemos resaltado en negrilla claramente se refiere al despido indirecto, pero el empleador nunca pagará esa indemnización voluntariamente.

El empleador hasta el final alegará que el trabajador renunció y esperará a



que el trabajador lo venza en juicio para pagar la indemnización.

Casos especiales en la terminación del contrato de trabajo.

En la contratación de personal se presentan algunos casos especiales en la terminación del contrato de trabajo o despido del trabajador, que merecen un capítulo aparte por su relevancia.

Terminación del contrato de trabajo por cierre o liquidación de la empresa.

¿El cierre o la liquidación de la empresa la faculta para despedir al trabajador?

¿Puede la empresa despedir a sus empleados en ocasión del cierre o liquidación de la empresa?

Cierre o liquidación de la empresa como justa causa para despedir al trabajador.

Cuando se cierra o liquida una empresa naturalmente que los trabajadores son despedidos, pero ese despido si bien puede ser legal no deviene en un despido justo.

La terminación del contrato de trabajo por cierre de la empresa es legal en la medida en que así lo considera la ley.

En efecto, el artículo 61 del código sustantivo de trabajo señala que el contrato de trabajo termina «Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento», de manera que el despido del trabajador siempre será legal.

Se debe precisar que el artículo 61 del código sustantivo del trabajo exige



que el empleador debe pedir autorización al ministerio del trabajo para despedir los trabajadores por el cierre de la empresa.

Si bien el contrato de trabajo se puede terminar por cierre o liquidación de la empresa o el establecimiento de comercio, dicha circunstancia no está considerada como una justa causa en el artículo 62 del código sustantivo del trabajo, por lo tanto, el despido será injusto.

La liquidación o cierre de la empresa es una decisión unilateral que toma el empleador, y por ello debe asumir las consecuencias legales derivadas de su decisión.

Así lo ha recordado la Corte suprema de justicia en reiterada jurisprudencia, como en la sentencia 68773 del 16 de octubre de 2019 con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno:

«Ahora bien, el Tribunal también aclaró que, en todo caso, así el motivo de la terminación de la relación laboral hubiese sido la supresión y liquidación de la entidad, el despido seguiría siendo injusto. Dicha reflexión, de indudable connotación jurídica, tampoco apareja error alguno, como lo denuncia insistentemente la censura, pues esta sala de la Corte ha explicado con suficiencia que la supresión y liquidación de una entidad, si bien constituye un motivo legal de extinción del vínculo laboral, no representa una justa causa de despido, de las definidas de manera taxativa en los artículos 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945.»

Si bien la sentencia aborda el caso de un servidor público, es igual con los trabajadores particulares, pues como ya se señaló, esta causal no está dentro de las señaladas por el artículo 62 del código sustantivo del trabajo, norma que contempla las justas causas para terminar un contrato de trabajo.



Indemnización a pagar cuando se despide al trabajado por cierre de la empresa.

Ha quedado claro que el cierre de la empresa es una causa legal pero injusta para despedir al trabajador, y por consiguiente corresponde pagar al trabajador la indemnización por despido injusto.

Al respecto señala el numeral 6 del artículo 67 de la ley 50 de 1990:

«Cuando un empleador o empresa obtenga autorización de Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para el cierre definitivo, total o parcial, de su empresa, o para efectuar un despido colectivo, deberá pagar a los trabajadores afectados con la medida, la indemnización legal que le habría correspondido al trabajador si el despido se hubiera producido sin justa causa legal. Si la empresa o el empleador tiene un patrimonio líquido gravable inferior a mil (1.000) salarios mínimos mensuales, el monto de la indemnización será equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la antes mencionada.»

Es decir que se paga la indemnización por despido injusto en los términos del artículo 64 del código sustantivo del trabajo.

Despido por cierre parcial de la empresa.

Puede suceder que exista un cierre parcial de la empresa, en especial una sucursal o uno de sus establecimientos de comercio.

En tal caso el despido es posible y legal, pero igualmente injusto.

Recordemos lo que permite la norma:

«e) Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento»

Una empresa que tiene varios establecimientos o sucursales y cierra uno de



ellos, naturalmente que puede despedir a los trabajadores, pero pagando la respectiva indemnización.

Reintegro del trabajador despedido por liquidación de la empresa.

Es un sinsentido pretender el reintegro de un trabajador que ha sido despedido por la liquidación de la empresa, por su imposibilidad material y jurídica, pues no existe un empleador que lo pueda reintegrar.

Esa discusión se suele presentar porque el artículo 61 del código sustantivo del trabajo en su numeral 2 señala:

«En los casos contemplados en los literales e) y f) de este artículo, el empleador deberá solicitar el correspondiente permiso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social e informar por escrito a sus trabajadores de este hecho. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social resolverá lo relacionado con el permiso en un plazo de dos (2) meses.»

El literal e) es el que contempla la terminación del contrato de trabajo por cierre de la empra o establecimiento de comercio, y se interpreta que si el despido se hace sin solicitar tal autorización se convierte en ilegal, y al ser ilegal procedería el reintegro, que como ya se dijo, luce imposible.

Distinto es si el cierre ha sido parcial, pues en tal caso el reintegro sí es posible debido a que el empleador dispone de otros establecimientos en los cuales puede reubicar al trabajador.

Terminación del contrato de trabajo por venta de la empresa.

Cuando se vende una empresa o esta cambia de dueño por alguna de las



múltiples figuras legales existentes, la pregunta obligada de sus trabajadores es: ¿y qué pasará con nosotros? ¿Se termina el contrato de trabajo? ¿Debo renunciar?

Cuando hay venta hay cambio de empleador.

Cuando la empresa se vende naturalmente cambia el empleador, cambia una de las partes del contrato de trabajo, pero el contrato no se ve afectado de ninguna forma.

El contrato de trabajo no se termina porque haya un nuevo dueño o propietario de la empresa o establecimiento de comercio.

Venta de la empresa no cambia condiciones del contrato de trabajo.

Así como el cambio de empleador no termina el contrato de trabajo, tampoco lo modifica ni cambia las condiciones pactadas con el anterior dueño o empleador.

Cuando la empresa se vende o cambia de propietario se produce la figura conocida como sustitución de empleadores que se desarrolla ampliamente en un título aparte.

El empleador anterior se sustituye por el nuevo propietario, pero el contrato no sufre ninguna modificación como expresamente lo señala el artículo 68 del código sustantivo del trabajo.



Terminación del contrato de trabajo por cambio de dueño de la empresa.

Es claro que el contrato de trabajo no puede ser terminado porque la empresa se haya vendido ni el trabajador debe renunciar, en vista a que la sustitución patronal no es una causa justa ni legal para la terminación del contrato.

En consecuencia, si el nuevo dueño de la empresa despide al trabajador, ese despido es sin justa causa y debe pagar la respectiva indemnización por despido injustificado.

La indemnización debe pagarla el nuevo empleador quien despide el trabajador.

En algunos casos quien vende el negocio despide a los trabajadores antes de la venta, despido que también es injusto y quien debe pagar la indemnización es el dueño anterior, pero el nuevo dueño es solidario con esa obligación si el anterior no responde en las condiciones que señala el numeral primero del artículo 69 del código sustantivo del trabajo.

Cambio de dueño y cambio de políticas laborales.

Seguramente cuando la empresa cambia de dueño hay cambio de políticas en muchos sentidos, y es probable que algunos trabajadores no cumplan las condiciones o expectativas de sus nuevos empleadores no se adapten a sus nuevas políticas, pero ello no es razón para despedir al trabajador ni para cambiarle condiciones como salario, por ejemplo.

En la práctica cuando hay cambio de dueños generalmente hay una reestructuración de personal, y en muchos casos los trabajadores son



presionados para renegociar las condiciones laborales, que, por supuesto son para desmejorarlas, y de no aceptarlo suelen ser despedidos con el pago de las indemnizaciones correspondientes, lo cual es legal por supuesto, ya que la ley laboral contempla el despido sin justa causa en cualquier momento.

Pero esto no es una consecuencia obligada del cambio de dueño. Simplemente se trata de una alternativa considerada por los nuevos dueños, que antes de comprar la empresa han hecho un estudio que les dará las pautas respecto a cómo deben proceder frente al personal, o con los contratos de trabajo vigentes.

Se insiste en que cualquier despido realizado por el nuevo dueño debe ser justificado, de lo contrario se debe pagar la indemnización. Insistimos en esto porque en nuestra realidad, principalmente cuando se trata de empresas pequeñas, el empresario que vende o el que compra exige a los empleados renunciar voluntariamente (o directamente los despiden), convenciéndolos de que la venta del negocio es una justa causa para terminarles el contrato, por lo que no les paga ninguna indemnización, actuación absolutamente ilegal. El trabajador se puede despedir, pero hay que indemnizarlo.

Despido del trabajador por abandono del cargo.

Un trabajador puede ser despedido si abandona el cargo, entendido este como la ausencia del trabajador de su lugar de trabajo sin causa justificada, violando gravemente sus obligaciones.



Abandono del trabajo como causal de despido.

Sucede que el código sustantivo del trabajo no contempla como causal de despido o terminación del contrato de trabajo el abandono del cargo, lo que hace necesario buscar otra figura.

Respecto a la inexistencia del abandono del cargo como causal de despido, dijo la sala laboral de la corte suprema de justicia en sentencia 5190 del 29 de octubre de 1992:

«...sabido se tiene que las causas para dar por terminado el contrato de trabajo se hallan consagradas en forma taxativa en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 6 del Decreto 2351 de 1961, no encontrándose allí el abandono del cargo.»

En cuanto a que al mero hecho de que el trabajador se ausente del trabajo no constituye una justa causa para ser despedido, ha dicho la sala laboral de la corte suprema de justicia en sentencia 11309 del 27 de septiembre de 1985:

«la sola ausencia física del trabajador no constituye por sí sola, de manera automática y necesaria una justa causa del despido y mucho menos aun una causa de terminación legal del contrato, ...»

La razón, como ya se dijo, es que la ausencia del trabajo, mal llamada abandono del cargo, no es una causal de terminación del contrato de trabajo.

Abandono del cargo como violación grave de las obligaciones del trabajador.

Cuando el trabajador no va a trabajar la norma que aplica es el numeral 4 del



artículo 60 del código sustantivo el trabajo que versa sobre las prohibiciones del trabajador:

«Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del empleador, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar del trabajo.»

Así lo deja claro la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL1051-2020:

«Aquí debe precisarse que el abandono del cargo al que se refiere la recurrente no constituye propiamente un modo de terminación del contrato laboral ni una justa causa de despido; ya que tal figura no existe en la legislación laboral, pero si se enmarca dentro de la causal 6 del artículo 62 del CST, al referir la violación grave de las obligaciones y prohibiciones que le incumben al trabajador.»

Esta norma es concordante con el numeral 10 del artículo 62 del código sustantivo del trabajo encargado de establecer las justas causas para terminar el contrato de trabajo por parte del empleador:

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

Es evidente que si el trabajador no trabaja está incumpliendo con sus obligaciones, y de esa forma se puede configurar una justa causa para la terminación del contrato de trabajo.

Es importante anotar que la ausencia del trabajador debe ser justificada para que no genere consecuencias, y, dicho de otra forma, si esa ausencia tiene justificación, el trabajador no puede ser despedido con base a ella.



Procedimiento para despedir al trabajador por abandono del trabajo.

En primer lugar, debemos señalar que el abandono del cargo, al no constituir una justa causa para el despido por sí mismo, no produce la terminación inmediata del contrato de trabajo.

Al respecto, la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia del 27 de septiembre de 1985 señaló:

«La ausencia al trabajo, por lo tanto, no es causal que produzca de manera inmediata y automática el pretendido derecho de la empresa de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo de modo sumario.»

Por lo anterior, por el hecho de que el trabajador abandone el cargo no se puede despedir inmediatamente.

Luego señala la corte en la misma sentencia:

«conviene observar que no existe en nuestra legislación –ni en el C. S. del T. ni en la aplicable a los trabajadores oficiales- la pretendida figura del “abandono del puesto”, tomada tal vez del derecho administrativo. En efecto, la ausencia del trabajador no puede tomarse como terminación legal del contrato por “mutuo consentimiento” o mutuo disenso (...) puesto que el aparente abandono de funciones sólo es equiparable a una renuncia, cuando según las circunstancias equivalga a ésta, de manera “franca y eficazmente irrevocable” según lo ha señalado la jurisprudencia (...) En el presente caso, dadas las especiales circunstancias, la ausencia del trabajador no podía significar renuncia, pues la intención o el ánimo de presentarla no aparece por parte alguna, de la manera clara, directa e inequívoca que



se requería para deducir de esa actitud un acto de declaración de voluntad.»

Como se observa, tampoco se puede interpretar que como el trabajador abandonó el cargo entonces es porque decisión renunciar al trabajo.

En tal situación, el empleador debe ubicar al trabajador para determinar la razón por la que se ha ausentado del trabajo, para identificar si la ausencia es justificada porque se accidentó o se enfermó, o si se debe a que en efecto decidió renunciar y no comunicárselo al empleador.

Si no es posible contactar al trabajador en un tiempo razonable, ni identificar la causa de su ausencia, el empleador queda habilitado para terminar el contrato de trabajo, teniendo el cuidado de documentar el proceso llevado a cabo para contactar el trabajador, ya sea mediante escritos o mediante testigos, como compañeros de trabajo o del sindicato en caso de que exista.

Si el contrato de trabajo se termina en ausencia del trabajador, este no puede recibir la liquidación respectiva, así que el empleador debe consignarla en el banco agrario a disposición del trabajador.

Lo anterior para dar cumplimiento a la ley que obliga a pagar la liquidación del contrato de trabajo el día en que es liquidado o terminado, y evitar la consecuencia que la ley impone, que es el pago de la sanción o indemnización moratoria.

Cuánto tiempo de ausencia se requiere para configurar el abandono del cargo.

No existe un criterio que permite decir con certeza a partir de cuánto tiempo de ausencia del trabajador se configura el abandono del cargo.



Por lo anterior, se debe considerar en primer lugar las circunstancias particulares de cada caso, evaluadas con un criterio de razonabilidad.

Por supuesto que faltar unas horas al trabajo sin justificación en principio no implica un abandono del cargo, pero la ausencia por varios días o semanas sí puede serlo.

Depende también del perjuicio que sufra el empleador por la ausencia del trabajador, pues en algunos cargos unos días de ausencia no representan mayor traumatismo para la operatividad de la empresa, pero todo dependerá del criterio de la empresa, y, sobre todo, de lo que pudiera contener el reglamento de trabajo o el contrato mismo.

Justificación del abandono del cargo.

Para que un trabajador sea despedido por no ir a trabajar, es preciso que esa ausencia se injustificada pues así lo contempla el numeral 4 del artículo 60 del código sustantivo del trabajo.

Así que de presentarse esa situación el empleador sólo puede despedir al trabajador si este no justifica su ausencia, y para ello, por supuesto, debe requerir al empleado para que presente los descargos respectivos y de ser el caso justifique su ausencia, como bien lo dice la sala laboral de la corte suprema de justicia en la sentencia CSJ SL6851-2015:

«En ese sentido, aparece equivocada la conclusión jurídica del Tribunal, y que se reprocha en las acusaciones, al indicar en que el empleador, cuando se trata de ausencia de comparecer al empleo, no requiere escuchar al empleado, pues el numeral 4) del artículo 60 del CST, refiere que la prohibición de faltar al trabajo es de que esta sea



sin justa causa de impedimento o sin permiso, de allí que requiera confrontar información para llegar a tal conclusión.»

Ahora, si el trabajador desvinculado por esta razón demanda su reintegro, debe probar que su ausencia o abandono del cargo se debió a una causa justificada como lo señala la sala laboral de la corte suprema de justicia en sentencia 65940 del 9 de marzo de 2010:

«Ahora bien, está claro que no se discute la ausencia del demandante a su trabajo por el término de 90 días, y pese a que intentó justificar tal inasistencia, supuestamente por un permiso no remunerado que le otorgó el gerente y la jefe de personal, ello no aparece demostrado por aquel en el proceso, quien era el que debía asumir esa carga probatoria. En ese orden se concluye, que el actor no acreditó la motivación que adujo para sustraerse del cumplimiento de la primera obligación que emerge del contrato de trabajo, cual es la prestación personal del servicio para el que fue contratado.»

Como se aprecia, en este caso la carga de la prueba corresponde al trabajador, de suerte que este debe probar la justa causa para no prestar el servicio, es decir, le corresponde a este justificar su ausencia en el trabajo, ya sea ante el empleador en el proceso disciplinario, o ante el juez en un eventual proceso judicial, y al empleador le corresponde probar que el trabajador incurrió en la falta que se le endilga, es decir, que no se presentó a trabajar.

Preaviso en la terminación del contrato de trabajo.

Y lo mismo para el trabajador. Si decide renunciar debe indicar en la carta de renuncia las Casos en que se requiere notificar al trabajador un preaviso para



terminar un contrato de trabajo, o para no renovarlo una vez finalizado el plazo pactado.

Preaviso en el contrato de trabajo a término fijo.

El contrato de trabajo a término fijo es aquel que desde el momento en que se firma las partes acuerdan la fecha en que terminará, pero no obstante si no se desea renovar el contrato, la ley exige notificar previamente a la otra parte esa decisión.

Es como una confirmación de la terminación del contrato, pues si bien se conoce previamente la fecha en que se termina, la ley exige que mediante un preaviso se confirme la decisión de no renovarlo y se notifique a la otra parte.

Ley presume la renovación automática del contrato de trabajo, de suerte que si una de las partes no quiere renovarlo tendrá que notificarlo a la otra con 30 días antes de la expiración del plazo o duración del contrato.

Forma en que se debe hacer el preaviso.

Para que el preaviso tenga los efectos que debe tener debe ser claro, consisto y concreto, de manera que en él se exprese de forma inequívoca la decisión de no renovar un contrato o de terminarlo.

Así lo recuerda la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 49903 del 30 de mayo de 2019 con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverry Bueno:

«Ahora bien, por los especiales e importantes efectos que tiene la referida comunicación, es necesario que se exprese por escrito y, lo más importante, que contenga clara e inequívocamente la mencionada «...determinación de no prorrogar el contrato...», pues,



como ya se dijo, cualquier silencio, vacío o duda al respecto lo transforma la ley en una prórroga automática o tácita reconducción del vínculo laboral.»

Se le debe decir al trabajador que la empresa ha tomado la decisión de no prorrogar el contrato de trabajo una vez expire el plazo pactado.

Esta aclaración es importante porque algunos empleadores no son claros como en el caso abordado por la sentencia referida donde se hizo la siguiente comunicación:

«Me permito recordarle que el próximo 1 de mayo de 2006, vence su contrato de Trabajo suscrito con la Universidad.

Queda a consideración del Consejo Directivo y su consentimiento, cualquier eventual renovación.

Sea esta la oportunidad para agradecer los servicios prestados a la Institución.»

Del análisis de esa comunicación expresó la corte:

«Dicha comunicación, objetivamente analizada, no permite evidenciar que la institución demandada le hubiera manifestado al trabajador, de manera inequívoca, su intención de no prorrogar el contrato de trabajo, como lo determinó el Tribunal, de manera tal que dicha corporación incurrió efectivamente en los errores de hecho denunciados por la censura, al concluir que la Universidad había cumplido con el preaviso reglado en el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, de los términos claros y obvios de la comunicación se extrae un simple recordatorio de la empresa al trabajador, relativo a que el contrato de trabajo vencía el 1 de mayo de 2006, pero no se encuentra claramente expresada la decisión de darlo por terminado e impedir su



prórroga, sino que, contrario a ello, se alberga explícitamente la posibilidad de su renovación, por acuerdo con el Consejo Directivo.»

Para evitar interpretaciones el preaviso debe ser puntual: se le informa que finalizado el contrato no será renovado.

Preaviso por parte del empleador.

El preaviso para no renovar el contrato de trabajo a término fijo es relevante para el empleador, pues si el preaviso no se notifica con 30 días de anticipación el contrato se renueva automáticamente.

El artículo 46 del código sustantivo del trabajo señala lo siguiente en su primer numeral:

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

Si el empleador no notifica el preaviso para no prorrogar el contrato dentro de ese plazo, el contrato se renueva por ministerio de la ley por un periodo igual.

Así se contabiliza el preaviso de 30 días.

El preaviso se debe notificar como mínimo 30 días antes de que la fecha en que se termina el contrato. Si el preaviso se pasa 29 días antes no tendrá ningún efecto y el contrato se renovará automáticamente.

Por lo anterior es muy importante tener claro cómo se cuentan o computan esos 30 días. El preaviso se puede notificar con más de 30 días de



anticipación, pero nunca con menos.

Lo primero que se debe aclarar que se trata de 30 días calendarios o corridos como lo señala la Sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 54358 del 21 de noviembre de 2017 con ponencia del magistrado Rafal Brito Cuadrado:

«Ahora, en lo que se relaciona con los preavisos y demás situaciones que emergen del vínculo laboral, esta Sala de la Corte, de manera pacífica y reiterada, ha sostenido que los plazos de días que correspondan a la relación jurídica, incluyen todas las fechas del calendario, en la medida que esta es continuada y su desenvolvimiento no para con los festivos o feriados, los que no producen los efectos de suspensión o de terminación, dado que estos tan solo constituyen días de descanso obligatorio.»

En segundo lugar, el día en que vence el plazo no se debe tener en cuenta como lo señala la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 3613 del 28 de febrero de 1990:

«Para que se entienda efectiva y oportunamente preavisada la intención de no prorrogar el contrato y, por ende, legalmente fenece el vínculo, simplemente habrá de verificarse la respectiva manifestación escrita antes de que transcurran los 30 días previos al de la fecha en que vence el contrato. Luego, si el nexo subordinado, por consagración contractual, termina el primero de mayo, como aquí ocurre, para que no opere la tácita reconducción que consagra la norma citada, es menester que con exclusión de ese día, se contabilicen por lo menos treinta (30), contados desde aquel en que se cumpla el aviso.»

La misma corte en sentencia del 10 de junio de 2008 radicación 18078, dijo:

«Sí se cuentan los días entre la fecha en la que fue entregada la



comunicación de la no prorroga, y el día antes del vencimiento del plazo estipulado, se encuentra que en efecto, el preaviso se dio con treinta días de antelación, lo que abre paso a que se conceda la protección invocada por la parte actora, pues en realidad el Tribunal cometió un yerro patente al contabilizar como de un mes, el plazo de 30 días de que trata el artículo el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo en días, el cual se debe contabilizar en días, uno a uno.»

Es claro que los 30 días se cuentan hasta el día antes de vencer el término acordado para finalizar el contrato de trabajo.

El día en que se hace la notificación se cuenta como el primer día, y el día 3 será el día anterior al que vence el contrato.

Por ejemplo, si el contrato de trabajo finaliza el 20 de agosto, el día 19 de agosto debe ser el día 30 del plazo, de suerte que, si la notificación se realizó el 22 de julio, por ejemplo, a 19 de agosto habrán transcurrido sólo 29 días, por lo que no se cumple el término fijado por la norma para que no opere la renovación automática. La notificación se tendría que haber hecho el 21 de julio o antes pues con ello la antelación sería de 30 días o más.

Preaviso para terminar el contrato antes de finalizar su duración.

El preaviso al que se refiere el artículo 46 del código sustantivo del trabajo aplica para cuando no se quiere renovar el contrato una vez se termina.

Si el contrato está aún vigente y se quiere terminar por una justa causa o sin ella, ese preaviso no aplica.

Por ejemplo, en un contrato a tres años que el empleador quiere terminar a los dos años. En ese caso el preaviso aquí expuesto no procede sino el señalado por el artículo 62, que abordamos unas líneas adelante en la parte



que aborda la terminación del contrato a término indefinido.

Preaviso por parte del trabajador.

Cuando es el trabajador el que no quiere renovar el contrato de trabajo a término fijo una vez termine, en teoría también está obligado a notificar el preaviso al empleador con 30 días de anticipación.

Si el trabajador notifica el preaviso como dispone la ley el contrato se entiende renovado, lo que pasa es que la ley no contempla una consecuencia para el trabajador que decide no volver a trabajar una vez terminado el contrato sin preaviso o luego de renovarse automáticamente.

De manera que el trabajador puede no notificar ningún preaviso y aun así no renovar el contrato de trabajo sin consecuencias.

Preaviso en el contrato a término indefinido.

En el contrato de trabajo indefinido no está contemplado el preaviso porque no se requiere renovación.

En caso de terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador, este debe notificar un preaviso al trabajador en los términos del último inciso del literal A del artículo 62 del código sustantivo del trabajo:

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

Aquí aplican las mismas reglas de los 30 días, es decir que la terminación del contrato no se puede hacer efectiva hasta el día siguiente a luego de transcurridos los 15 días calendarios desde la notificación del preaviso, o, dicho de otro modo, 15 días contados desde el día siguiente a aquel en que



se notifica el preaviso.

Sin ese preaviso la terminación del contrato de trabajo por justa causa no tiene efectos.

Esto aplica tanto para el contrato a término fijo como indefinido, e incluso para el contrato de obra o labor.

Efectos o consecuencia de terminar el contrato sin preaviso.

Cuando existe la obligación del preaviso para terminar el contrato de trabajo o para no renovar un contrato a término fijo y no se hace, o se hace por fuera de término, la consecuencia es la renovación del contrato o la ineficacia del despido.

En consecuencia, si la terminación del contrato queda sin efectos por la ausencia del preaviso en debida forma, este sigue vigente y si aun así el empleador despidió al trabajador, estamos ante un despido injustificado y la consecuencia es el pago de la indemnización por despido.

Al respecto la sala laboral en la sentencia 49903 de 2019 ya citad señaló:

«Por otra parte, la comunicación del 28 de abril de 2006 (fol. 39), que sí es lo suficientemente concluyente y clara en torno a la decisión de la institución de dar por terminado el contrato de trabajo, se generó de manera extemporánea, tres días antes de la expiración del plazo fijo, cuando ya, por mandato legal, el vínculo se había prorrogado por un término igual al inicialmente pactado de 3 años, hasta el 1 de mayo de 2009.

Siendo lo anterior de esa manera, la terminación del contrato de trabajo ejecutada a partir del 1 de mayo de 2006 fue unilateral e injusta, pues no fue opuesta la ocurrencia de alguna de las justas



causas legales. Además, fue dispuesta antes del vencimiento del plazo fijo pactado y prorrogado automáticamente hasta el 1 de mayo de 2009, de donde se deriva la procedencia de la indemnización por despido injusto, en los términos previstos en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, equivalente al «...valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato...»

La consecuencia no es otra que pagar la indemnización por despido injustificado.

Casos particulares que se pueden presentar con el preaviso.

Se pueden presentar casos particulares relacionados con el preaviso para la no renovación del contrato de trabajo a término fijo que a continuación exponemos.

Preaviso en contratos a término fijo inferiores a un año.

En los contratos de trabajo a término fijo inferiores a un año también se debe notificar el preaviso para no renovarlo, excepto en los contratos cuya duración es de 30 días o menos como lo señala el artículo 1 del decreto 1127 de 1991:

«Los contratos de trabajo cuya duración sea igual o inferior a 30 días no requieren preaviso alguno para su terminación. No obstante, las partes, de común acuerdo, podrán pactar su prórroga en los términos previstos en el ordinal 2º del artículo 3º de la Ley 50 de 1990.»

Esto resulta apenas obvio puesto que, si el preaviso se debe notificar con 30



días de anticipación como mínimo, y el contrato tiene una duración de 30 días o menos, no habrá espacio en el tiempo para la notificación, y en algunos casos la notificación debería hacerse antes de iniciar el contrato de trabajo lo cual no tiene objeto alguno.

Para el caso de los contratos mayores a 30 días y menores a un año también se aplica el preaviso teniendo claro que la renovación automática número 4 debe ser de por lo menos un año como lo dispone el artículo 2 del decreto 1127 de 1991:

«Los contratos de trabajo cuya duración fuere superior a treinta (30) días e inferior a un (1) año se entenderán renovados por un término igual al inicialmente pactado, si antes de la fecha del vencimiento ninguna de las partes avisare por escrito a la otra la determinación de no prorrogarlo, con una antelación no inferior a treinta (30) días.

Estos contratos podrán prorrogarse hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.»

Lo anterior en concordancia con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 46 del código sustantivo del trabajo, que afirma que en el caso de contratos inferiores a un año sólo se puede renovar el contrato por el mismo periodo hasta 3 veces y a partir de la cuarta la renovación no puede ser por menos de un año.

Preaviso para terminar el contrato de trabajo de empleada en embarazo o lactancia.

Tratándose de un contrato de trabajo a término fijo que termina estando la trabajadora está embarazada o en licencia de maternidad, se debe notificar el preaviso dentro del término de 30 días ya explicado, pero el contrato no se podrá terminar hasta que finalice la licencia de maternidad.



Recordemos lo que dice la sala laboral de la Corte suprema por ejemplo en la sentencia 64622 del 12 de junio de 2019 con ponencia del magistrado Donal José Dix:

«En virtud de ello, advierte la Sala, que le asiste razón a la recurrente, en la medida que el colegiado en su pronunciamiento hizo abstracción respecto al tema puesto en consideración, como es la especial protección de la trabajadora en estado de embarazo, con independencia de la modalidad de contrato celebrado con su empleador, toda vez que construyó sus argumentos sobre la culminación de la obra para la cual había sido contratada la trabajadora y la notificación tardía de su estado de gestación al empleador, es decir descartó toda posibilidad relacionada con el fuero de maternidad, en línea con el pensamiento y la jurisprudencia actual de esta Corte en el ámbito de los contratos de trabajo a término fijo o por duración de la obra, el cual debe postergarse mientras dure el embarazo de la trabajadora y por el término de la licencia de maternidad postparto; culminado este lapso, si la intención del empleador es no prorrogar el vínculo, debe fenercer sin formalidades adicionales.»

El contrato de trabajo a término fijo no puede ser terminado hasta que la trabajadora termine su licencia de maternidad, pero siempre que la notificación del preaviso se haya hecho correctamente, pues si ese no es el caso el contrato se habrá renovado por un periodo igual.

Preaviso en contrato de trabajo con profesores o docentes.

Los profesores o docentes vinculados por el periodo académicos tienen un contrato a término fijo especial que no está regulado por el artículo 46 sino



por el 101, por tanto, no les aplica el preaviso para la no renovación del contrato.

En ese sentido se ha pronunciado la sala laboral de la Corte suprema de justicia en múltiples oportunidades, y en una de ellas, en la sentencia 47494 del primero de agosto de 2018 con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos, señaló:

«Al margen de que el cargo fue presentado por la vía directa, de aceptarse que la parte actora apeló para el reconocimiento de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo a término fijo de un año, bajo el supuesto que había operado la prórroga automática, es de advertir por la Sala que esta clase de contrato no prevé el preaviso o el desahucio, de manera que el contrato finaliza por su propia virtud, sin que opere la prórroga automática.»

Si el docente no se contrató por periodos académicos sino por un contrato a término fijo común y corriente, entonces sí hay lugar al preaviso.

Preaviso en el contrato de trabajo de obra o labor.

El contrato de trabajo por la duración de la obra o labor no requiere de preaviso para su terminación en vista a que en este contrato no admite prórrogas ni renovaciones, lo que hace innecesario el preaviso.

El preaviso lo contempla el artículo 46 del código sustantivo del trabajo y en el nada se regula del contrato de obra o labor, sino del contrato a término fijo como tal.

En el contrato de trabajo por obra o labor se sabe que al terminar la obra se termina el contrato, pero generalmente no se conoce con precisión cuándo se acabará la obra, lo que hace imposible una fecha cierta para cualquier



notificación.

El preaviso se instituyó exclusivamente para el contrato de trabajo a término fijo, pues la simple expiración del plazo no da lugar a su terminación, y ese no es el caso del contrato de obra o labor, que puede no tener ninguna posibilidad material de renovación toda vez que el objeto del contrato desaparece al terminarse la obra contratada.

Sustitución de empleadores.

Otra de las circunstancias que preocupa tanto a trabajadores como a empleadores es lo que sucede con el contrato de trabajo cuando hay cambio de empleador.

Se puede dar el caso por ejemplo en que un comerciante que tiene un almacén con 5 empleados, decide venderlo. En este caso ese almacén que es un establecimiento de comercio pasará en su totalidad a ser propiedad del comprador, incluyendo derechos y obligaciones, y naturalmente que incluyendo a los empleados.

Al respecto dice el Código Sustantivo del Trabajo:

«Art. 67. - Definición. Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.

Art. 68.- Mantenimiento del contrato del trabajo. La sola sustitución de patronos no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes».

La sustitución de patronos consiste en el cambio de dueño de los establecimientos, negocios o empresas, y no altera, termina ni modifica los



contratos de trabajo vigentes al momento de producirse el cambio o sustitución del empleador.

La sustitución de patronos no tiene efecto alguno en los contratos de trabajo firmados con el antiguo empleador, por tanto, estos seguirán teniendo plena vigencia y aplicación.

La sustitución de patronos no implica la terminación ni la suspensión del contrato de trabajo.

Efectos jurídicos de la sustitución de empleador.

La sustitución de patronos o sustitución de empleador tiene la virtualidad de no alterar ni modificar los contratos de trabajo vigentes al momento de producirse el cambio o sustitución de patrón (empleador) según lo establece el artículo 68 del código sustantivo del trabajo.

Como ya vimos, el cambio de dueño o propietario del negocio o empresa conlleva a que exista una sustitución de patronos, pero no por ello se deben modificar los contratos de trabajos firmados por el empleador sustituido.

En consecuencia, la sustitución de patronos no tiene efecto alguno en los contratos de trabajo firmados con el antiguo empleador, por tanto, estos seguirán teniendo plena vigencia y aplicación como si no hubiera existido la sustitución patronal.

Ante el cambio de dueño de un negocio, los contratos de trabajo firmados con sus trabajadores no se pueden terminar, ni suspender, ni modificar, a no ser que exista un acuerdo expreso entre el nuevo dueño y los trabajadores



Requisitos para que opere la sustitución de empleador.

Ha considerado la jurisprudencia que para que exista la sustitución de patronos se deben cumplir tres elementos a saber:

1. Cambio de patrono o dueño del negocio, lo cual puede suceder por cualquiera de las causas ya expuestas.
2. Continuidad de la empresa o del negocio. Esto es que la empresa, establecimiento o negocio siga en funcionamiento.
3. Que el empleado continúe prestando el servicio en la empresa.

Equivocadamente se ha creído, por ejemplo, que cuando una persona natural va a vender un almacén de su propiedad, puede despedir a todos los empleados con el argumento que va a vender el almacén, o que van a crear una sociedad limitada o anónima con ese almacén, algo que no está permitido por la ley.

Los contratos de trabajo mientras estén vigentes permanecen invariables frente a las acciones y decisiones que tome el dueño del negocio o empresa.

Si al momento de vender un establecimiento de comercio el empleador decide despedir a sus empleados deberá pagarles la respectiva indemnización por despido injustificado, puesto que el cambio de dueño no es una causa justa para la terminación del contrato de trabajo.

En el caso que el empleador, antes de enajenar su establecimiento o empresa, decida liquidar el contrato de trabajo, y los trabajadores decidan firmar un nuevo contrato de trabajo con el nuevo dueño del negocio o empresa, ya no se podrá alegar la sustitución de patronos, puesto que legalmente se terminó todo vínculo laboral con el antiguo dueño, y se ha iniciado un nuevo vínculo con el nuevo dueño.

De otra parte, el artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo contempla que:



«*Responsabilidad de los patronos.* 1. *El antiguo y el nuevo patrono responden solidariamente de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél, pero si el nuevo patrono las satisficiere, puede repetir contra el antiguo.*

2. *El nuevo patrono responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución.*

3. *En los casos de jubilación, cuyo derecho haya nacido con anterioridad a la sustitución, las pensiones mensuales que sean exigibles con posterioridad a esa sustitución deben ser cubiertas por el nuevo patrono, pero este puede repetir contra el antiguo.*

4. *El antiguo patrono puede acordar con todos o cada uno de sus trabajadores el pago definitivo de sus cesantías por todo el tiempo servido hasta el momento de la sustitución, como si se tratara de retiro voluntario, sin que se entienda terminado el contrato de trabajo.*

5. *Si no se celebrare el acuerdo antedicho, el antiguo patrono debe entregar al nuevo el valor total de las cesantías en la cuantía en que esta obligación fuere exigible suponiendo que los respectivos contratos hubieren de extinguirse por retiro voluntario en la fecha de la sustitución, y de aquí en adelante queda a cargo exclusivo del nuevo patrono el pago de las cesantías que se vayan causando, aun cuando el antiguo patrono no cumpla con la obligación que se le impone en este inciso.*

6. *El nuevo patrono puede acordar con todos o cada uno de los trabajadores el pago definitivo de sus cesantías, por todo el tiempo servido hasta el momento de la sustitución, en la misma forma y con los mismos efectos de que trata el inciso 4 del presente artículo».*



En consecuencia, el nuevo patrono o empleador deberá responder por todo lo que se le adeude al trabajador, aunque correspondan a obligaciones propias del antiguo empleador, con la posibilidad, claro está, de repetir contra el antiguo empleador.

Esto debido a que, al comprar un establecimiento de comercio o una empresa, se adquiere el conjunto de bienes y obligaciones, y entre las obligaciones están incluidas las laborales.

La sustitución de empleadores no implica liquidar el contrato de trabajo ni algunos de sus conceptos.

La sustitución de empleadores no da lugar a la terminación del contrato de trabajo por justa causa, por lo que no hay lugar a liquidarlo, o a liquidar algunos de los conceptos derivados de él como vacaciones, prestaciones sociales, etc.

Por ejemplo, cuando una persona natural vende su establecimiento de comercio o almacén, los empleados que trabajan allí no pueden ser despedidos por justa causa, ni por el que vende ni por el que compra. Cualquier despido se tornará injusto y habrá lugar al pago de la respectiva indemnización.

Tampoco hay lugar a que al momento de la venta se liquiden algunos conceptos como vacaciones, cesantías o prima de servicios. El contrato de trabajo sigue su curso inalterado y las liquidaciones se harán como de costumbre debido a que lo único que ha cambiado es el nombre del empleador.

Es lógico que al momento de la venta del establecimiento de comercio se han causado unas obligaciones laborales que hacen parte del pasivo del establecimiento de comercio que debe ser asumido por el nuevo propietario, y eso hay que negociarlo, es decir que dicho pasivo debe ser



considerado a la hora de valorar el negocio que se compra. Cuando se compra un establecimiento de comercio o una empresa se negocian activos y pasivos, y tratándose de pasivos laborales, esto seguirán su curso normal.

No es correcto que el nuevo dueño diga a sus empleados que los conceptos laborales causados antes de comprar deben reclamarlos al dueño anterior, ni es correcto que el anterior dueño liquide dichos conceptos antes de entregar el establecimiento de comercio. Esos conceptos, esos pasivos deben ser negociados entre comprador y vendedor y no involucrar a los trabajadores.

Es probable que entre comprador y vendedor acuerden que el vendedor debe responder por los pasivos laborales causados a la fecha de la operación de compraventa, pero será un asunto que deben arreglar entre ellos. Claro que hay conceptos que se pueden pagar sin problemas como salarios atrasados, vacaciones y hasta la prima de servicios, pero no las cesantías, pues estas tienen una regulación especial que impide su pago parcial o directamente al trabajador a excepción de algunos casos muy especiales, entre los cuales no está el de la sustitución patronal.

Es cierto que el artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo dice que:

«El antiguo y el nuevo patrono responden solidariamente de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél, pero si el nuevo patrono las satisfiere, puede repetir contra el antiguo».

Pero ello no implica que necesariamente se deba hacer un corte y liquidación para iniciar desde cero, puesto que se insiste, el nuevo empleador compra activos y pasivos, los pasivos laborales.

Ahora, si el vendedor del negocio no informa al comprador de que tiene pasivos laborales, no por ello el nuevo dueño puede dejar de cumplir con tales obligaciones, pues el mismo artículo 69 dice claramente que tanto el



primero como el segundo son solidariamente responsables por las obligaciones laborales causadas antes de la sustitución.

¿En la sustitución patronal se debe o puede realizar nuevamente una selección de personal con quienes han estado trabajando?

Es común preguntarse si al producirse la sustitución patronal el nuevo empleador debe o puede realizar un nuevo proceso de selección de personal con quienes han estado trabajando con el anterior empleador, y la respuesta corta es que sí.

Aunque no le esté prohibido al nuevo empleador realizar un proceso de selección para decir qué empleados se quedan y cuales se van, los que no superen el proceso de selección y sean desvinculados de la empresa por ello, tendrán que ser indemnizados, pues no se configura allí una justa causa para la terminación del contrato de trabajo.

Es claro que la sustitución de patrones no da lugar a la terminación del contrato de trabajo, de modo que el nuevo empleador debe mantener los contratos con las mismas condiciones, y para darlos por terminado sin mediar justa causa, habrá lugar al pago de la respectiva indemnización.

Es razonable que una empresa en un caso de sustitución patronal quiera reestructurar su planta de personal, ya sea para reducirla o simplemente para quedarse sólo con los mejores empleados según el criterio del nuevo propietario de la empresa, lo cual, por supuesto, no está prohibido por la ley, pero en ningún momento ello se puede convertir en una justa causa para despedir a los trabajadores que no cumplan los estándares implementados por el nuevo empleador.

Sin embargo, en un futuro y con base a esos nuevos criterios, estándares y



procesos implementados por el nuevo empleador, puede eventualmente suceder que se configure la causal de despido justo contemplada por el numeral 9 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, que trata sobre el rendimiento deficiente del empleado, que de probarse objetivamente podría dar lugar a su despido justificado, pero tal situación no será causa directa de la sustitución patronal sino de una evaluación objetiva del desempeño de cada trabajador, evaluación que cualquier empleador puede hacer, incluso el anterior empleador antes de que sucediera la sustitución patronal.

Consecuencias de terminar un contrato de trabajo en la sustitución de empleador.

Equivocadamente se ha creído, por ejemplo, que cuando una persona natural va a vender un almacén de su propiedad, puede despedir a todos los empleados con el argumento que va a vender el almacén, o que van a crear una sociedad limitada o anónima con ese almacén, algo que no está permitido por la ley.

Los contratos de trabajo, mientras estén vigentes permanecen invariables frente a las acciones y decisiones que tome el dueño del negocio o empresa.

Si al momento de vender un establecimiento de comercio, el empleador decide despedir a sus empleados, deberá pagarle la respectiva indemnización por despido injustificado, puesto que el cambio de dueño o de empleador no es una causa justa para la terminación del contrato de trabajo.

En el caso que el empleador antes de enajenar su establecimiento o empresa decida liquidar el contrato de trabajo, y los trabajadores decidan firmar un nuevo contrato de trabajo con el nuevo dueño del negocio o empresa, ya no se podrá alegar la sustitución de patronos, puesto que legalmente se



terminó todo vínculo laboral con el antiguo dueño, y se ha iniciado un nuevo vínculo con el nuevo dueño, es decir que, si hay nuevos contratos de por medio, no hay sustitución patronal.

El nuevo dueño responderá por lo que el anterior dueño haga.

Por otro lado, contempla el artículo 69 del código sustantivo del trabajo que contempla la responsabilidad solidaria del nuevo dueño para con los trabajadores vinculados por el anterior dueño.

De manera que, si el empleador que vende el negocio despidió a los trabajadores y no les paga, estos pueden demandar el nuevo empleador quien tendrá que pagar las deudas del anterior por cuanto así lo dispone expresamente la ley.

Cesión del contrato y la sustitución patronal.

Algunas personas para evitar la sustitución patronal recurren a la figura de la cesión del contrato, donde el que firmó como empleador cede a otro su papel de empleador, figura que no es recomendable porque en nada cambia la sustitución patronal.

La cesión del contrato de trabajo es absolutamente innecesaria, porque esta opera por ministerio de la ley ante la sustitución de patronos, donde por el simple hecho de cambio de dueño se asume que el nuevo dueño pasa a ser el empleador.

Ahora, si se utiliza la figura de la cesión del contrato con la intención de desmejorar los derechos del trabajador, es una acción irregular que pueden llevar a un despido indirecto.

Ceder el contrato y aprovechar para hacer firmar una modificación de los



contratos que desmejoren las condiciones el trabajador, puede dar lugar a que este renuncie por una justa razón imputable al empleador.

Cómo despedir un trabajador cuando hay sustitución de patronos.

Cuando una persona compra un negocio o establecimiento de comercio se produce el fenómeno denominado sustitución de patronos respecto a los empleados que laboran en el establecimiento de comercio comprado, y se suele preguntar cómo se puede despedir a estos trabajadores.

La sustitución de patronos no implica la terminación de los contratos de trabajo, de modo que estos siguen vigentes en su totalidad y el nuevo patrono asume todas las obligaciones pactadas en dichos contratos. Simplemente cambia el empleador y lo demás sigue inmutable.

En consecuencia, no es posible despedir al empleado legalmente en ocasión a la sustitución patronal. Si el nuevo propietario quiere prescindir de los empleados puede despedirlos, pero en tal situación deberá pagar la respectiva indemnización por despido injustificado.

Si el nuevo dueño considera que los empleados no se ajustan a sus requerimientos (algo que sucede regularmente), eventualmente podrá motivar algún despido justificado con base a justas causas en que incurra el empleado (rendimiento deficiente, por ejemplo), pero esas justas causas tendrán que ser probadas y deben suceder luego del cambio de propietario, puesto que resulta difícil alegar una justa causa sucedida tiempo atrás cuando el establecimiento de comercio no era suyo aún.

Una de las principales razones por las que el nuevo dueño suele querer el cambio de empleados, es porque quiere incorporar personal de su confianza o familiares, práctica muy común en pequeños negocios, pero nada de eso es razón suficiente para despedir a los antiguos trabajadores. Para



despedirlos habrá que recurrir a cualquiera de las causas contempladas por el artículo 62 del código sustantivo del trabajo en su literal A, o en su defecto pagar la indemnización por despido injustificado.

Trasladar empleados entre empresa del mismo dueño no implica sustitución patronal.

Cuando una misma persona tiene varias empresas o negocios, suele trasladar a los trabajadores de una a otra, y esa práctica no constituyen o no configura la sustitución patronal.

Vamos a suponer las empresas A y B que pertenecen a los mismos dueños (X y Y), y los empleados de una son trasladados a la otra.

El artículo 67 del código sustantivo del trabajo define la sustitución de patronos como el hecho de cambiar a un empleador por otro, por cualquier causa y siempre que se mantenga la identidad del establecimiento.

Cuando se habla de dos empresas distintas del mismo dueño, estamos hablando de dos personas jurídicas diferentes, y jurídicamente una empresa es diferente a sus dueños, y en este caso el trabajador ha firmado el contrato de trabajo con la empresa y no con sus dueños, por lo que, en el presente supuesto, en nuestro criterio no se configura la sustitución patronal. Lo que hay es un cambio de empresa, lo que, por supuesto implica cambio de empleador, pero no por ello hay sustitución patronal.

La sustitución patronal se da cuando no se cambia de empresa, sino cuando la empresa cambia de dueño.

Ahora, si las empresas no están constituidas como personas jurídicas, sino que son establecimientos de comercio del mismo dueño, la situación no es distinta puesto que el contrato de trabajo se firma con la persona natural, y el hecho de cambiar al trabajador de empresa o establecimiento de



comercio, no cambia el empleador, pues este sigue siendo la persona natural con quien se firmó el contrato de trabajo.

No puede haber periodo de prueba en la sustitución patronal.

Cuando se presenta la sustitución patronal no hay lugar al periodo de prueba con el nuevo empleador.

El periodo de prueba es válido al inicio del contrato, y como en la sustitución patronal no hay un nuevo contrato, no puede existir un nuevo periodo de prueba.

Es entendible que el empleado nuevo pretende implementar nuevos estándares y nuevas prácticas laborales, pero ello no lo faculta para exigir un periodo de prueba.

El nuevo empleador podrá hacer una especie de selección de personal o periodo de prueba, pero sin los efectos de estos, es decir, si no está satisfecho en el rendimiento de algunos trabajadores podrá despedirlos, pero indemnizándolos.

Cesantías en la sustitución patronal.

Cuando sucede la sustitución de empleadores o patronal, el trabajador queda habilitado para retirar sus cesantías del fondo respectivo.

Así lo señala el inciso primero del artículo 2.2.1.3.17 del decreto 1072 del 2015:

«En caso de sustitución del empleador, el trabajador podrá retirar el auxilio de cesantía causado hasta la fecha de la sustitución, de acuerdo con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 69 del Código



Sustantivo del Trabajo. Para tal efecto, el trabajador deberá presentar la solicitud correspondiente ante el Fondo de Cesantías al cual esté afiliado o, al Fondo Nacional del Ahorro, acompañado del acuerdo suscrito entre el trabajador y el antiguo o el nuevo empleador, según el caso. En el caso de las cesantías causadas en poder del empleador, estas deberán ser pagadas al trabajador en los términos del acuerdo.»

Los numerales del artículo 69 referidos en la norma reglamentaria señalan que:

- El antiguo empleador puede acordar con todos o con cada uno de sus trabajadores el pago definitivo de sus cesantías por todo el tiempo servido hasta el momento de la sustitución, como si se tratara de retiro voluntario, sin que se entienda terminado el contrato de trabajo.
- El nuevo empleador puede acordar con todos o cada uno de los trabajadores el pago definitivo de sus cesantías, por todo tiempo servido hasta el momento de la sustitución, en la misma forma y con los mismos efectos de que trata el inciso 4o. del presente artículo.

Es decir que, para poder retirar las cesantías del fondo, es preciso que exista el mencionado acuerdo, que deberá ser presentado ante el fondo de cesantías.

Las cesantías causadas que aún no han sido consignadas en el fondo, como cuando la sustitución de empleador se lleva a cabo a mitad de año, pueden ser pagadas directamente al trabajador, ya sea por el antiguo empleador o por el nuevo, según lo que se haya acordado.

Terminación del contrato de trabajo sin justa causa

El contrato de trabajo puede ser terminado sin justa causa. Si la terminación del contrato de trabajo sin justa causa es realizada por la empresa, esta



deberá pagar una indemnización al trabajador según lo estipulado por el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.

En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de



servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.

1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

Parágrafo Transitorio. Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente Ley, tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, se les aplicará la tabla de indemnización establecida en los literales b), c) y d) del artículo 6 de la Ley 50 de 1990, exceptuando el parágrafo transitorio, el cual se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez (10) o más años el primero de enero de 1991».

La terminación del contrato de trabajo puede ser realizada en cualquier momento por parte de la empresa, y de no mediar una justa causa, se indemnizará al trabajador según la ley.

Requisitos para despedir al trabajador sin justa causa.

El contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades, que, al ser consensual, la parte que no deseé continuar con el contrato puede darlo por terminado.

Por regla general el trabajador puede ser despedido sin que exista una razón para ello, y lo único que debe hacer el empleador es pagar la respectiva



indemnización por despido injustificado, que se desarrolla ampliamente en el siguiente artículo.

Al respecto dice el inciso segundo del artículo 64 del código sustantivo del trabajo:

«En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan: (...)»

En estas condiciones, lo único que debe hacer el empleador es pagar la indemnización establecida por la ley y el vínculo laboral queda roto definitivamente, y legalmente.

Casos en que el despido injusto es imposible.

Si bien el empleador tiene libertad para despedir a cualquier trabajador en cualquier momento sin necesidad de justificar su decisión, **hay casos en que no le está permitido hacerlo**.

Como ya lo señalamos, es el caso de los trabajadores que gozan de la protección especial provista por la estabilidad laboral reforzada, tema desarrollado en el siguiente artículo.

En estos trabajadores es imposible despedirlos si no existe una justa causa, pues la ley los protege de forma especial lo que impide que el empleador pueda desvincularlos sin que existe una justa causa objetiva.

Esa imposibilidad de despedir al trabajador se mantiene incluso si se paga la indemnización por despido injustificado, **de manera que el pago de la indemnización no libera al empleador de la obligación que le impone la ley de mantener vigente el contrato de trabajo**.



La única posibilidad de despedir para despedir a estos trabajadores es que exista una justa causa, y, aun así, es obligatorio pedir autorización al ministerio del trabajo para despedirlo.

Indemnizaciones por terminación de contrato sin justa causa.

Cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato de trabajo cuando bien lo prefieran, pero si el contrato de trabajo es terminado por parte del empleador sin que medie una justa causa para ello, deberá pagar al trabajador la indemnización correspondiente.

La indemnización dependerá de la duración del contrato y del tiempo que se lleve laborando si se trata de un contrato a término indefinido.

La regulación de la indemnización por despido injustificado está en el artículo 64 del código sustantivo del trabajo.

Seguidamente exponemos los diferentes casos que se pueden presentar.

Indemnización en el contrato a término fijo.

La norma señala que la indemnización en los contratos a término fijo equivale a todos los salarios correspondientes al tiempo que falte para terminar el contrato.

Dice el artículo 64 del código sustantivo de trabajo en lo pertinente:

«En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato...»

Significa lo anterior que, si el contrato de trabajo es a 3 años y el trabajador es despedido trascurridos dos años, la indemnización es igual al salario que



el trabajador hubiera devengado en el año que faltó para terminar el contrato.

Supóngase un trabajador con el que se firmó un contrato de trabajo por 12 meses con un salario de \$2.000.000 mensuales. El trabajador fue despedido sin justa causa al completar 8 meses de trabajo.

La indemnización será el equivalente a los salarios que faltaban hasta la terminación del contrato.

- Duración del contrato: 12 meses.
- Tiempo laborado: 8 meses.
- Tiempo faltante: 4 meses.
- Salario: 2.000.000.
- Luego, la indemnización será de \$8.000.000.

Indemnización en el contrato a término indefinido.

Cuando el trabajador despedido injustamente está vinculado mediante un contrato a término indefinido, la indemnización dependerá de si el salario del trabajador es inferior a 10 salarios mínimos o iguala o supera esa cifra.

Indemnización cuando el salario es inferior a 10 salarios mínimos.

Dice el artículo 64 del código sustantivo del trabajo en la parte que nos interesa:

«Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30)



básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;»

Para salarios inferiores a 10 salarios mínimos la indemnización es de 30 días de salario por el primer año laborado, más 20 días de salario por cada año adicional al primero y proporcionalmente por fracción de año.

Ejemplo: El 01 de julio de 2010 se firmó un contrato a término indefinido pactando un sueldo de \$1.500.000 mensuales. El día 31 de diciembre de 2012 el trabajador es despedido sin justa causa.

Fecha de inicio del contrato: Julio 01 de 2010.

Fecha terminación del contrato: diciembre 31 de 2012.

Tiempo laborado: 30 meses (2,5 años).

Indemnización:

Por el primer año le corresponderán 30 días.

Por el segundo año le corresponderán 20 días.

Por la fracción del tercer año le corresponderán 10 días.

En total la indemnización será equivalente a 60 días de salario.

Ahora hallar el valor del día: $1.500.000 / 30 = 50.000$.

Luego el monto de la indemnización será:

$50.000 \times 60 = 3.000.000$.

Indemnización cuando el salario es igual o superior a 10 mínimos

Dice el artículo 64 del código sustantivo del trabajo en su parte pertinente:

«Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.



1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.»

En este caso el monto de la indemnización es menor en días, puesto que sólo son 20 días por el primer año y 15 días por cada año y proporcional a fracción de año:

Ejemplo: El 01 de enero del 2012 se firmó un contrato cuya remuneración mensual es de \$6.000.000. El trabajador es despedido sin justa causa el 31 agosto de 2022.

- Fecha de inicio del contrato: enero 01 del 2012
- Fecha de finalización del contrato: agosto 31 2022.
- Tiempo laborado: 104 meses (8.66 años).

Como el sueldo del trabajador supera los 10 salarios mínimos del 2008, le corresponderá 20 días por el primer año y 15 días por año adicional o proporcional por fracción.

- Año 1: 20
- Año 2: 15
- Año 3: 15
- Año 4: 15
- Año 5: 15
- Año 6: 15
- Año 7: 15
- Año 8: 15
- Año 9: 10
- Total: 135.



- Valor del día: $6.000.000/30: 200.000$.

Luego, la indemnización será de: $200.000 \times 135 = \$27.000.000$.

Para efectos de calcular la indemnización por despido injustificado se tiene en cuenta únicamente el salario, sin incluir las prestaciones sociales y menos la seguridad social ni los aportes parafiscales. Esto con fundamento en el mismo artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo que ha dicho que la indemnización se determinará con respecto al salario y este no comprende prestaciones ni demás valores que no tienen como finalidad remunerar el trabajo del empleado.

El trabajador puede tener derecho al pago de la indemnización moratoria, al pago de intereses moratorios y a la indexación de las sumas debidas, observando las incompatibilidades entre estos conceptos.

Indemnización en el contrato de obra o labor.

En el contrato de obra o labor, o por destajo como también se le conoce, cuando se termina sin justa causa también hay lugar a la respectiva indemnización.

La indemnización en el contrato de labor cuando el trabajador es despedido sin justa causa es similar a la indemnización en un contrato a término fijo.

La razón es que el contrato de obra o labor es una forma de contrato a término fijo, puesto que desde que se inicia el contrato se sabe a ciencia cierta que este terminará cuando se termine la obra o labor contratada.

Al respecto contempla el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo:

«(...) En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de



la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días (...)).

En ese sentido, la indemnización será igual al valor de lo que falte por terminar la obra o labor.

Por ejemplo, si el trabajador fue contratado para que construyera 10 casas de una urbanización y fue despedido sin justa causa cuando apenas había construido 6 casas, la indemnización será igual a lo que el trabajador hubiera ganado si hubiera construido todas las casas, es decir, el equivalente a 4 casas, para lo cual se tendrá que computar el tiempo necesario para ello.

Aunque la norma habla de lapso de tiempo faltante para terminar la obra o labor contratada, ese lapso de tiempo se tendrá que determinar en función del avance de la obra hasta al momento del despido del trabajador, por cuanto un contrato de labor no se mide por días sino por la duración de la obra, obra que puede durar más o menos tiempo dependiendo de muchas circunstancias, y ese tiempo no se puede determinar hasta tanto no se culmine la obra, y si esta no se termina, se determinará tomando como base lo realizado hasta el momento del despido.

En cualquier caso, liquidada la indemnización esta no podrá ser inferior a 15 días.

Indemnización en el contrato de trabajo ocasional o transitorio.

La indemnización en este tipo de contrato es igual que en el contrato de trabajo a término fijo, por cuanto su duración es definida, que no puede ser superior a un mes según dispone el artículo 6 del código sustantivo del trabajo.

En consecuencia, si un trabajador es vinculado por 20 días y lo despiden sin



justa causa en el día 10, la indemnización será igual al salario de los 10 días que faltaron para terminar el contrato.

Monto de la indemnización cuando no se renueva un contrato de trabajo sin haberse notificado previamente al trabajador.

¿Cuál es el monto de la indemnización que se debe pagar a un trabajador al que no se le notificó la intención de no renovarle el contrato con 30 días de anticipación como ordena la ley?

Recordemos que respecto a la renovación del contrato de trabajo a término fijo dice el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo:

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

Lo que la norma deja en claro es que, si no se notifica al trabajador en los términos señalados por ella, el contrato se entiende renovado por un período igual. Es decir que, si por ejemplo el contrato era a un año, se renovará durante un año más.

Ahora bien, estando el empleador obligado a renovar el contrato de trabajo por un año más debido a la falta de notificación, y no lo hace, esta decisión se debe interpretar como un despido ilegal, puesto que la ley de forma automática consideró la renovación del contrato; el trabajador accedió al derecho de ser contratado por un año más, y no contratarlo, es asimilable a un despido, puesto que se está privando al trabajador de un derecho ya adquirido.



Así las cosas, si el empleador decide no renovar el contrato teniendo la obligación de hacerlo, será preciso aplicar lo que dice el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo respecto a la indemnización por despido injustificado en el contrato de trabajo a término fijo:

«(...) En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si este da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días».

En consecuencia, el empleador deberá pagar como indemnización un año de salarios, considerando que el contrato no renovado debería tener una duración de un año, según el ejemplo inicial.

Indemnización por despido injustificado cuando se tiene un salario variable.

La ley guardó silencio sobre este tema en específico, ya que al considerar en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo la indemnización por despido sin justa causa se refirió simplemente a salario, y no se precisó nada en especial para los casos en que el salario es variable, como en efecto lo hace la ley en otros aspectos.

En consecuencia, la doctrina ha considerado que tratándose de un salario variable habrá necesidad de promediar el salario del último año, o del tiempo que el trabajador lleve laborando si es un período inferior a un año.



Es evidente que cuando el salario es variable y como consecuencia de ello lo devengado por el trabajador en cada mes es diferente, la forma más equitativa y justa es determinar un promedio sobre los ingresos pasados obtenidos por el trabajador y en función de ello suponer unos ingresos futuros similares, de modo que la indemnización responda a esa expectativa.

El promedio de salario es un método que no perjudica ni al trabajador ni al empleador, ya que, si se tomara el último sueldo devengado por el empleado, si este fuera elevado, el perjudicado sería el empleador, pero si este fuera bajo el perjudicado sería el trabajador, riesgo que se elimina promediando los ingresos.

Base para liquidar la indemnización por despido sin justa causa.

La indemnización por despido injustificado se calcula sobre el salario que tenga el trabajador, pues así lo señala expresamente el artículo 64 del código sustantivo del trabajo.

En todos los casos señalados en dicho artículo, el legislador utilizó el término salario, de modo que es sobre este concepto que se liquida la indemnización.

En consecuencia, no se incluyen las prestaciones sociales, ni trabajo extra, dominical ni festivo. Algunos doctrinantes consideran que cuando el salario es variable es justo promediar el salario para determinar una base equilibrada, pero la ley nada dice al respecto.

Pago de la indemnización por despido injustificado.

La ley no confiere ningún plazo para pagar al trabajador lo que se le adeuda una vez se termina el contrato de trabajo.

Significa esto que el mismo día en que se termina el contrato se deben



liquidar todos los conceptos a que tiene derecho el trabajador, incluyendo la indemnización por despido injustificado, y se debe pagar todo, pues de no hacer ese pago a la terminación del contrato, se debe indemnizar al trabajador por esa mora o falta de pago oportuno.

Desafortunadamente esa indemnización no la paga ningún empleador, y sólo es posible cobrarla si un juez condena al empleador a que la pague, y esa condena se impone sólo si el juez encuentra probada la mala fe del empleador.

El trabajador debe probar que fue despedido.

Si el trabajador alega que fue despedido por el empleador, debe probar que en efecto el empleador fue quien lo despidió, que fue quien tomó la decisión de terminar el contrato de trabajo.

Aunque esto parezca sobreentendido, no siempre es así, puesto que hay casos en que el trabajador no puede probar que fue despedido, y en consecuencia menos puede probar que fue un despido injusto, por tanto, **siempre que se alegue un despido, la carga de la prueba recae sobre el trabajador.**

Sucede por ejemplo cuando el trabajador es despedido verbalmente. ¿Cómo podrá probarlo? Seguramente el empleador alegará que fue el trabajador quien renunció, quien no volvió a trabajo, o mejor, que el trabajador abandonó su cargo, y en tal circunstancia le resultará muy difícil al trabajador probar el despido, pues, al fin y al cabo, un día el trabajador no volvió a trabajar y no hay forma de conocer la razón de su ausencia, de probar la causa.



Sobre la carga de la prueba en un despido, ha dicho la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 42544 del 28 de mayo de 2014, con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

«Aunque lo anterior es suficiente para desestimar el cargo, la Sala precisa que el Tribunal en momento alguno le dio un alcance equivocado al artículo 64 del C.S.T., en tanto la causa eficiente por la cual el sentenciador de alzada absolvió a la demandada de la indemnización por terminación del vínculo laboral, no fue la interpretación de la citada preceptiva, sino el hecho de no encontrar probado el despido, carga procesal que a la luz del artículo 177 del C.P.C., le correspondía al demandante, tal y como lo ha repetido esta Sala de la Corte al precisar que en materia de despidos, sobre el trabajador gravita la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a éste, si es que anhela el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el mismo se basó en las causas esgrimidas por él, al momento de dar por terminado el vínculo laboral.»

Siendo así el asunto, **el trabajador no puede retirarse del trabajo hasta tanto no medie una carta de despido**, carta que debe estar firmada por el empleador o por su representante, porque esa carta de despido será la prueba de que en efecto fue despedido.

Si el empleador lleno de irá le dice: vágase y no regrese a trabajar porque está despedido, no le haga caso, espere a que se le notifique por escrito el despido.



Las consecuencias del despido injusto son diferentes a las consecuencias del despido ilegal.

Las consecuencias del despido injustificado por lo general suelen ser diferentes a las consecuencias del despido ilegal, por cuanto las primeras suponen el pago de una indemnización y las segundas el reintegro del trabajador, aunque corresponde al juez decidir por una de ellas.

Un contrato de trabajo puede ser terminado en cualquier momento de forma unilateral por cualquiera de las partes, haya o no una justa causa para ello.

Por supuesto que el empleador tiene la libertad para despedir a cualquier trabajador que no quiera tener en su empresa, y si no hay una justa causa para el despido, puede aun así despedirlo, pero en tal situación se tratará de un despido injustificado, y la consecuencia de ello será el pago de la indemnización contemplada por el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Pero si bien el empleador tiene libertad para despedir a un trabajador así sea sin justa causa, hay casos específicos en que la ley se lo prohíbe, y cuando el empleador despidió a un trabajador que la ley ha protegido especialmente, estamos ante un despido ilegal.

Ese el caso de los trabajadores que sufren alguna discapacidad, de las mujeres en estado de embarazo o con fuero maternal, o el caso de los trabajadores con fuero sindical.

La ley prohíbe despedir a estos trabajadores aun cuando exista una justa causa, a no ser que se medie autorización del inspector de trabajo o de quien haga sus veces.

Cuando un trabajador ha sido despedido ilegalmente, la consecuencia de ello es la obligación del empleador de reintegrarlo y pagar todos los salarios y demás conceptos dejados de percibir por el trabajador como consecuencia



del despido, conceptos como las prestaciones sociales y la seguridad social. Adicionalmente, habrá que pagar la indemnización del caso que contemple la ley para situaciones específicas, indemnización que es diferente a la contemplada por el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, que repetimos, aplica sólo en casos de despido injustificado.

En resumen, tenemos:

- Despido injusto: pago indemnización y no reintegro.
- Despido ilegal: reintegro y pago indemnización específica.

Indemnización moratoria en el pago de salarios y prestaciones sociales.

Es la indemnización a que tiene derecho el trabajador cuando no se le pagan oportunamente los salarios y las prestaciones sociales al terminar el contrato de trabajo. Esta indemnización también es conocida como salarios caídos o brazos caídos, y está contenida en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, que en su numeral primero señala:

«Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.»

Recordemos que el empleador debe pagar al trabajador los salarios y prestaciones sociales en la misma fecha en que termina el contrato de trabajo, y si no lo hace, se causa la indemnización por cada día de retardo.



Requisitos para el pago de la indemnización moratoria.

Para que proceda el pago o la condena de la indemnización moratoria se deben cumplir dos requisitos:

- El empleador no paga salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo.
- El incumplimiento en el pago obedece a la mala fe del empleador.

El segundo requisito es de capital importancia, porque no es suficiente con que el empleador no pague los salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato de trabajo, sino que la conducta del empleador al no pagar la liquidación, esté revestida de mala fe.

Es por ello que la indemnización moratoria no aplica de forma automática, como lo señaló la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 59577 del 5 de febrero de 2020 con ponencia del magistrado Ernesto Forero Vargas:

«Al efecto, la Sala destaca que la doctrina ha fijado, sin vacilación alguna, que para establecer la procedencia de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta omisiva del empleador frente al pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato estuvo o no asistida de buena fe. Así, de llegar a la conclusión de que la renuencia del empleador es injustificada procede la imposición de la sanción; si, por el contrario, la mora obedece a razones fundadas sobre la inexistencia de la obligación, desaparece la causa y, por ende, se hace inaplicable la sanción.»

Como la procedencia o no de la indemnización depende de que exista buena o mala fe del empleador, y esa buena o mala fe la determina un juez, para



que el trabajador pueda reclamar la indemnización moratoria necesariamente debe demandar al empleador, pues este, por iniciativa propia no la paga.

Es importante recordar que al empleador le corresponde probar o acreditar su buena fe, de modo que no es el trabajador quien tiene la carga de la prueba respecto a la mala fe del empleador, lo que tampoco significa que la mala fe se presuma como lo señala la misma sala en sentencia 67122 del 4 de febrero de 2020 con ponencia de la magistrada Ana María Muñoz:

«Sin embargo, ello no supone por el contrario que exista una suerte de presunción de la mala fe del empleador, lo que resulta por completo contrario a los postulados del artículo 83 de la Constitución Política.»

Lo anterior obliga a que el trabajador, así no tenga la carga de la prueba, deba reclamar el pago de la indemnización moratoria.

Conceptos que causan la indemnización moratoria al terminar el contrato de trabajo.

Al liquidar el contrato de trabajo el empleador debe pagar al trabajador distintos conceptos como salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, e incluso aportes a seguridad social y parafiscales, que, si bien no se cancelan directamente al trabajador, representan para este un beneficio que podrá perderlo por el impago del empleador.

Sin embargo, la sanción moratoria no se causa por el impago de todos esos conceptos, sino únicamente por los señalados en el artículo 65 del código sustantivo de trabajo que son «salarios y prestaciones debidos», de manera que, si el empleador no paga los otros conceptos, no tendrá que pagar la indemnización moratoria.



Es el caso por ejemplo de la indemnización por despido injusto que no habiendo sido causado no se paga al terminar el contrato de trabajo, como lo señaló la sala laboral de la Corte suprema de justicia en la sentencia con radicación 21223 del 3 de junio de 2004 con ponencia del magistrado Carlos Nader:

«Frente al triunfo del cargo aludido, es obvio que la moratoria pierde toda vigencia, desde luego que como lo debido se concreta, exclusivamente entonces, a la condena por indemnización por despido sin justa causa, lo cual no genera la aludida sanción, el cargo, se reitera, no puede salir airoso.»

De manera que cualquier concepto que no sea salarios y prestaciones, no da lugar al pago de la sanción moratoria.

Vacaciones compensadas no son base para sanción por mora.

La sanción moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, no se liquida sobre los valores que correspondan a la compensación por vacaciones no disfrutadas.

Así lo deja claro la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL4267-2022 con ponencia del magistrado Giovanni Francisco Rodríguez:

«Con arreglo a los artículos 186 y ss del CST, procede el reconocimiento de las vacaciones compensadas que a continuación se relacionan, suma que deberá ser indexada hasta el momento en que se verifique su pago, en razón a que su monto no se incluye dentro de los valores de las prestaciones sociales sobre las cuales se calcula el monto de la sanción por mora sobre la que más adelante se tratará, dado que su naturaleza corresponde a un descanso remunerado.»



Es así en razón a que el artículo 65 del código sustantivo del trabajo hace referencia únicamente a salarios y prestaciones sociales, como presupuesto para causar la sanción o indemnización moratoria por no pagar esos conceptos al terminar el contrato de trabajo.

Indemnización moratoria en el pago de salarios por consignación.

Cuando el trabajador se niega a recibir la liquidación, el empleador debe hacer el pago mediante consignación al banco agrario para evitar que pueda ser condenado a pagar la indemnización moratoria, pero en tal caso se debe seguir el proceso indicado por la norma.

El pago por consignación podrá liberar al empleador del pago de la indemnización moratoria siempre que el trabajador pueda disponer de ese pago, lo que implica ser notificado.

Al respecto señala la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 66324 del 22 de enero de 2020 con ponencia del magistrado Martín Emilio Beltrán, donde rememora la sentencia 28090 del 20 de octubre de 2006:

«importa precisar que no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, en los términos del artículo 65 del C. S. del T., sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento.»

Para luego concluir que:



«Por todo lo anterior, no se puede considerar como revestida de buena fe la conducta de la demandada, en razón a que el acto de la consignación judicial, por sí solo no logra su cometido, en la medida que si bien consta que la consignación se realizó en una fecha cercana a la ruptura del contrato de trabajo, pues se realizó el 25 de octubre y el vínculo laboral concluyó el 5 de septiembre de 2010, no hay prueba de cuando se hizo efectivo, además que el valor allí establecido resulta sustancialmente inferior al que, conforme al análisis realizado en las instancias, le adeudaba la demandada al actor, sin que se encuentre justificada tal diferencia.»

Si lo anterior no se cumple, el empleador puede ser condenado al pago de la indemnización moratoria por no pagar oportunamente salarios y prestaciones sociales.

Liquidación de la indemnización moratoria por salarios y prestaciones sociales.

Se sabe que la indemnización moratoria es igual a un día de salario por cada día de retardo, por el término que señala el numeral 2 del artículo 65 del código sustantivo del trabajo:

«Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses



moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.»

Aquí se presentan dos situaciones:

- El trabajador presenta la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato.
- El trabajador presenta la demanda pasados 24 meses luego de la terminación del contrato.

En el primer caso aplica el pago de la indemnización moratoria, que es un día de salario por cada día de retardo, es hasta por un término máximo de 24 meses, es decir que la indemnización máxima que debe pagar el empleador es el equivalente a 24 meses de salario.

A partir de los 24 meses no se paga la indemnización moratoria sino intereses moratorios, como lo señala la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 50015 del 13 de julio de 2016 con ponencia del magistrado Luis Gabriel Miranda:

«Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.»

Aquí la consecuencia para el empleador incumplido se divide en dos:

- Indemnización moratoria durante los primeros 24 meses.
- Intereses moratorios a partir de los 24 meses.

Lo anterior, se insiste, aplica cuando el trabajador ha presentado la demanda



dentro de los 24 meses siguientes a la fecha en que terminó el contrato de trabajo.

En el segundo caso, cuando el trabajador no demanda al empleador dentro de los 24 meses señalados por la norma, el trabajador pierde el derecho a la indemnización moratoria, y sólo puede acceder al pago de intereses moratorios, como lo precisa la sentencia ya referida:

«Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fencimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.»

El pago de intereses moratorios se hace desde la fecha en que se termina el contrato de trabajo, hasta tanto el empleador pague efectivamente los valores adeudados al trabajador.

La indemnización moratoria suele ser más alta que los intereses moratorios, por lo que resulta relevante presentar la demanda dentro de los 24 meses para poder optar a la indemnización en lugar de los intereses moratorios, aunque solo sea por los primeros 24 meses.

Estabilidad laboral reforzada.

La estabilidad laboral reforzada es la figura jurídica que protege al trabajador de ser despedido sin una causa objetiva cuando se encuentra en debilidad manifiesta por circunstancias que a ley señala.



Derechos que protege la estabilidad laboral reforzada.

En condiciones normales un trabajador puede ser despedido de su trabajo con o sin justa causa, pues es la facultad que tiene el empleador como parte de un contrato que es bilateral y consensual.

Sin embargo, la ley ha desarrollado la figura jurídica de la protección laboral reforzada que busca proteger a trabajadores con limitaciones que los colocan en debilidad manifiesta frente al empleador, impidiendo que este pueda despedirlos sin una causa justa y objetiva, y en algunos casos, sin la previa autorización de autoridad competente.

En general, la estabilidad laboral protege al trabajador de ser discriminado por una condición física o de salud que lo coloque en lo que la corte llama debilidad manifiesta.

¿Cuándo procede la estabilidad laboral reforzada?

La protección especial procede cuando se pretende el despido del trabajador sin que exista una justa causa objetiva, es decir, lo que busca esta figura es impedir que un empleado sea despedido por condiciones que no tienen que ver con su desempeño en el trabajo como veremos más adelante.

Trabajadores beneficiados con la estabilidad laboral reforzada.

La ley ha señalado los casos en que un trabajador goza de estabilidad laboral reforzada y entre ellos tenemos las siguientes.



Estabilidad laboral por fuero de maternidad.

El fuero de maternidad hace referencia a la protección especial que la ley laboral ofrece a la mujer trabajadora embarazada o en periodo de lactancia, y por tanto no se puede despedir sin previa autorización del ministerio del trabajo.

Estabilidad laboral reforzada por embarazo o lactancia.

El estado de embarazo reviste a la trabajadora de la estabilidad laboral reforzada que la protege de cualquier despido que pudiera tener origen en su condición de embarazada o lactante.

Esta protección especial está contemplada en el artículo 239 del código sustantivo del trabajo que señala tres elementos de obligada observancia.

- Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.
- Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de las 18 semanas posteriores al parto.
- Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo
- En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional



no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.

Como se aprecia, la ley ha contemplado las siguientes situaciones que podemos resumir así:

- No se puede despedir durante el embarazo ni dentro de las 18 semanas posteriores al parto.
- Se requiere autorización para despedir a la trabajadora en caso de que esta incurra en una justa causa para ser despedida.
- De no observarse lo anterior se ha de pagar una indemnización equivalente a 60 días de salario que es adicional a las indemnizaciones que pudieran causarse por un despido injustificado.
- Si como consecuencia del despido la trabajadora no alcanza a disfrutar de la licencia de maternidad o parte de ella, el empleador tendrá que pagarle lo equivalente en dinero.

Como nota que puede parecer curiosa, esta figura jurídica no sólo beneficia a las mujeres, sino que es extensiva a determinados trabajadores que tengan la esposa embarazada.

Periodo de protección por fuero de maternidad.

El fuero de maternidad implica un periodo de protección contemplado por 3 etapas a saber:



1. Periodo de embarazo.
2. 18 semanas posteriores al parto.
3. Luego de las primeras 18 semanas posteriores al parto.

A continuación, abordamos cada una de estas etapas.

Protección de la trabajadora durante el embarazo.

El numeral primero del artículo 239 del código sustantivo del trabajo de forma expresa contempla que no se puede despedir a una empleada por motivo de su embarazo, sin la previa autorización del ministerio del trabajo que avale una justa causa.

Es decir, que si la empleada no ha incurrido en una justa causa no puede ser despedida, y si ha incurrido en una justa causa, puede ser despedida pero sólo con la autorización del ministerio del trabajo.

Protección por las 18 semanas posteriores al parto.

Una vez ocurre el parto, la protección se extiende hasta las 18 semanas posteriores al parto, según el numeral 2 del artículo 239 del código sustantivo del trabajo modificado por la ley 2141 de 2021:

«Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto.»

En este caso, el empleador aún necesita autorización para despedir a la trabajadora embarazada por una justa causa, lo que hace imposible



despedirla sin justa causa, pues en tal evento el ministerio del trabajo no extenderá la autorización del despido.

Protección luego de las 18 semanas posteriores al parto.

Los artículos 239 y 240 del código sustantivo del trabajo prohíben despedir a una empleada embarazada o dentro de las 18 semanas posteriores al parto, pero la jurisprudencia de las altas cortes ha extendido esa protección más allá de las primeras 18 semanas del parto, pero de forma limitada.

Durante el periodo de lactancia el empleador debe otorgar un descanso a la trabajadora para alimentar a su hijo.

Esto en razón al descanso remunerado por lactancia a que se refiere el artículo 238 del código sustantivo del trabajo:

«1. El empleador está en la obligación de conceder a la trabajadora dos (2) descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad; y una vez cumplido este periodo, un (1) descanso de treinta (30) minutos en los mismos términos hasta los dos (2) años de edad del menor; siempre y cuando se mantenga y manifieste una adecuada lactancia materna continua.

2. El empleador está en la obligación de conceder más descansos que los establecidos en el inciso anterior si la trabajadora presenta certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen ese mayor número de descansos.



3. Para dar cumplimiento a la obligación consagrada en este artículo, los empleadores deben establecer en un local contiguo a aquel en donde la mujer trabaja, una sala de lactancia o un lugar apropiado para guardar al niño.

4. Los empleadores pueden contratar con las instituciones de protección infantil el inciso anterior.»

Pues bien, tanto la Corte constitucional como la Corte suprema de justicia han señalado que la estabilidad laboral reforzada se extiende hasta los 6 meses siguientes a la fecha del parto.

Por ejemplo, la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL4638-2021 señaló:

«Con respecto al despido y sus efectos, esta Corte ha explicado que en el segundo trimestre posterior al parto, permanece vigente la protección a la trabajadora lactante, con la diferencia que en esta oportunidad, «[...] la distribución de la carga de la prueba para acreditar el móvil del despido se rige por la fórmula ecuménica del artículo 177 del CPC, vigente para la época en que se tramitaron las dos instancias del proceso, hoy prevista por el artículo 167 del CGP» (CSJ SL4280-2017).»

La Corte en esta sentencia habla del segundo trimestre porque para esa fecha la protección del artículo 239 del código sustantivo del trabajo era por los primeros 3 meses, la que se ha extendido actualmente a las 18 semanas posteriores al parto.

Esa protección que va desde la semana 18 posterior al parto hasta que el bebé cumple 6 meses de vida, es limitada en el sentido que la presunción del



despido discriminatorio desaparece como lo señala la Corte suprema de justicia en la misma sentencia:

«Ocurre entonces una inversión de la carga de la prueba en la presunción cuando el despido ocurre durante este período en el que se busca cumplir el desarrollo de la lactancia por parte de la trabajadora. Así, la presunción ahora se desplaza en favor del empleador, de manera que es a la trabajadora a quien le corresponde probar que el despido fue motivado en un acto de discriminación o como consecuencia de su estado de maternidad.»

Es decir, ya no es el empleador que debe demostrar que el despido obedeció a una justa causa y que por tanto no fue discriminatorio, sino que es la trabajadora quien debe demostrar que el despido no obedeció a una justa causa, y que en realidad obedeció a su condición de lactante.

Luego señala la Corte en la misma sentencia antes referida:

«Pero, ¿cómo podría la madre trabajadora que es despedida demostrar el móvil del despido? Precisamente cuando la terminación del contrato no se corresponde con alguna de las causas que el legislador ha establecido como justas, debe entenderse que dicha decisión vulnera la protección legislativa internacional y nacional atribuida a la mujer durante este período.»

De acuerdo a lo anterior, durante los primeros 6 meses posteriores al parto no se puede despedir a una empleada sin que exista una justa causa, pues si se despide sin justa causa, así sea pagando la indemnización por despido injusto, el despido será considerado discriminatorio y por tanto ilegal.



Por lo anterior, dentro de los 6 meses posteriores al parto la empleada sólo se puede despedir con autorización del ministerio del trabajo, lo que exige la comprobación de una justa causa.

Permiso para despedir a la trabajadora con fuero de maternidad.

El fuero de maternidad prohíbe el despido sin la autorización del inspector de trabajo, de manera que sí es posible despedir a una trabajadora con fuero de maternidad, pero con previa autorización.

Al respecto el artículo 240 del código sustantivo del trabajo señala las siguientes condiciones:

- Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o las 18 semanas posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.
- El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.
- Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.

La aplicación del artículo 240 del código sustantivo del trabajo requiere una solemnidad especial, de suerte que no es suficiente con que se configure la



justa causa para despedir la empleada, sino que se debe seguir un proceso probatorio que llegue al convencimiento de que efectivamente la empleada si ha incurrido en una falta que permite al empleador despedirla, puesto que la función del inspector de trabajo es validar la existencia de esa justa causa.

Fuero de maternidad en la renovación del contrato de trabajo a término fijo.

¿Qué sucede cuando el contrato de trabajo termina justamente cuando empleada se encuentra embarazada o dentro de las 18 semanas posteriores al parto?

En estos casos el empleador está en la obligación de renovarle el contrato de trabajo por lo menos durante el tiempo que opere la protección especial que brinda el fuero de maternidad.

Al respecto, la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 47980 del 5 de septiembre de 2018 con ponencia del magistrado Gerardo Botero Zuluaga señala lo siguiente:

«En la búsqueda de una armonía entre la libertad contractual y la protección de la maternidad en las relaciones laborales subordinadas, esta Sala en la sentencia SL3535-2015, rad. 38239, estableció la modalidad de protección intermedia, consistente en garantizar la vigencia del contrato de trabajo a término fijo durante el período de embarazo y por el término de la licencia de maternidad. Esta fórmula no desconoce la configuración del contrato de trabajo a término definido, pero en cambio, sí establece un estándar de protección similar al que les otorga la ley en las modalidades de contratos a término indefinido.»



Para la Corte, el empleador debe garantizar la existencia del contrato de trabajo hasta que termine la licencia de maternidad.

Este dato es muy relevante porque la protección otorgada por el fuero de maternidad llega hasta las 18 semanas posteriores al parto.

Siendo así, tratándose de un contrato de trabajo a término fijo, la recomendación es renovarlo por lo menos hasta la fecha en que termine la licencia de maternidad.

Y tratándose de un contrato indefinido, este sólo puede ser terminado por una justa causa y con previa autorización del ministerio del trabajo.

Estabilidad laboral reforzada por fuero de paternidad.

La estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad se hace extensiva también al padre, de manera que el trabajador que sea padre no podrá ser despedido en aplicación de los artículos 239 y 240 del código sustantivo del trabajo.

El numeral 5 del artículo 239 del código sustantivo del trabajo contempla el fuero de paternidad, que consiste en prohibir el despido del trabajador que tenga su cónyuge, esposa o compañera permanente en estado de embarazo, o dentro de las 18 semanas posteriores al parto.

Este numeral fue adicionado por la ley 2141 del 2021, y recoge la jurisprudencia de la Corte constitucional que ya había contemplado esta prohibición, y señala:

«Se prohíbe el despido de todo trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo o



dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto y no tenga un empleo formal. Esta prohibición se activará con la notificación al empleador del estado de embarazo, de la cónyuge, pareja o compañera permanente, y una declaración, que se entiende presentada bajo la gravedad del juramento, de que ella carece de un empleo. La notificación podrá hacerse verbalmente o por escrito. En ambos casos el trabajador tendrá hasta un (1) mes para adjuntar la prueba que acredite el estado de embarazo de su cónyuge o compañera permanente. Para tal efecto, serán válidos los certificados médicos o los resultados de exámenes realizados en laboratorios clínicos avalados y vigilados por las autoridades competentes.»

El fuero de maternidad inicia desde el momento en que el empleador es notificado por el trabajador del estado de embarazo de su cónyuge.

Requisitos del fuero de paternidad.

La norma contempla un solo requisito para que proceda el fuero de paternidad, y es que la esposa, cónyuge o compañera permanente no tenga un empleo formal.

El trabajador debe informar al empleador bajo gravedad de juramento, que su cónyuge no tiene un empleo formal.

Por consiguiente, si la cónyuge del trabajador tiene un empleo formal como un contrato de trabajo, no procede el fuero de paternidad.

La ley no especifica en qué condiciones debe ser el empleo formal, por lo que cualquiera sea el tipo de contrato de trabajo, cualquiera sea su duración, y cualquiera sea el salario, será suficiente para que no aplique el fuero de paternidad.



El trabajador debe acreditar el estado de embarazo de su cónyuge dentro del mes siguiente a la notificación del hecho.

La prohibición de despedir a un trabajador con la esposa embarazada no es absoluta, de manera que, si el trabajador incurre en una justa causa para el despido, podrá ser despedido con la previa autorización del inspector de trabajo.

El numeral 1 del artículo 240 del código sustantivo del trabajo señala:

«Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o a las dieciocho (18) semanas posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. La misma autorización se requerirá para despedir al trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo y no tenga un empleo formal, adjuntando prueba que así lo acredite o que se encuentre afiliada como beneficiaria en el Sistema de Seguridad Social en Salud.»

El despido debe hacerse observando el numeral 2 del mismo artículo:

«El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.»

Este procedimiento aplica tanto para la trabajadora embarazada como para el trabajador que tiene a su esposa embarazada.



Consecuencias de despedir a un trabajador que tenga la esposa embarazada.

Si se despide a un trabajador con la esposa embarazada sin la autorización del ministerio del trabajo, representado en un inspector de trabajo, tendrá como consecuencia la ilegalidad del despido.

Ello significa que el trabajador puede demandar al empleador para que lo reintegre a su trabajo, y si el juez accede a dicha pretensión, el trabajador debe ser reintegrado y además se le deben pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha del reintegro.

Además, se debe pagar una indemnización equivalente a 60 días de salario en los términos del inciso segundo del numeral 2 del artículo 239 del código sustantivo del trabajo:

«Esta misma indemnización se aplicará en el caso del despido de un trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto y no tenga un empleo formal, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.»

El despido de un trabajador que tenga a su cónyuge en estado de embarazo o en las 18 semanas posteriores al parto, exige el mismo procedimiento que el despido de una empleada embarazada.



Indemnización por despedir a una empleada con fuero de maternidad.

El artículo 239 del código sustantivo del trabajo es claro en definir la indemnización que se ha de pagar por despedir a la empleada con fuero de maternidad sin la previa autorización de rigor:

- 60 días de salario.
- Pagar la licencia de maternidad que no se pudo disfrutar a causa del despido.

Y si el despido fue injustificado, hay que pagar la respectiva indemnización por despido, que es adicional a la anterior.

En consecuencia, desvincular a una trabajadora que goce de fuero de maternidad exige un procedimiento riguroso que garantice los derechos de la trabajadora.

No sobra decir que el hecho de que el inspector de trabajo autorice el despido de la trabajadora con fuero de maternidad, no impide que esta recurra a la justicia laboral para reclamar los derechos que crea vulnerados.

Fuero de maternidad requiere que el empleador conozca del embarazo.

El fuero de maternidad no procede si el empleador no conoce el estado de embarazo de la trabajadora.

Si el trabajador desconoce que la empleada estaba embarazada, no está obligado a darle aplicación al fuero de maternidad por obvias razones.

Así lo ha dejado claro la sala laboral de la Corte suprema de justicia en



sentencia 46731 del 28 de mayo de 2015, con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

«Lo anterior, por cuanto la protección a la maternidad -a menos que se trate de un hecho notorio, que no lo fue en este asunto-, se contrae al ciclo comprendido entre la notificación del estado de gestación, la licencia de maternidad y los períodos legales de descanso, luego no resulta acertado pretender que el despido efectuado por la empresa a la trabajadora, antes de conocer su embarazo, le otorgue fuero de maternidad, así la liquidación definitiva de prestaciones se haya efectuado de manera posterior -circunstancia que por demás, se itera, no se evidencia de la instrumental denunciada-, pues ello no desvirtúa que el rompimiento del vínculo se dio con desconocimiento de la gestación.»

De acuerdo al criterio jurisprudencial de la Corte suprema de justicia, para que el fuero de maternidad tenga aplicación se deben cumplir los siguientes requisitos:

- Es necesario que el empleador sea notificado del embarazo de la empleada antes de la terminación del contrato de trabajo.
- Si el empleador no es notificado, el estado de embarazo debe ser notorio.
- La notificación del estado de embarazo luego de terminado el contrato de trabajo no tiene efecto jurídico.
- La notificación del embarazo posterior a la terminación del contrato no revive el fuero de maternidad.
- El despido sin justa causa no cambia la situación jurídica creada por el desconocimiento del que tenía el empleador del embarazo a la



terminación del contrato.

Hay casos en que es evidente el embarazo de la trabajadora, pero hay casos en que ni ella lo conoce, lo que sucede en los primeros meses de gestación donde no hay manifestaciones físicas en el cuerpo de la mujer que permitan evidenciar el estado de embarazo, y, por tanto, la trabajadora debe notificar su estado el empleador antes de que se materialice la desvinculación.

Reintegro de la trabajadora despedida en fuero de maternidad.

Es posible que la trabajadora que ha sido despedida con fuero de maternidad sin la autorización del ministerio del trabajo pueda solicitar su reintegro.

Es así debido a que el despido se produce sin el cumplimiento de un requisito que la ley exige expresamente, pues la presencia de una justa causa no es suficiente para terminar el contrato válidamente, sino que se precisa de la autorización de la entidad competente.

Las mujeres en estado de embarazo y en periodo de lactancia al tenor de lo dispuesto por el artículo 239 del código sustantivo del trabajo.

Para su despido se requiere de autorización del ministerio del trabajo siempre que exista una justa causa para la terminación del contrato, o para no renovarlo.



Madre adoptante goza de estabilidad laboral reforzada.

La estabilidad laboral reforzada no sólo beneficia a las madres biológicas sino a las madres adoptantes.

Esto en virtud de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 236 del código sustantivo del trabajo:

«Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para eximir el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.»

Esta posición ha sido reiterada por la Corte constitucional en innumerables sentencias como la T -499A del 8 de abril de 2017 entre otras.

La estabilidad laboral reforzada inicia el mismo día en que el niño adoptado es entregado oficialmente a la madre adoptiva.

Carga de la prueba en la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad.

Una mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia goza del llamado fuero de maternidad lo que le brinda una protección especial conocida como estabilidad laboral reforzada, condición que impide al



empleador despedirla sin justa causa, y con justa causa, pero sin autorización de la autoridad competente.

De producirse el despido resulta relevante conocer a qué parte le corresponde la carga de la prueba, es decir, quien debe probar qué cosa según el momento o tiempo de los hechos.

La sala laboral de la corte suprema de justicia en sentencia 49165 del 15 de marzo de 2017 con ponencia del magistrado Luis Gabriel Miranda dijo al respecto:

«En la estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad, si el despido ocurre entre los tres primeros meses posteriores al parto, corresponde al empleador desvirtuar la presunción de que el mismo no se dio en razón a su condición, pero si la desvinculación se presenta en el trimestre siguiente, atañe a la demandante acreditar el móvil del despido»

El artículo 239 del código sustantivo del trabajo, modificado por la ley 2141 de 2021 crea una presunción a favor de la empleada cuando su numeral 2 dice:

«Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto.»

Debido a esa presunción le corresponde al empleador probar lo contrario, es decir, probar que la desvinculación no corresponde a la razón que la ley en principio ha presumido, pero si el despido ocurre luego de transcurrido las referidas 18 semanas, la carga de la prueba se invierte y le corresponde a



la empleada entrar a desvirtuar el despido justificado alegado por el empleador.

Estabilidad laboral reforzada por fuero sindical.

Los trabajadores sindicalizados que gozan del fuero sindical según el artículo 405 del código sustantivo del trabajo, y respecto a los señalados por el artículo 406 del mismo código.

Si existe una justa causa para despedir al trabajador don fuero sindical, es preciso pedir autorización al juez laboral para que levante el fuero si encuentra justificada la solicitud.

Estabilidad laboral reforzada en trabajadores discapacitados.

Los trabajadores con discapacidades o limitaciones físicas o mentales de acuerdo al artículo 26 de la ley 361 de 1997, gozan de estabilidad laboral reforzada que impide su despido en ocasión a esa discapacidad sin la previa autorización del ministerio del trabajo.

Esto aplica para trabajadores con niveles de discapacidad que impliquen la pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 15%, y en opinión de la Corte constitucional, para cualquier nivel de discapacidad, incluida la moderada.

Básicamente estos son los trabajadores que pueden ser beneficiados de la estabilidad laboral reforzada, y recordemos que la estabilidad laboral reforzada no aplica para los trabajadores que están incapacitados temporalmente por una enfermedad o accidente, pues esta figura aplica



para la discapacidad que es diferente a la incapacidad laboral de uno o varios días.

El despido del trabajador con estabilidad laboral reforzada.

Los trabajadores que gocen de estabilidad laboral reforzada sí pueden ser despedidos siempre que incurran en alguna justa causa para que sean desvinculados.

La ley no busca impedir que el trabajador sea despedido por una justa causa; lo que pretende es impedir que sea despedido en razón a su discapacidad o estado de salud.

Quiero decir esto que estos trabajadores sí pueden ser despedidos, pero el despido debe obedecer a una causa justa, legal y objetiva, y en algunos casos así exista la justa causa, se requiere la autorización del ministerio del trabajo, o de un juez laboral como en el caso de los trabajadores que tienen fuero sindical.

Consecuencias del despido ilegal de trabajadores con estabilidad laboral reforzada.

Como ya lo señalamos, los trabajadores con estabilidad laboral reforzada sí pueden ser despedidos justamente, pero cuando la ley exija autorización previa para su despido, debe contarse con esa autorización, pues si no se hace con la autorización respectiva, el despido se torna en ilegal (que es distinto de injusto), y ello deriva en el pago de indemnizaciones y en la obligación de reintegrar al trabajador.



En todo caso el trabajador con estabilidad laboral reforzada que sea despedido con la autorización respectiva aún puede recurrir a la justicia laboral para reclamar los derechos que crea se le han vulnerado.

Estabilidad laboral no opera para los administradores o representantes legales.

El principio de estabilidad laboral no opera para los administradores, gerentes o representantes legales de una empresa.

Esto en virtud de lo dispuesto por los artículos 198 y 440 del código de comercio, los cuales regulan el nombramiento y remoción de los administradores de las sociedades comerciales.

Estos artículos en las partes subrayadas fueron demandados ante la corte constitucional, quien en sentencia C-384 de 2008, declaró la exequibilidad de estas normas, por lo que esas restricciones son válidas.

En consecuencia, tratándose de los administradores, gerentes o representantes legales de las empresas, no es posible alegar la aplicación del principio de estabilidad laboral para impedir su remoción o despido.

Se precisa que, si bien no los protege la estabilidad laboral, en caso de terminación del contrato sin justa causa, se debe pagar la respectiva indemnización.

Trabajador con estabilidad laboral que ha sido despedido puede pedir reintegro por vía de tutela.

Un trabajador que gozando de estabilidad laboral fue despedido sin seguir con los procedimientos exigidos por la ley como la solicitud de autorización por parte del empleador existiendo la obligación de hacerlo, puede recurrir



a la acción de tutela para conseguir su reintegro.

Aunque el procedimiento normal es recurrir a un procedimiento laboral ordinario, la Corte constitucional en sentencia T-661 del 2006 dijo que:

«(...) en los casos de personas protegidas por la estabilidad laboral reforzada no existe dentro de los procesos ordinarios un mecanismo preferente y sumario para que opere el restablecimiento de sus derechos como trabajadores. Por lo tanto, la jurisprudencia constitucional considera que la acción de tutela es procedente para ordenar el reintegro al trabajo (...) de los trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psíquicas, despedidos sin autorización de la oficina del trabajo así mediare una indemnización.»

Lo anterior procede en los casos en que el trabajador ve afectados derechos fundamentales.

Estabilidad laboral reforzada obliga a renovar el contrato de trabajo a término fijo.

La Corte constitucional ha sentado jurisprudencia en el sentido de que la estabilidad laboral reforzada está por encima de la terminación del contrato a término fijo, lo que bienes a significar que el empleador está olvidado a renovar el contrato de trabajo a un trabajador que goce de estabilidad laboral reforzada en cualquiera de sus formas.

Es el caso por ejemplo de la sentencia T-277 del 2012 y otras muchas donde la Corte deja clara su doctrina garantista en favor del trabajador que sufra alguna situación que le merezca la protección de la estabilidad laboral reforzada.



En consecuencia, no es excusa para desvincular al trabajador el que haya expirado el plazo acordado en el contrato de trabajo a término fijo.

Casos especiales en el despido de trabajadores.

Cuando se trata de despedir a un empleado se presentan casos especiales que merecen un capítulo aparte por su relevancia y posibles consecuencias negativas para el empleador.

Terminación del contrato de trabajo durante la licencia de maternidad.

La terminación del contrato de trabajo durante la licencia de maternidad, en principio no es posible hacerlo, pero hay casos en que procede su terminación.

Protección contra el despido de la trabajadora en licencia de maternidad.

El artículo 239 del código sustantivo del trabajo afirma que ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización del inspector de trabajo, que es lo que se conoce como estabilidad laboral reforzada.

Dice el numeral 2 del artículo 239 del código sustantivo del trabajo, modificado por la ley 2141 de 2021:

«Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de



embarazo y/o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto.»

En consecuencia, la protección contra el despido discriminatorio llega hasta las 18 semanas siguientes al parto, por lo que es incorrecto decir que la estabilidad laboral reforzada es por el término que dure la licencia de maternidad, pues esta inicia 1 o 2 semanas antes del parto, así que termina 16 o 17 semanas posteriores al parto, y la protección llega hasta las 18 semanas posteriores al parto.

Cuando la empleada incurre en una justa causa durante la licencia de maternidad.

El hecho de que la licencia de maternidad ofrezca una protección especial a la trabajadora no impide que esta sea despedida si incurre en una justa causa, pero en tal evento se requiere previa autorización del ministerio del trabajo para proceder al despido.

Algún lector nos planteó si era posible que durante la licencia de maternidad la empleada pudiera incurrir en una causa justificativa del despido en vista a que no estaba trabajando, lo que generalmente es cierto, pero pueden darse casos particulares en los que se configure una causa justa durante la ausencia de la trabajadora, como por ejemplo cuando el empleador tiene conocimiento en ese periodo de una acción realizada previamente por la trabajadora que resulta constitutiva de justa razón para el despido.

En todo caso, se requiere comprobar la justa causa y solicitar el permiso correspondiente al ministerio del trabajo para proceder a despedir a la trabajadora.



Cuando el término del contrato expira durante la licencia de maternidad.

Cuando el contrato de trabajo termina cuando la empleada está embarazada o en licencia de maternidad, este debe ser renovado por lo menos hasta la terminación de la licencia de maternidad.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL3535 de 2015, con radicación 38239, sentó la siguiente jurisprudencia que ha sido reiterada posteriormente en varias oportunidades:

«Con todo, vale la pena aclarar que, a pesar de la modalidad de estabilidad especial por maternidad, el contrato de trabajo a término fijo no puede perder su esencia temporal, de manera que se mantiene vigente únicamente por el tiempo necesario para darle protección adecuada a la maternidad. Por lo mismo, si dentro de ese periodo de estabilidad especial, durante el embarazo y por el término de la licencia de maternidad posparto, se ha hecho uso del preaviso establecido en la ley para el fencimiento del plazo fijo pactado, el contrato se mantendrá por el tiempo que faltare para cumplirse el término de protección, vencido el cual fencerá la vinculación sin formalidades adicionales.»

Y la renovación será por lo menos hasta que finalice el periodo de protección especial, señala la corte:

«Como conclusión, la Corte precisa su jurisprudencia en cuanto a que, en el ámbito de los contratos de trabajo a término fijo, la finalización del vínculo por la expiración del plazo fijo pactado debe postergarse mientras dure el embarazo de la trabajadora y por el término de la



licencia de maternidad posparto. Culminado ese lapso, si la intención no es la de prorrogarla, la vinculación debe frenecer sin formalidades adicionales.»

La protección termina a los 3 meses desde la fecha del parto.

Si no se respetan estos lineamientos la corte en la misma sentencia señala las consecuencias:

«Asimismo, si el empleador hace efectiva la desvinculación durante el referido lapso, sin tener en cuenta el tiempo de protección a la maternidad, debe entenderse que el contrato de trabajo permaneció vigente por lo menos mientras perduró el estado de embarazo y por el término de la licencia de maternidad, de manera que procede el pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejados de percibir durante el referido lapso.»

De lo anterior se puede concluir lo siguiente:

El empleador debe renovar el contrato de trabajo por lo menos hasta que finalice el periodo de protección especial.

- La protección es hasta que finalice la licencia de maternidad. *
- Si no se renueva el contrato de trabajo se presume que estuvo vigente hasta la finalización del periodo de protección especial.
- Una vez finalice el periodo de protección especial no hay lugar a solicitar permiso al ministerio del trabajo para desvincular a la empleada.

*El artículo 239 del código laboral señala que la protección especial va hasta los 18 semanas posteriores a la fecha del parto, lo que puede exceder en una o dos semanas a la licencia de maternidad en razón a que esta inicia 1 o 2



semanas antes del parto, y la corte en la sentencia referida dispone que la terminación del contrato «*debe postergarse mientras dure el embarazo de la trabajadora y por el término de la licencia de maternidad posparto*», es decir, hasta que termine la licencia de maternidad.

Cuando la trabajadora renuncia estando en licencia de maternidad.

El contrato de trabajo puede ser terminado porque la empleada decide renuncia, pues esta no tiene ningún impedimento legal para renunciar en cualquier momento.

La renuncia de la trabajadora en licencia de maternidad o embarazada, no tiene ningún riesgo para el empleador siempre que esa renuncia sea voluntaria, espontánea, de manera que no se configure un despido indirecto.

En consecuencia, si la empleada renuncia libremente sin razones imputables al empleador, y así lo deja claro en la carta de renuncia, el empleador no podrá ser demandado por un supuesto despido indirecto o ilegal.

Lo que pasa si el despido se hace durante la licencia de maternidad indebidamente.

El despido durante la licencia de maternidad, o durante el periodo especial de protección que fija el artículo 239 del código sustantivo del trabajo, que se hace sin la autorización del inspector de trabajo, tiene como consecuencia para el empleador el deber de pagar una indemnización y el reintegro de la trabajadora si esta lo demanda.

Es así porque el despido es ilegal, incluso si es por una justa causa, pues no se siguió con el procedimiento exigido por la ley.



El artículo 239 del código sustantivo del trabajo contempla una indemnización de 60 días de salario en favor de la trabajadora que sea despedida sin la autorización del inspector de trabajo.

Esta indemnización procede incluso si el despido ha sido por una justa causa, y si el despido ha sido sin justa causa, también hay que pagar la indemnización por despido injusto.

Despido del trabajador por enfermedad.

El trabajador que sufre de una enfermedad que lo incapacite para trabajar puede ser despedido con justa causa, pero con indemnización, con las limitaciones y requisitos que exige la ley.

El despido del trabajador por enfermedad crónica o contagiosa.

En principio ningún trabajador puede ser despedido por enfermedad, pero en casos excepcionales la terminación del contrato de trabajo es posible cuando el estado de salud del trabajador es incompatible con su actividad laboral.

En consecuencia, si un trabajador a causa de su enfermedad no puede desarrollar ninguna actividad, no queda otra alternativa que la desvinculación del trabajador.

Esta causa está contenida en artículo 62 del código sustantivo del trabajo que señala lo siguiente:

«La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga



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

Desde que esta norma fue redactada es mucho lo que ha evolucionado la protección constitucional de los trabajadores, de suerte que hoy es inaplicable este artículo tal como está su redacción, pues la corte constitucional ha condicionado la norma en varios sentidos.

La necesidad de extender el periodo de 180 días.

La norma habla que la causal para despedir al trabajador se activa luego de 180 días, pero la Corte constitucional ha considerado que ese plazo se debe extender más allá, y que le corresponde a al fondo de pensiones asumir el pago de la incapacidad, previo concepto favorable de la EPS.

En consecuencia, no es posible despedir al trabajador en el día 181 de la evolución de la enfermedad, requiriéndose primero surtir una serie de trámites para que proceda el despido.

Recordemos que el proceso inicia con incapacidades temporales en ocasión a cualquier enfermedad, por lo tanto, el tratamiento que se debe seguir es el previsto para las incapacidades laborales.

El deber de reubicar al trabajador.

Antes de despedir al trabajador, es necesario primero reubicarlo en un cargo



que se adapte a sus condiciones de salud, es decir, que si la recuperación del trabajador luego de 180 días de incapacidad, o de los días que sea, es apenas parcial, es deber del empleador ofrecerle un cargo y un medio que se adapte a su capacidad laboral limitada.

La terminación del contrato de trabajo llega cuando la EPS determina que el trabajador no puede desempeñar ninguna tarea o actividad laboral, pero en caso de que el diagnóstico médico disponga que el trabajador puede laborar en determinadas condiciones, el despido se hace improcedente, a no ser que la empresa demuestre no poder ofrecer un cargo que se ajuste a las limitaciones del trabajador.

La obligación de pedir autorización al ministerio del trabajo para despedir al trabajador enfermo.

Si bien la norma no contempla tal procedimiento, la Corte constitucional ha dispuesto que así debe ser, en consecuencia, el empleador debe solicitar ese permiso.

Ese permiso se debe solicitar si el trabajador va a ser despedido en razón a su enfermedad, y para ello el empleador debe probar que se siguió con el procedimiento de recuperación médica y no fue posible, y en caso de que la recuperación haya sido parcial, debe demostrar que no puede reubicar al trabajador.

Lo anterior se puede encontrar en la sentencia T-468-10 de 2010 entre otras.

El despido procede por enfermedad común y laboral.

La norma en principio aclara que esta causal aplica sólo cuando se trata de



una enfermedad no profesional o no laboral, es decir, de origen común, pero luego dice «*así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo*», de modo que cualquier sea el origen de la incapacidad del trabajador para laborar, procede la terminación del contrato de trabajo.

Si se trata de una enfermedad de origen laboral, el asunto ya es competencia de la ARL, y de ser el caso, se debe tramitar una pensión por invalidez, y si se trata de una enfermedad común, corresponde al fondo de pensiones reconocer una eventual pensión de invalidez.

Es decir, si la enfermedad da para reconocer una pensión por invalidez, el contrato se puede terminar cuando se reconozca la pensión, y si no, cuando se surtan todos los trámites y el ministerio del trabajo autorice el despido.

Lo normal es que cualquier enfermedad de trata por el sistema de seguridad social y ya cuando se configure la causa legal para terminar el contrato, entonces se hace. Se insiste: no es tan sencillo como despedir el trabajador el día 181 de la enfermedad.

En cualquier caso, la decisión del empleador debe estar soportada en un diagnóstico médico en el que sea claro que el trabajador no puede trabajar, ya sea por su estado de enfermedad o por el tipo de enfermedad que coloca en riesgo a los demás trabajadores.

De manera pues que la decisión no puede ser producto de una opinión o creencia del empleador.

El pago de la indemnización por despido injustificado.

Sí bien la norma faculta al empleador para terminar el contrato de trabajo, se trata de una causa legal pero no precisamente justa, razón por la cual en todo



caso el empleador debe pagar la respectiva indemnización por despido injustificado.

Ha de ser así porque la norma lo dice, y ello tiene sentido en razón a que no ha sido culpa del trabajador estar enfermo, por lo tanto, tiene derecho ser indemnizado.

El preaviso para despedir el trabajador por enfermedad.

El artículo 62 del código sustantivo del trabajo prevé la obligación de notificar al trabajador con una antelación de 15 días antes de terminar el contrato:

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

Sin ese preaviso el despido será ilegal, ineficaz y el trabajador puede conseguir el reintegro si llegara a demandar.

Despido de trabajador discapacitado.

Un trabajador con discapacidad sí puede ser despedido y dependiendo de la razón por la que se le despida, así mismo es el procedimiento que se debe seguir para evitar que un despido legal se convierta en un despido ilegal e imposible.



De la autorización previa para despedir al trabajador discapacitado.

Esta es la columna vertebral de este espinoso tema, y hay que precisar en qué casos el empleador puede despedir a un trabajador en condición de discapacidad, y cuándo necesita tener autorización previa del inspector de trabajo para despedirlo.

Casos en que se requiere autorización del inspector de trabajo para despedir al trabajador discapacitado.

El artículo 26 de la ley 361 de 1997 contempla la estabilidad laboral reforzada para los trabajadores que se encuentran en las siguientes condiciones:

«Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.»

La ley impone como requisito la previa autorización de la oficina de trabajo para despedir a un trabajador en las anteriores condiciones.

Se ha impuesto la interpretación según la cual ningún trabajador discapacitado puede ser despedido sin la previa autorización del inspector de trabajo, lo que necesariamente no es así.

El requisito de la autorización del inspector de trabajo sólo aplica si la razón para despedir al trabajador es su limitación. Por el contrario, no se requiere autorización si la razón por la que se despide al trabajador es diferente a la limitación, como una justa causa en la que incurre el trabajador.

La norma no prohíbe despedir a un trabajador discapacitado. Lo que la ley prohíbe es despedirlo por razón de su limitación, y si esta fuera la razón, se



puede despedir, pero con autorización de la oficina de trabajo.

Es la interpretación que la sala laboral de la Corte suprema de justicia acoge en la sentencia de 53394 primero de abril de 2018 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

«Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.»

En consecuencia, si el trabajador discapacitado es despedido por ausentarse repetidamente del trabajo sin justificación alguna no se requiere autorización del inspector de trabajo, pues se despidió no por ser discapacitado sino por no cumplir con las obligaciones que le impone el contrato de trabajo.

Más adelante señala la corte:

«Ahora, la Sala no desconoce que con arreglo al artículo 26 de la Ley



361 de 1997, en armonía con la sentencia C-531-2000 de la Corte Constitucional, la terminación del contrato de trabajo de un trabajador con discapacidad debe contar con la aprobación del inspector del trabajo. Sin embargo, considera que dicha autorización se circumscribe a aquellos eventos en que el desarrollo de las actividades laborales a cargo del trabajador discapacitado sea «incompatible e insuperable» en el correspondiente cargo o en otro existente en la empresa, en cuyo caso, bajo el principio de que nadie está obligado a lo imposible o a soportar obligaciones que exceden sus posibilidades, podría rescindirse el vínculo laboral, con el pago de la indemnización legal.»

La autorización del inspector de trabajo se requiere cuando la razón por la que se pretende despedir al trabajador es precisamente su discapacidad, es decir, que el trabajador no ha incurrido en ninguna falta, sino que por su discapacidad le es imposible ejecutar el trabajo para el que ha sido contratado.

A respecto señala la corte en la misma sentencia:

«En esta hipótesis la intervención del inspector cobra pleno sentido, pues en su calidad de autoridad administrativa del trabajo debe constatar que el empleador aplicó diligentemente todos los ajustes razonables orientados a preservar en el empleo al trabajador, lo cual implica su rehabilitación funcional y profesional, la readaptación de su puesto de trabajo, su reubicación y los cambios organizacionales y/o movimientos de personal necesarios (art. 8 de la L. 776/2002). Por lo tanto, solo cuando se constate que la reincorporación es inequívocamente «incompatible e insuperable» en la estructura



empresarial, podrá emitirse la autorización correspondiente.»

Es evidente que, si el trabajador por su discapacidad le es imposible prestar algún servicio al empleador, este no debe asumir esa carga y es por ello que la ley le faculta despedirlo con la previa autorización del inspector de trabajo, y el papel del inspector de trabajo en este caso, es el que señala la corte:

«(...) la labor del inspector del trabajo se reserva a la constatación de la factibilidad de que el trabajador pueda laborar; aquí el incumplimiento de esta obligación por el empleador, al margen de que haya indemnizado al trabajador, acarrea la ineffectuacón del despido, (...)»

Si se demuestra que, a pesar de todos los esfuerzos y medidas tomadas por el empleador, el trabajador no puede desarrollar ninguna actividad laboral, entonces procede la autorización del inspector de trabajo para su despido.

La corte hace las siguientes conclusiones frente a este tema:

- La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.
- A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineffectuacón y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutoas, y la sanción de 180 días de salario.
- La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir,



cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sancionesatrás transcritas.

En cualquiera de los casos el trabajador puede demandar su despido, y en ese evento, el empleador debe probar en juicio que el despido obedeció a una justa causa, y si no logra probarlo, se concluye que el despido fue en razón a su discapacidad y entonces al empleador se le aplicará el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Por último, resaltar que en esa sentencia la Corte suprema de justicia cambia de criterio jurisprudencial en los siguientes términos:

«Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adoctrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso. En su lugar, se postula que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada.»

En resumen, si el empleador quiere despedir al trabajador discapacitado por una justa causa, no debe pedir autorización a la oficina de trabajo, puesto no es su competencia evaluar si existe o no una justa causa objetiva.



Si el empleador quiere despedir al trabajador discapacitado en razón a que no le presta ningún servicio debido a su estado de discapacidad, entonces sí debe pedir autorización a la oficina de trabajo, para que esta verifique si el empleador hizo lo necesario para que el trabajador pudiera ejecutar alguna actividad y no fue posible.

Casos en que no se requiere autorización del inspector de trabajo para despedir al trabajador.

En el título anterior ha quedado claro que la autorización del inspector de trabajo no se requiere para despedir al trabajador discapacitado que ha incurrido en una falta que se configura en una justa causa para despedirlo.

Cuando el trabajador discapacitado incurra en una causa justa para terminar el contrato de trabajo, todo lo que tiene que hacer el empleador es llamarlo a diligencia de descargos, y luego, si los descargos que presenta el trabajador no son justificantes de la causa que se le imputa a juicio del empleador, se procede a la terminación y liquidación del contrato de trabajo.

Es necesario que el empleador tenga las pruebas suficientes que demuestren la justa causa, y además probar que se le respectó el debido proceso y el derecho a la defensa.

Lo anterior es necesario porque si el trabajador demanda, el juez presumirá que fue despido por la condición de discapacidad del trabajador, y es donde el empleador debe entrar a probar que no fue así, sino que se trató de un despido justo basado en una causa justa, objetiva y legal.

Es claro que un trabajador en situación de discapacidad sí puede ser despedido, y sin la ritualidad de pasar primero por la oficina de trabajo.



Indemnización por despedir al trabajador discapacitado sin permiso del inspector de trabajo.

Si el trabajador es despedido sin autorización del inspector de trabajo existiendo la obligación de solicitarla, se debe pagar la indemnización de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997:

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

Además de reintegrar el trabajador como se señala a continuación.

Ineficacia del despido del trabajador discapacitado sin la autorización del inspector de trabajo.

El despido del trabajador en razón a su discapacidad o invalidez es ineficaz si se hace sin la autorización del inspector de trabajo, ineficacia que debe ser declarada por el juez laboral y no por el inspector de trabajo ni ninguna otra autoridad administrativa.

Requisitos para la ineficacia del despido de trabajador discapacitado.

La Corte suprema de justicia tiene dicho que la ineficacia del despido en estos casos requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos:



- Que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen.
- Que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad.
- Que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa.
- Que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.

Reintegro del trabajador despedido sin la autorización del inspector de trabajo.

Configurada la ineeficacia del despido necesariamente se debe producir el reintegro del trabajador, por cuanto se supone que el despido no pudo tener los efectos jurídicos de terminar la relación laboral.

Por consiguiente, si el trabajador lo solicita, el juez condenará al empleador que reintege al trabajador y a que le pague la indemnización de que trata la ley 361 de 1997 antes referida.

Así lo recuerda la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 42306 del 25 de mayo de 2016 con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno:

«Por último, en torno a la procedencia del reintegro y la indemnización de 180 días de salario, dicha consecuencia responde a la constitucionalidad condicionada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C 531 de 2000, según la cual la referida disposición es exequible «...bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o



terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria.»

Es decir que el empleador debe asumir doble consecuencia:

1. Pagar la indemnización de los 180 días de salario.
2. Reintegrar al trabajador.

En este caso no puede existir la indemnización por despido injustificado, porque al declararse ineficaz el despido significa que el despido nunca existió, y al no existir despido no puede haber indemnización por despido.

El reintegro del trabajador se hará sin solución de continuidad, es decir, el empleador tendrá que pagar los salarios que el trabajador dejó de percibir durante el tiempo que estuvo desvinculado ilegalmente.

Pago de la indemnización por despido injustificado no libera al empleador de reintegrar al trabajador.

El empleador no puede deshacerse de un trabajador discapacitado despidiéndolo y pagando la respectiva indemnización por despido injustificado como si de cualquier otro trabajador se tratara, pues ese no es el propósito de la estabilidad laboral reforzada contemplada en la ley 361 de 1997.

Así lo señala la Corte suprema de justicia en la sentencia antes referida:



«Esta Sala de la Corte ha sostenido en repetidas oportunidades que garantías como la que aquí se analizan constituyen un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Por ello, siendo un límite a dicha libertad, no puede entenderse cómo, en todo caso, el empleador pueda despedir sin justa causa al trabajador discapacitado, sin restricción adicional al pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese caso, bastaría que el empleador despidiera al servidor discapacitado sin justa causa, como lo puede hacer, en condiciones normales, con todos los demás trabajadores, con la sola condición del pago de una indemnización, sin dar razones de su decisión o expresando cualesquiera otras, para que la aplicación de la norma quedara plenamente descartada.»

Señala la corte más adelante:

«Si no fuera de esa manera, se repite, al empleador le bastaría acudir a la figura del despido unilateral y sin justa causa, sin revelar las razones de su decisión o expresando cualesquiera otras, para que la norma quedara totalmente anulada en sus efectos, de manera que nunca se lograría cumplir con la finalidad constitucional de promover un trato especial para las personas puestas en condiciones de discapacidad.»

Si el empleador despidió al trabajador discapacitado sin justa causa y le paga la indemnización por despido injusto, el trabajador podrá demandar y el juez ordenará el reintegro del trabajador.



Condiciones de la discapacidad para tener derecho a la estabilidad laboral reforzada.

No es cualquier discapacidad ni incapacidad la que da derecho a la estabilidad laboral reforzada contenida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

A continuación, tratamos en detalle las situaciones más relevantes que obligan al empleador a solicitar autorización previa para despedir a un trabajador en condición de discapacidad.

Incapacidad laboral no da lugar a la estabilidad laboral reforzada.

La simple incapacidad laboral no da lugar a la estabilidad laboral reforzada que beneficia a los trabajadores discapacitados.

La incapacidad laboral temporal es muy diferente a la discapacidad permanente.

Que un trabajador tenga fracturada una pierna no significa que esté discapacitado, sólo está incapacitado y en unos meses estará en perfectas condiciones por lo tanto no es beneficiario de la ley 361 de 1997.

Así lo deja claro la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 55933 del 28 de febrero de 2018 con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos:

«No está demás advertir por la Sala que la jurisprudencia laboral distingue entre la condición de incapacidad y la de discapacidad, para efectos de reconocer la garantía de la estabilidad laboral reforzada, a saber:



Antes de abordar el problema planteado, la Sala precisa que se debe distinguir la condición de discapacidad laboral que significa la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, la cual, dependiendo del grado de la afectación, es posible que el trabajador que la padece pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez. Mientras que la incapacidad laboral refiere al deficiente estado de salud del trabajador que le impide prestar el servicio temporalmente y lo hace merecedor de las prestaciones de salud para lograr su recuperación y en dinero que sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Esta puede ser por enfermedad general o con ocasión de la actividad laboral.

La anterior distinción es relevante para resolver la disconformidad de la censura, ya que «[...] como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Corporación, no es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada, esto es, que se enmarque dentro de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%. »

Claro y sonoro: la discapacidad es diferente a la incapacidad laboral y para la segunda no hay protección especial contra el despido.



El trabajador debe probar su discapacidad para gozar de estabilidad laboral reforzada.

Quien alega el derecho debe probarlo, de manera que el trabajador debe demostrar su discapacidad, primero ante el empleador para que no lo despida y luego ante el juez para exigir el derecho contenido en la ley 361 de 1997.

Es lo que dice la sala laboral de la Corte suprema de justicia en la sentencia 55933 ya referida:

«Lo que fácilmente se extrae de la citada sentencia 35421 es que el trabajador debe acreditar que se encontraba en la condición especial al momento de la desvinculación, la cual constituye el supuesto de hecho para hacerse merecedor de la estabilidad laboral reforzada contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así lo interpretó el Tribunal al determinar que le «correspondía al actor demostrar que al momento del despido se encontraba sufriendo alguna limitación física, sensorial o mental, para trasladar así al empleador la carga de probar que dicha situación no dio origen a la determinación de no prorrogar el contrato».

El trabajador prueba su discapacidad con la calificación respectiva.

Entonces, el trabajador en juicio debe probar su discapacidad y el empleador que el despido fue por una justa causa.

La discapacidad debe estar estructurada a la fecha del despido.

Para que el trabajador goce de la especial protección contra el despido, la



discapacidad que genera esa protección especial debe estar estructurada a la fecha en que sucede el despido, como lo recuerda la misma corte:

«También se ha de decir por la Sala que no se equivocó el juez colegiado al dar por desvirtuada la discriminación del trabajador en razón de su limitación, con base en el hecho constatado que, para finalización del vínculo, la condición de discapacidad en el 20.30% no se había estructurado, el cual le sirvió para deducir que el empleador no pudo haber fundado la decisión de no prorrogar el contrato de trabajo del accionante en razón de esa limitación, «...en tanto no conocía la discapacidad», puesto que ni siquiera tal situación existía para entonces.»

Es obvio que si a la fecha del despido el trabajador no estaba en condiciones de discapacidad no podía tener derecho a la estabilidad reforzada que se habilita precisamente por la calidad de discapacitado del trabajador.

El problema surge cuando el trabajador a la fecha del despido tenía una incapacidad laboral temporal que después del despido derivó en discapacidad permanente, tema que también abordó la sala en la misma sentencia:

«Si lo que la censura pretende invocar, para derribar la sentencia, es que así no se haya estructurado la condición de discapacidad para el momento de la desvinculación, era previsible que esta se iba a dar, pues el trabajador ya se encontraba enfermo para la época del retiro, no se puede olvidar que la relación finalizó por la decisión del empleador de no prorrogar el contrato de trabajo a término fijo que ligó a las partes.

Para ahondar en razones, la Sala observa que la incapacidad No.



747842 a la que alude el actor en el hecho séptimo de la demanda para alegar que se encontraba enfermo al momento del retiro, fue de fecha 13 de marzo de 2006, mientras que el preaviso de la terminación del contrato de trabajo se hizo el 1 de febrero de 2006, fl. 34., con vencimiento 22 de marzo siguiente. Por otra parte, la regla general es que la condición de incapacidad médica al momento del retiro no da lugar por sí sola a la protección de la estabilidad laboral reforzada.»

Es clara la Corte en este tema tan delicado.

Grado de discapacidad para tener derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Líneas atrás quedó claro que la protección especial contra el despido del trabajador discapacitado requiere que este padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen.

Según el decreto 2463 de 2001, tenemos los siguientes niveles o grados de discapacidad:

Grado de discapacidad:	Porcentaje de discapacidad.
Moderado:	15% — 25%
Severo:	>25% — <50%
Profundo:	=>50%

Es decir que el trabajador que tenga una discapacidad del 15% ya goza de la protección especial de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Naturalmente si el porcentaje de discapacidad es inferior al 15% el trabajador no goza de estabilidad laboral reforzada y podrá ser despedido



con razón o sin ella, y sin autorización previa del ministerio del trabajo por intermedio del inspector del trabajo, algo que reiteradamente ha señalado la Corte suprema de justicia, como en la sentencia SL5427-2021 de la sala laboral.

Sin embargo, la Corte constitucional en reiterada jurisprudencia ha considerado que la estabilidad laboral reforzada aplica también para la discapacidad laboral moderada, como en la sentencia de unificación SU-049 de 2017, por lo que, si el trabajador tiene una discapacidad de 5%, por ejemplo, aun estaría protegido por la estabilidad laboral reforzada.

Trabajador despedido con autorización del inspector de trabajo puede demandar su despido.

Que el inspector de trabajo autorice el despido del trabajador discapacitado no impide que este pueda demandar en todo caso el despido si lo considera injusto.

En otras palabras, la autorización del inspector de trabajo no debe interpretarse como un sí definitivo al empleador y que en razón a ello el despido en esas condiciones transite a cosa juzgada, por cuanto la decisión del empleador de despedir al trabajador, y la decisión del inspector de trabajo de autorizarlo pueden ser controvertidas por el trabajador ante un juez laboral.

Así lo advierte la sala laboral de la corte suprema de justicia en la sentencia de tutela de tutela 35607 del 22 de noviembre de 2011 con ponencia del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza:

«En segundo lugar, se debe resaltar que el empleador del actor opuso



una justificación para dar por terminado el contrato de trabajo, que fue puesta a consideración del Ministerio de la Protección Social. En la actuación administrativa adelantada por el Inspector de Trabajo, se siguió el procedimiento establecido legalmente para autorizar el despido de una persona con limitaciones, de acuerdo con lo previsto en la Ley 361 de 1997 y, en cualquier circunstancia, como se ha sostenido en anteriores oportunidades, no resulta procedente para el juez constitucional, por vía de una petición de amparo, revivir los debates jurídicos asumidos por el Ministerio de la Protección Social, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, así como controvertir el fondo de sus decisiones, pues para ello existen otros procedimientos puestos al alcance de los interesados»

Luego prosigue la corte en la misma sentencia:

«En ese mismo orden de ideas, las conclusiones a las que pueda llegar el Inspector de Trabajo y las controversias relativas a la forma de terminación del contrato de trabajo deben ser discutidas ante el juez ordinario laboral, como se advirtió en las mismas resoluciones administrativas que autorizaron el despido y que no están en firme.

De tal modo, no puede afirmarse que el Inspector de Trabajo se haya abrogado competencias jurisdiccionales, pues el trabajador tiene a su alcance la acción ordinaria laboral, en la que puede pedir su reintegro, el pago de indemnizaciones y todas las demás acreencias laborales que reclama. Por ello mismo, la acción de tutela resulta improcedente, por la existencia de otros mecanismos para ejercer la defensa de los derechos fundamentales que se consideran conculcados.»

Queda claro que la autorización que extienda el inspector de trabajo en nada



afecta el derecho que tiene el trabajador de recurrir ante un juez laboral, de manera que el trabajador puede perseguir que un juez laboral «tumbe» tanto la decisión del empleador de despedirlo como la decisión del inspector de trabajo de autorizar el despido.

Despido de trabajador incapacitado.

Un trabajador que se encuentra incapacitado o en incapacidad laboral temporal puede ser despedido cuando exista una justa causa, sin que se requiera un procedimiento especial por cuanto no goza de la estabilidad reforzada propia de los trabajadores discapacitados.

Que un trabajador esté disfrutando de una incapacidad laboral temporal otorgada por un la EPS o la ARL no impide que sea despedido en caso de incurrir en una justa causa, pues no hay ley que lo impida o que le imponga un límite al despido.

La incapacidad laboral temporal no reviste al trabajador de estabilidad laboral reforzada, de manera que el trabajador no goza de protección especial por el simple hecho de estar incapacitado.

Así lo ha dejado claro la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 47759 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos, en la que se reitera una vez más dicho criterio jurisprudencial:

«Sobre el particular, ya esta Sala se ha pronunciado de forma pacífica, verbigracia en la sentencia CSJ SL del 30 de enero de 2013, No. 41867, en el sentido de que «la relación laboral puede ser terminada con justa causa aun cuando el trabajador se encuentre en incapacidad



temporal», pues como lo ha dicho esta Corporación, “También es cierto que las incapacidades, por sí solas, no acreditan que la persona se encuentre en la limitación física y dentro de los porcentajes anteriormente mencionados, para efectos de ser cobijada por la protección a la que se refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.”

Es claro que la incapacidad laboral temporal no tiene las mismas connotaciones ni los mismos efectos jurídicos que la discapacidad permanente, por lo tanto, a la incapacidad laboral no se le extiende la protección especial que sí genera la discapacidad.

¿Qué debe hacer el empleador para despedir a un trabajador con incapacidad laboral?

El empleador debe seguir el procedimiento normal que se sigue para despedir a cualquier trabajador que incurre en una falta que constituye justa causa para la terminación del contrato de trabajo.

En consecuencia, el empleador una vez tenga la certeza y las pruebas de la configuración de la justa causa para despedir al trabajador, puede despedirlo sin la necesidad de pedir autorización el ministerio del trabajo.

Se recomienda, eso sí, seguir el procedimiento correcto para el despido en el que se le garantice al trabajador su derecho a la defensa.

Si el trabajador se niega a notificarse de la carta de despido, y se niega a presentar descargos, el empleador puede hacer las notificaciones incluso por correo certificado, y si el trabajador no se presenta a rendir descargos, el empleador puede continuar con el procedimiento frente a testigos, lo que permita evidenciar la voluntad del empleador de ofrecer al trabajador los



mecanismos para que este ejerza su derecho a la defensa.

En todo caso, el despido al no ser una sanción disciplinaria no requiere de tanta ritualidad, por lo que no es absolutamente necesario seguirla, y menos cuando el trabajador se niega a ejercer su derecho a la contradicción y la defensa.

Despido del trabajador con incapacidad laboral sin justa causa.

Como el trabajador que tiene una incapacidad laboral temporal no goza de ninguna protección especial que limite o impida su despido, el empleador puede despedirlo en cualquier momento pagando la respectiva indemnización por despido injustificado.

Se precisa que el despido sin justa causa es posible siempre que no se trate de un trabajador que por otras circunstancias distintas a la incapacidad laboral goce de estabilidad laboral reforzada, como puede ser el caso de una mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia, o de un trabajador con fuero sindical.

Pero la limitación para despedirlo no se debe a la incapacidad laboral sino a las circunstancias ya señaladas.

Cuando la incapacidad laboral temporal supera los 180 días.

Lo expuesto aquí aplica para incapacidades laborales temporales inferiores a 180 días, pues si la incapacidad supera los 180 días, el asunto cambia en vista a lo dispuesto por el artículo 62 del código sustantivo del trabajo que



permite el despido con justa causa en el siguiente caso:

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

Este es un asunto completamente distinto con regulación especial que se aborda unas páginas atrás.

En estos casos se requiere seguir un proceso especial que puede incluir la solicitud de autorización del ministerio del trabajo para proceder a la desvinculación del trabajador.

Despido del trabajador por consumo de alcohol y drogas.

El consumo de drogas y alcohol por parte de los trabajadores puede ser una justa causa para su despido, pero para ello se requiere seguir un complejo proceso a satisfacción tanto de la Corte constitucional como de la Corte suprema de justicia.

Consumo de alcohol y drogas como causal de despido.

En primer lugar, el artículo 60 del código sustantivo del trabajo prohíbe a los trabajadores presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas.

Por su parte el artículo 62 del mismo código señala como causa justa para despedir al trabajador el que este incumpla gravemente las prohibiciones



que tiene, precisamente presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas.

De manera que, si el trabajador de forma continuada se presenta en esas condiciones al trabajo, y además debido a su condición su desempeño es deficiente y causa traumatismos en la operatividad de la empresa, podría ser despedido por justa causa.

Se precisa que la ley lo que prohíbe es que el trabajador se presente al trabajo bajo efectos del alcohol o las drogas, no que las consuma en su casa o en la calle.

Y, por supuesto, está prohibido el consumo de estas sustancias en el lugar de trabajo, pues implicaría estar bajo sus efectos en el lugar de trabajo.

Aplicación limitada de la prohibición del consumo de alcohol y drogas en el trabajo.

Es conocida la posición de la Corte constitucional de proteger el derecho de los ciudadanos a consumir alcohol y drogas incluso en lugares públicos, sin considerar la afectación que tal conducta tiene en los demás ciudadanos, y esa protección la ha extendido al lugar de trabajo.

Es así como en la sentencia C-636 de 2016 señaló:

«Aplicado este razonamiento al caso concreto, la Corte concluyó que la prohibición establecida en el numeral 2 del artículo 60 del CST era demasiado amplia, en el sentido de que establecía la misma prohibición para cualquier persona trabajadora sin consideración, a la labor específica que esta pueda desempeñar. Anotó la Corte que no es válido asumir automáticamente que en todos los casos el consumo



de sustancias psicoactivas implique un riesgo el trabajador o sus compañeros de trabajo, ni que afecte negativamente la labor contratada, por lo que la prohibición, tal como estaba prevista, resultaba contraria al artículo 25 de la Constitución. Además, dada su generalidad, podría llegar a afectar la autonomía individual de los trabajadores, reconocida en los artículos 15 y 16 de la Constitución Política.

Por lo tanto, la Corte consideró procedente condicionar el alcance de la prohibición prevista en el artículo 60 del CST, para precisar que la prohibición solo será exigible cuando el consumo de sustancias psicoactivas afecte de manera directa el desempeño laboral del trabajador.»

En criterio de la Corte constitucional, presentarse al trabajo embriagado o drogado sólo puede ser sancionado si en ocasión a ello se afecta el desempeño del trabajador, se coloca en riesgo al mismo trabajador o a los demás trabajadores, para no correr el riesgo de afectar el derecho a la intimidad del trabajador y al libre desarrollo de su personalidad.

En consecuencia, le corresponde al empleador acreditar la incidencia negativa en el desempeño del trabajador cuando este se presenta al trabajo bajo los efectos de drogas o alcohol, o las consume en el sitio de trabajo.

De manera que si el empleador no demuestra con suficiencia los efectos negativos de que el trabajador se presente a trabajar bajo los efectos del alcohol o las drogas, no podrá despedirlo.

Pero la Corte suprema de justicia ha ido más allá e impone al empleador la obligación no solo acreditar el efecto negativo de la condición de alcoholismo o drogadicción del trabajador, sino de haber hecho lo necesario



para evitar que el trabajador se vuelva alcohólico o drogadicto, y en caso que se vuelva así, hacer lo necesario para rehabilitarlo, y si no es posible, entonces sí considera justo el despido.

Es así como en la sentencia SL4078-2019 de la sala laboral señaló la corte:

«Finalmente, y en atención a la terminación del contrato de trabajo de manera unilateral por parte del empleador al actor por ausentismo laboral, sin atender a las circunstancias especiales que lo acompañaban de haber sido diagnosticado con depresión por alcoholismo, es importante destacar nuevamente que la Sala Laboral de la Corte mediante la sentencia CSJ SL1298-2018, anteriormente citada dijo que como uno de los deberes que se le atribuyen al empleador es «dar garantías de seguridad y salud» a sus trabajadores, en consecuencia se debe considerar entre los riesgos del empleo, políticas de promoción de una convivencia sana, en la que se incluyan protocolos para evitar el consumo de alcohol, drogas y sustancias psicoactivas, lo que reduciría la posibilidad de utilizar esta situación como causa de despido, procurando de esta manera controlar los riesgos de estas enfermedades y permitiendo que se acoja lo establecido por las normas de la seguridad social.»

Ello impone al empleador la obligación de procurar que el trabajador no consuma drogas ni alcohol, y si en todo caso llegara a suceder o si ya era alcohólico o drogadicto al ser contratado, dice la corte:

«Ahora bien, no se trata de que el empresario pierda su facultad sancionatoria o de poder finiquitar el contrato de trabajo, sino de que confronte al empleado a través del médico de la empresa o de la ARL sobre los hechos que se presentan y las consecuencias que su



comportamiento conlleva, incluso la posibilidad de ser reincorporado, reubicado, o por último despedido, con el propósito de que inicie un tratamiento en pro de su bienestar, acreditando de esta manera que está ofreciendo una protección o acompañamiento dirigido a su rehabilitación con los organismos de salud ocupacionales y en este caso si el trabajador no se acoge o persiste en su conducta, hacer uso de las potestades sancionatorias o de culminación del nexo correspondientes.»

Una vez más, el empleador debe demostrar que hizo lo posible para que el trabajador no cayera en el consumo de drogas o de alcohol, y si sucedió, que hizo lo posible para que superara esa adicción.

Drogadicción y alcoholismo como un problema de salud y no de conducta.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, la jurisprudencia de las altas cortes ha considerado el alcoholismo como una enfermedad y no como una conducta prohibida y sancionable, lo que cambia radicalmente la forma en que debe ser abordado este problema por el empleador.

Es así como la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL2035-2021 con radicación 79054 y ponencia de la magistrada Ana María Muñoz, señala:

«El alcoholismo, entonces, a pesar de manifestarse en general como una conducta socialmente indeseable y pretendidamente evitable en ambientes laborales, no puede dejar de analizarse bajo la óptica de un padecimiento del cual el mismo trabajador la mayoría de veces no tiene control y, por lo mismo, en lugar de proveer para su control una



consecuencia sancionatoria desde el derecho del trabajo requiere, por el contrario, pleno acompañamiento, asistencia y protección propios de las personas en condiciones de vulnerabilidad o debilidad manifiesta.»

Si el problema de alcoholismo o drogadicción del trabajador es marcado, puede llegar a que este sea considerado como parte contractual en debilidad manifiesta, lo que llega a que sea cobijado por la llamada estabilidad laboral reforzada, como lo deja claro la Corte en la misma sentencia:

«En este sentido, la Corte encuentra pertinente reiterar que el alcoholismo o la adicción a cualquier otra sustancia que genere dependencia, más allá de tener una evidente repercusión laboral que puede desembocar en la sanción al trabajador o la finalización de su contrato con justa causa, también debe ser visto como un padecimiento médico que, en determinadas circunstancias, contrario al tratamiento punitivo o sancionatorio, puede suponer una limitación que en interacción con barreras contextuales llegue a ser discapacitante y por lo mismo, exige un deber de protección del empleador y eventualmente una situación de estabilidad laboral reforzada.»

Es por ello que el empleador primero debe procurar la rehabilitación y hasta la reubicación del trabajador alcohólico o drogadicto antes que despedirlo, pues es debe abordar el asunto como un problema de salud grave.



Lineamiento de la OIT frente al alcoholismo y drogadicción en el ambiente laboral.

La organización internacional del trabajo (OIT) ha fijado unas pautas o recomendaciones sobre cómo el empleador debería proceder frente a trabajadores que sufren problemas de adicción, que Corte suprema de justicia refiere en la sentencia SL2035-2021:

- **Intervención y medidas disciplinarias.**
 - Preferencia por el tratamiento en vez de las medidas disciplinarias
 - El empleador debería considerar los problemas de alcohol o de drogas como un problema de salud. En tales casos, el empleador debería normalmente ofrecer servicios de asesoramiento, tratamiento y rehabilitación a los trabajadores, antes de considerar la aplicación de medidas disciplinarias.
- **Papel del empleador en relación con la aplicación de medidas disciplinarias.**
 - Debería reconocerse que el empleador tiene autoridad para sancionar a los trabajadores cuya conducta profesional sea impropia como consecuencia de problemas relacionados con el alcohol o las drogas. Sin embargo, es preferible que los remitan a los servicios de asesoramiento, tratamiento y rehabilitación en vez de aplicarles sanciones disciplinarias. Si un trabajador no colabora plenamente con el tratamiento, el empleador podrá tomar las medidas disciplinarias que considere oportunas.
- **Elaboración y notificación de normas disciplinarias.**
 - De conformidad con la legislación y las prácticas nacionales, el empleador, en consulta y en colaboración con los trabajadores



y sus representantes, debería elaborar normas disciplinarias respecto del alcohol y de las drogas. Tales normas deberían comunicarse a los trabajadores con el fin de que éstos sepan claramente cuáles son las prohibiciones y cuáles son las sanciones que podrían aplicarse en caso de infracción.

- Los programas de información, educación y formación relativos al alcohol y las drogas deberían comprender disposiciones laborales en donde se especifiquen las circunstancias que podrían dar lugar a medidas disciplinarias, incluido el despido, de resultas de problemas relacionados con el alcohol o las drogas.

Estos lineamientos son relevantes considerando que tanto la Corte suprema de justicia como la Corte constitucional sentencian con base a ellos.

Nulidad de la renuncia del trabajador drogadicto o alcohólico.

La situación de drogadicción y alcoholismo de un trabajador es tal que en un momento dado ni el empleador puede despedirlo ni el trabajador puede renunciar, pues el despido puede ser declarado ilegal o ineficaz, y la renuncia nula.

Si el trabajador drogadicto o alcohólico presenta su renuncia, luego puede alegar la nulidad de esa renuncia bajo el argumento que su decisión no fue libre en razón a su condición de adicción.

Esa posibilidad la deja claro la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL4823-2020, radicación 59563 con ponencia del magistrado Gerardo Botero, cuando afirma:



«Bajo el anterior contexto, dada la particular situación de salud que aquejaba a la actora para el momento de su renuncia, y que está plena acreditada con los elementos de juicio a los que se ha hecho mención y análisis con anterioridad y en el recurso extraordinario, pese a que no existe una declaratoria legal de interdicción, permite desvirtuar la presunción de capacidad al que alude el artículo 1503 del Código Civil, por cuanto el «trastorno mental y del comportamiento debido al consumo de alcohol y cocaína, asociado al Episodio depresivo grave», diagnosticado el 4 de julio de 2008, conlleva a aseverar que la demandante carecía de plenas facultades para comprender la incidencia sobre su conducta y medir las consecuencias de sus actos.»

Más adelante señala la corte:

«Así, las tantas veces mencionados trastornos que padecía la demandante para la fecha de su renuncia, suficientemente demostrados, afectaron su capacidad volitiva y de razonamiento, lo que permite colegir, que conforme a los elementos de juicio a los que se ha hecho mención, se encuentra plenamente desvirtuada la presunción de capacidad establecida en el artículo 1503 del Código Civil, lo que conduce a la declaratoria de la nulidad absoluta del acto jurídico de la renuncia, pues se insiste, la actora carecía de voluntad y aptitud mental para expresar su consentimiento con efectos jurídicos vinculantes, restándole validez a aquella decisión, en los términos previstos en el inciso 2º del artículo 553 ibidem, vigente en aquella época.»

Esto hace que incluso la renuncia presentada por un trabajador con problemas de adicción puede generar problemas jurídicos al empleador.



Prueba del consumo de drogas o alcohol.

Cuando el empleador pretende despedir o sancionar a un trabajador por consumo de drogas o alcohol, naturalmente debe probar ese hecho, y para ello puede hacerlo de cualquier forma, pues la norma no exige una ritualidad específica.

Así lo deja claro la Corte suprema de justicia en sentencia 33779 del 22 de septiembre de 2009, con ponencia del magistrado Francisco Javier Ricaurte:

«En el caso de la embriaguez o la conducta determinada por el consumo de drogas o sustancia enervantes, no está limitado el juez por tarifa probatoria alguna, de manera que solo está sometido a los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, por lo que cuando ella se exterioriza mediante signos inequívocos de consumo de cualquiera de estas sustancias, tal como ocurrió en este caso, el hecho es posible establecerlo mediante cualquiera de los medios probatorios admitidos por la ley, entre ellos la prueba testimonial.»

El empleador no está limitado respecto al tipo o clase de prueba que debe allegar al proceso a fin de probar el consumo de estas sustancias.

Procedimiento correcto para despedir a un trabajador por justa causa.

Un trabajador puede ser despedido si incurre en una justa causa para la



terminación del contrato, pero ese despido debe hacerse siguiente el procedimiento correcto para no viciar el despido que es justo.

El debido proceso en el despido del trabajador.

El código sustantivo del trabajo se encarga de señalar las causas por las que se puede despedir un trabajador, pero no regula el procedimiento o proceso que se debe seguir.

Debido a ese vacío legal, es la doctrina y la jurisprudencia de las altas cortes quienes han fijado las pautas que se han de seguir para garantizar los derechos del trabajador.

La Corte constitucional principalmente, se preocupa porque se garantice el derecho a la defensa del trabajador, y esa garantía pasa por ofrecerle un debido proceso al trabajador que se despide por justa causa.

Si bien el debido proceso y el derecho a la defensa se cree del resorte único de la justicia y las autoridades o administrativas, la corte constitucional ha hecho extensivas estas garantías a los particulares que por diferentes circunstancias se ven abocados a ser sancionados por otros particulares, como es el caso del trabajador frente al empleador.

Es así como en sentencia C-593 de 2014 dijo la Corte constitucional:

«En virtud de lo anterior, ha determinado que este mandato “no sólo involucra u obliga a las autoridades públicas, en el sentido amplio de este término, sino a los particulares que se arrogan esta facultad, como una forma de mantener un principio de orden al interior de sus organizaciones (v. gr. establecimientos educativos, empleadores, asociaciones con o sin ánimo de lucro, e.t.c.). Agregó la Corporación,



en relación con la sujeción al debido proceso en los procedimientos en que los particulares tienen la posibilidad de aplicar sanciones o juzgar la conducta de terceros, lo siguiente “no podría entenderse cómo semejante garantía, reconocida al ser humano frente a quien juzga o evalúa su conducta, pudiera ser exigible únicamente al Estado. También los particulares, cuando se hallen en posibilidad de aplicar sanciones o castigos, están obligados por la Constitución a observar las reglas del debido proceso, y es un derecho fundamental de la persona procesada la de que, en su integridad, los fundamentos y postulados que a esa garantía corresponden le sean aplicados»

Resulta evidente que, si un trabajador va a ser sancionado, en este caso con el despido, se le ha de brindar la oportunidad para que ejerza su derecho a la defensa, para que refute las pruebas que hay en su contra y para que presente las propias en su favor.

La necesidad de establecer un procedimiento sancionatorio.

La garantía del derecho a la defensa y del debido proceso exige que la empresa fije este procedimiento en su estructura interna para que existan reglas preexistentes que permitan tramitar los procesos sancionatorios de cualquier tipo, tal como lo afirma la Corte en la misma sentencia:

«En aras de garantizar y hacer efectivo las garantías consagradas en la Constitución Política, la jurisprudencia ha sostenido que es “indispensable que los entes de carácter privado fijen unas formas o parámetros mínimos que delimiten el uso de este poder y que permitan al conglomerado conocer las condiciones en que puede o



ha de desarrollarse su relación con éstos. Es aquí donde encuentra justificación la existencia y la exigencia que se hace de los llamados reglamentos, manuales de convivencia, estatutos, etc., en los cuales se fijan esos mínimos que garantizan los derechos al debido proceso y a la defensa de los individuos que hacen parte del ente correspondiente»

Es por ello la necesidad de contar con un manual o un reglamento de trabajo en el que se fijen los términos y procedimientos que se deben seguir para sancionar disciplinariamente a un trabajador, o para despedirlo.

Es un elemento que debe tener todo empleador, y en caso de no tenerlo, esas reglas se pueden incluir en el contrato de trabajo individual.

El proceso a seguir para despedir al trabajador.

Ahora sí a lo que vinimos, a sugerir el procedimiento que se debe seguir para proceder con la terminación del contrato al trabajador que ha incurrido en una justa causa.

Paso 1.	Identificar las correctamente la justa causa.
Paso 2.	Recolectar las pruebas suficientes que demuestren irrefutablemente la falta.
Paso 3.	Notificar al trabajador para que presente los descargos de acuerdo a las conductas que se le endilguen.
Paso 4.	Recibir los descargos del trabajador, evaluarlos y decidir de acuerdo a ellos.



Paso 5.	Si la decisión es despedir al trabajador, comunicarle la carta de despido, indicando claramente las causas y razones por las que se despide.
Paso 6.	Si el trabajador goza de estabilidad laboral reforzada, solicite autorización al inspector de trabajo.
Paso 7.	Liquidar el contrato y pagar salarios y prestaciones.

Con lo anterior es suficiente para garantizar que el trabajador tenga la oportunidad de contradecir las conductas de las que es acusado.

Las consecuencias de no garantizar el derecho a la defensa del trabajador despedido.

Si el despido con justa causa se hace sin garantizar el derecho a la defensa del trabajador, el despido pasa de ser justo a ser injusto, y en algunos casos, a ser ilegal.

Ante esta situación, el trabajador puede demandar al empleador y un juez, ya sea en una acción de tutela o en un proceso laboral ordinaria, puede declarar el despido como injusto obligando al empleador a pagar la respectiva indemnización por despido injustificado.

Ahora, si el despido se hace omitiendo la autorización del ministerio del trabajo **para los casos en que existe tal obligación**, el asunto es más complicado porque el despido, además de declarado injusto será declarado ilegal, y la consecuencia de ello es la orden de reintegro del trabajador, muy seguramente es lo que pedirá un trabajador en estas condiciones, además de la indemnización que corresponda según la norma que contemple la



estabilidad laboral reforzada de que goza el trabajador afectado por esta «impericia» del empleador.

Como se puede observar, este asunto no es para nada trivial y encarna serias consecuencias para el empleador que no sigue el procedimiento indicado, que entre otras cosas es relativamente sencillo, y que a decir verdad, **es un procedimiento meramente formal** porque el empleador de todas maneras puede hacer caso omiso a los descargos que presente el trabajador y despedirlo, y si bien el trabajador puede demandar al empleador, no puede acusarlo de violar su derecho a la defensa, sino que tendrá que alegar que las justas causas no lo eran.

Lo aquí expuesto aplica exclusivamente para el despido cuando se alega una justa causa, pues cuando esa causa no existe, es un despido injustificado y de plano hay que pagar la indemnización por despido.

En estos casos el empleador simplemente paga y despidé, siempre que no se trate de un trabajador con estabilidad laboral reforzada, **pues en tal caso el despido sin justa causa no es posible ni pagando la indemnización**. Sobre este tema consulte el artículo que recomendamos sobre despido injusto justo antes de este párrafo, pues es un tema de especial cuidado.

No hay debido proceso para no renovar el contrato de trabajo.

Cuando no se trata de un despido en toda regla, sino de la decisión del empleador de no renovar el contrato de trabajo, no se requiere seguir el procedimiento aquí expuesto.

El despido es distinto a la no renovación del contrato de trabajo, pues este,



por disposición de las partes, tiene una fecha de expiración previamente acordada, de manera que no se trata de un despido, sino el resultado de un acuerdo de voluntades que fue plasmado al momento de firmar el contrato.

En consecuencia, no hace falta seguir ningún procedimiento especial para no renovar un contrato de trabajo, pues allí el trabajador no ha incurrido en justas causas, sino que por un acuerdo bilateral se dispuso la terminación del contrato en una fecha determinada.

Al respecto es importante transcribir el siguiente aparte de la sentencia 45364 del 15 de marzo de 2017 de la Sala laboral de la Corte suprema de justicia, con ponencia del magistrado Jorge Luis Quiroz:

«En sede de instancia, además de lo anterior, se debe decir que en este caso no es procedente el reintegro solicitado por la demandante, en tanto el procedimiento convencional reprochado por su no aplicación, debe verificarse únicamente cuando se tengan «que imponer sanciones disciplinarias o retirar por justa causa» (folio 23), y como en este asunto se trató fue de la terminación del contrato de trabajo por la expiración del plazo fijo pactado, no había lugar a acudir al mismo.

Y es que no existe duda que el empleador preaviso, dentro del término de Ley, sobre la no prórroga del contrato de trabajo, razón por la cual, se reitera no era procedente acudir al texto del acuerdo convencional.»

Es claro que despedir a un trabajador no es lo mismo que no renovarle el contrato de trabajo como lo señala la corte en la misma sentencia:

«En efecto, esta Sala de la Corte ha definido que, a diferencia de los contratos de trabajo a término indefinido, en los pactados a término



fijo la condición extintiva se concibe desde el mismo instante en el que los contratantes han celebrado el acuerdo de voluntades, pues convienen las condiciones de su vinculación y fijan de forma clara e inequívoca el término de duración de la relación, de manera que esa manifestación de voluntad surte efectos a partir de la suscripción del contrato. Es por ello que la expiración del plazo pactado no constituye una terminación unilateral del contrato, con o sin justa causa, sino un modo, modalidad o forma de ponerle fin a un vínculo contractual, previsto en el literal c) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 5 de la Ley 50 de 1990.»

Aquí no hay despido, y por lo tanto no proceden las garantías que le son propias al despido del trabajador en especial si se trata de una justa causa.

Lo que sí se debe observar para no renovar el contrato de trabajo a término fijo, es que la notificación se debe hacer con una anticipación no inferior a 30 días calendario a la fecha de expiración.



REINTEGRO DEL TRABAJADOR.

El empleador se puede ver obligado judicialmente a reintegrar a un trabajador que previamente ha despedido, decisión que debe ser acatada.

Cuando un trabajador es despedido, ese despido puede tener como consecuencia el pago de una indemnización, el reintegro o ninguna consecuencia, y en esta oportunidad nos ocupamos de los casos en que resulta procedente el reintegro del trabajador.

Clases o tipos de despido y la obligación de reintegro.

Cuando el despido no se ajusta a lo dispuesto por la ley, por regla general se aplica la indemnización por despido contemplada por el artículo 64 del código sustantivo del trabajo, pero en casos particulares lo que procede es el reintegro.

Se ha dicho que el despido de un trabajador puede tener las siguientes modalidades y dependiendo de ellas las consecuencias serán distintas, por lo que es esencial comprender este aspecto.

- Justo y legal
- Injusto y legal
- Justo e ilegal
- Injusto e ilegal

A continuación, señalamos las consecuencias de cada una de estas modalidades de despido o terminación del contrato de trabajo.



Reintegro en el despido justo y legal.

Cuando el despido es justo y además es legal, es decir, se siguió el procedimiento correcto para despedir al trabajador, no existe ninguna consecuencia para el empleador, por lo tanto, no hay lugar al pago de indemnización por despido ni mucho menos la obligación de reintegrar el trabajador.

El despido es justo cuando existe una justa causa para la terminación del contrato de trabajo, y además el despido del trabajador se hace de la forma correcta sin contrariar lo que la ley ha dispuesto.

Reintegro en el despido injusto y legal.

Cuando el despido es injusto, pero es legal, es preciso pagar la respectiva indemnización por despido injusto.

Y el despido es legal cuando se produce de acuerdo a lo que la ley considera.

Recordemos que el empleador tiene la facultad de despedir al trabajador en cualquier momento, exista o no una justa causa, y mientras la ley no prohíba ese despido o no considere una ritualidad especial, ese despido será legal.

Al respecto es oportuno transcribir lo que dijo la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 70342 del 8 de agosto de 2018 con ponencia de la magistrada Cecilia Dueñas Quevedo:

«En dicha perspectiva, la Corporación reitera que todo empleador tiene la facultad de dar por terminado un contrato de trabajo sin justa causa, dentro de los límites que ese actuar discrecional encuentra en el ordenamiento jurídico.»



Es claro que el despido injusto puede ser legal, por cuanto por regla general la ley no lo prohíbe y sólo impone la obligación de pagar una indemnización (artículo 64 del código sustantivo del trabajo).

Reintegro en el despido justo e ilegal.

El despido puede ser justo en ocasión a que el trabajador incurre en una causal que la ley considera como justa para que el contrato de trabajo sea terminado por el empleador, pero puede ser ilegal si no se siguen las ritualidades que la ley en ciertos casos ha establecido.

Es el caso de los trabajadores que gozan de estabilidad laboral reforzada, donde a pesar de existir una justa causa para despedir al trabajador, este no puede ser despedido sino con la autorización del ministerio del trabajo o inspector de trabajo, o cuando la ley simplemente declara sin efecto un despido como los casos relacionados con el acoso laboral.

En estos casos, si el trabajador es despedido sin la debida autorización, aunque exista una justa causa el despido es ilegal por no ajustarse a los requisitos contemplados por la ley.

La consecuencia del despido ilegal es el reintegro del trabajador, y, en algunos casos, el pago de una indemnización específica diferente a la indemnización por despido injusto contemplada en el artículo 64 del código sustantivo del trabajo, como en el caso del trabajador discapacitado que se despidió sin permiso del inspector de trabajo.



Reintegro en el despido injusto e ilegal.

El despido injusto naturalmente es aquel en el que no media una justa causa para terminar el contrato, y además se hace sin cumplir los requisitos que la ley exige para poder desvincular al trabajador, como los casos ya señalados.

La consecuencia es la misma: el reintegro del trabajador, y si al ser despedido se le pagó una indemnización por despido injustificado, debe reintegrar ese dinero, por cuanto al producirse el reintegro, que se hace sin solución de continuidad, se entiende jurídicamente que el despido nunca sucedió por lo tanto desaparece la indemnización por despido injusto.

Consecuencias del reintegro del trabajador.

Se ha afirmado que el reintegro del trabajador procede únicamente cuando el despido se declara ilegal, y las consecuencias de ello no son otras que pagar al trabajador todos los conceptos que se le hubieran pagado si la relación laboral no se hubiera interrumpido.

En consecuencia, el empleador debe pagar los salarios, prestaciones sociales y seguridad social como si el vínculo laboral nunca hubiera terminado, y si procede una sanción específica, se debe pagar también.

Se recuerda que cuando el trabajador es reintegrado, no hay lugar a la indemnización por despido injustificado porque al declararse el reintegro con fecha retroactiva (a la fecha en que se produjo el despido ilegal), desaparece la causa que da origen a la indemnización por despido injusto.



¿Quién ordena el reintegro del trabajador?

El reintegro del trabajador debe ser ordenado por un juez laboral por lo que se infiere que este sólo es posible mediante la interposición de una demanda laboral, y previamente se debe demostrar la ilegalidad del despido, requisito esencial para que proceda el reintegro.

Conclusión.

Por regla general el empleador es libre de despedir a un trabajador exista o no justa causa, y la sanción en caso en que el despido sea sin justa causa, es la indemnización por despido injusto que contempla el artículo 64 del código sustantivo del trabajo.

El reintegro del trabajador es excepcional y procede sólo en determinados casos cuando la ley prohíbe el despido en determinadas circunstancias o impone unas formalidades específicas, que de no cumplirse tornan en ilegal el despido, como, por ejemplo:

- Trabajadoras en estado de embarazo o lactancia
- Trabajadores discapacitados
- Trabajadores con fuero sindical
- Trabajadores que han denunciado acoso laboral

Eventualmente un juez puede ordenar el reintegro de un trabajador que ha sido despedido alegándose una justa causa sin garantizársele el derecho a la defensa y al debido proceso, es decir, es despido arbitrariamente, por lo tanto, es importante que al despedir un trabajador por justa causa siga el



procedimiento adecuado.

En el pasado el reintegro era una posibilidad optativa, pero eso desapareció con la ley 50 de 1990, por lo que ahora es excepcional en los casos ya señalados.



LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Uno de los temas más recurrentes en la parte laboral es la liquidación del contrato de trabajo.

Un contrato de trabajo se liquida en los siguientes casos:

- Por la finalización el tiempo pactado en el caso de los contratos de trabajo a término fijo.
- Por el retiro del trabajador por jubilación.
- Por la terminación unilateral por cualquiera de las partes en cualquier momento, sea o no con justa causa. Aplica para contratos a término fijo y para indefinidos.

Cuando se liquida un contrato de trabajo se deben liquidar todos los conceptos que la empresa debe al trabajador como prestaciones sociales, y demás derivados de la relación laboral tales como los aportes parafiscales cuando haya lugar a ellos.

Hay que tener muy claro algunos aspectos antes de proceder a liquidar cualquier contrato: se liquidará únicamente los valores aún no liquidados, por lo que no es necesario liquidar conceptos de años atrás, puesto que se supone que en su momento fueron liquidados y pagados.

Sucede por ejemplo con la prima de servicios. Esta se liquida cada seis meses, de modo que el contrato puede haber durado 5 o más años, pero a la hora de liquidar la prima de servicios, se liquidará únicamente el último semestre, puesto que los anteriores ya debieron haberse liquidado. Igual sucede con cada uno de los conceptos de la nómina.

En la eventualidad en que no se hayan liquidado algunos conceptos cuando debió hacerse, significa que esos conceptos se adeudan al trabajador, y desde luego hay que liquidarlos al finalizar el contrato de trabajo.

En el caso de las cesantías estas deben ser liquidadas cada año, por lo que



sólo se liquidará el último año al terminar el contrato de trabajo. Igual sucede con los intereses sobre las cesantías.

Respecto a los aportes a seguridad social y los parafiscales, estos se deben liquidar y pagar cada mes, de modo que al terminar el contrato de trabajo sólo se requiere liquidar el último mes.

En este orden de idea, liquidar un contrato de trabajo supone menos trabajo del que generalmente se cree.

¿Si el trabajador se niega a recibir su liquidación qué debe hacer empleador?

El numeral 2 del artículo 65 del código sustantivo del trabajo señala que, si el trabajador no está de acuerdo con el monto de la liquidación y por consiguiente no la quiere recibir, el empleador debe consignar el monto respectivo ante el juez de trabajo (laboral).

Para estos casos, el artículo 20 de la ley 1285 de 2009 dispuso que los depósitos que deban consignarse en las cuentas de los despachos de la rama judicial deben hacerse en el Banco agrario de Colombia:

«Los dineros que deban consignarse a órdenes de los despachos de la rama judicial de conformidad con lo previsto en la presente ley y en las disposiciones legales vigentes se depositarán en el Banco Agrario de Colombia en razón de las condiciones más favorables en materia de rentabilidad, eficiencia en el recaudo, seguridad y demás beneficios a favor de la rama.

De la misma manera se procederá respecto de las multas, cauciones y pagos que decreten las autoridades judiciales o de los depósitos que prescriban a favor de la Nación.

En ningún caso el Banco Agrario de Colombia pagará una tasa inferior



al promedio de las cinco mejores tasas de intereses en cuenta de ahorros que se ofrezcan en el mercado, certificado por la Superintendencia Financiera.»

En consecuencia, el procedimiento a seguir es solicitar el número de cuenta respectivo al juzgado laboral del lugar donde tiene residencia el empleador o el trabajador si este laboraba en un lugar distinto al que tiene la sede la empresa y hacer la consignación.

Una vez realizada la consignación se debe llevar una copia de esta al juzgado junto con los detalles de la liquidación. Igualmente se debe notificar al trabajador del procedimiento realizado. Esta notificación es importante, porque si no se hace, en caso de que el trabajador demande el empleador puede ser condenado a pagar la indemnización moratoria.

También es posible que el empleador consigne directamente a la cuenta bancaria del trabajador donde regularmente le consignaba el sueldo y notificarlo de ello.

¿Cuánto tiempo tiene el empleador para consignar en el banco agrario las sumas adeudadas al trabajador?

Cuando el trabajador se niega a recibir su liquidación y el empleador opta o se ve obligado a consignar la liquidación en el banco agrario, ¿cuánto tiempo tiene para realizar la respectiva consignación?

El tiempo que el empleador tiene para hacer la consignación no debería ser diferente al que tiene para pagar al trabajador contenido en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, teniendo en cuenta que el procedimiento para hacerlo puede tomar unos pocos días.

Sin embargo, el hecho de que el empleador se tome una semana o dos semanas para hacer la consignación no es un hecho grave toda vez que la



sanción moratoria que estipula el artículo 65 del código sustantivo del trabajo por el no pago oportuno de los valores adeudados al trabajador luego de la terminación del contrato de trabajo, no aplica de pleno derecho, y ni siquiera el empleador tiene la obligación de liquidarla por su propia voluntad, sino que le corresponde al juez laboral definir si el empleador se hace merecedor a esa sanción.

Uno de los criterios para imponer la sanción moratoria que reiteradamente ha defendido la jurisprudencia de la sala laboral de la Corte suprema de justicia, es que haya existido mala fe del empleador en la demora del pago, y es obvio que si el empleador consigna en el banco agrario lo adeudado al trabajador en un tiempo razonable luego de la terminación del contrato de trabajo, desvirtúa la existencia de mala fe, y considerando que existió una controversia y que el trabajador se negó a recibir la plata, es justificable que el empleador se demore un poco en realizar la consignación.

Al terminar el contrato de trabajo se le debe informar al trabajador el estado del pago de los aportes a seguridad social.

Cuando se despide o se le termina el contrato de trabajo a un empleado, la empresa se limita a pagarle su liquidación y se desentiende de todo asunto con el trabajador, olvidando que tiene la obligación legal de entregarle un informe sobre el estado del pago de las cotizaciones a seguridad social y parafiscales, omisión que puede resultarle costosa.

El párrafo primero del artículo 65 del código sustantivo del trabajo exige que el empleador informe al trabajador **dentro de los 60 días siguientes a la terminación del contrato de trabajo**, el estado del pago de las mencionadas cotizaciones correspondientes a los **últimos tres meses** anexando los comprobantes respectivos. Dice la norma:



«Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.»

La simple omisión respecto al referido informe es suficiente para que el trabajador pueda demandar el empleador, y aunque con ello no consigue que se le reintegre al trabajo, sí puede conseguir que el empleador sea condenado a pagarle la indemnización moratoria a que se refiere el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, lo cual sucederá si el empleador no acredita el pago de dichas cotizaciones con los respectivos intereses moratorios si a ello hubiere lugar, dentro del plazo que el mismo párrafo del artículo 65 del código sustantivo del trabajo fija.

Como se puede observar, no basta con que el empleador pague hasta la última cotización a seguridad social, y al sistema parafiscal cuando sea necesario hacerlo, sino que debe informar al trabajador que hizo ese pago. Esto debido a que muchos empleadores luego de terminado el contrato de trabajo no realizan las cotizaciones del último mes, o de los últimos meses, y el trabajador sólo se entera cuando le niegan un servicio en una EPS o cuando hace cuentas y le faltan semanas cotizadas para pensión. En muchos casos nunca llegan a enterarse de que esos pagos no se hicieron.



Qué hacer con el salario y las prestaciones sociales de un empleado fallecido.

La muerte del trabajador implica que el contrato de trabajo se extinga, y cómo toda terminación de contrato implica liquidar y pagar los valores remanentes adeudadas, que popularmente se llaman liquidación.

Cuando un trabajador fallece se le queda debiendo el último sueldo no cobrado y las prestaciones sociales, valores que el empleador no se puede apropiar y que debe pagar a quien tenga derecho a ello. ¿Y quiénes tienen derecho a recibir a los valores?

La ley laboral no lo contempla, pues el artículo 204 que trataba sobre ello fue derogado hace ya un rato y quedaron artículos sueltos en el código laboral que hacen difícil determinar a qué personas les corresponden esos pagos, así que precisa echar mano del código civil para dilucidar esta duda.

Y allí radica el problema. Le correspondería el empleador ponerse en la tarea de definir cuáles son los herederos que tienen derecho a esos pagos, y si hay varios herederos alegando tener el derecho, pues el asunto se complica, de suerte que en tal caso lo ideal es dejar que un juez lo decida, como cualquier sucesión, pues al fin y al cabo los dineros que se le adeudan al trabajador son un activo que entran a formar parte del patrimonio sujeto a distribución en la sucesión.

En principio, y si no existe controversia entre los beneficiarios, el empleador puede optar por aplicar las reglas del código civil respecto a la determinación del beneficiario de una herencia, y en este figuran 5 categorías u órdenes, donde la primera prima sobre la anterior, es decir que, si hay herederos de la primera categoría, será a estos que se les entregue el dinero, y si no hay de la primera categoría, se entregará a los de la segunda categoría, y así sucesivamente.

Como lo más común es que haya hijos o cónyuge, a estos es a los que en



primer lugar se deben considerar como beneficiarios, tal como lo indica el artículo 1045 del código civil:

«*PRIMER ORDEN HEREDITARIO - LOS HIJOS.*

Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal.»

Es decir que en primer lugar están los hijos, y claro está, sin perjuicio de la porción conyugal, esto es, de la parte que le corresponde al cónyuge, de manera que el primer orden corresponde a estos y entre estos se debe repartir lo adeudado al trabajador, donde la mitad es para el cónyuge y la otra mitad en partes iguales para los hijos.

Si el trabajador no tiene hijos, el pago les corresponderá a los padres y al cónyuge, según el artículo 1046 del código civil.

Si el trabajador fallecido no tiene ni padres ni hijos, el pago les corresponderá a los hermanos y al cónyuge, tal como lo dispone el artículo 1047 del código civil. Si no hay cónyuge, el pago total les corresponde a los hermanos, y si no hay hermanos, pero sí cónyuge, el pago total les corresponde a los hermanos.

Si no hay ni hijos, ni padres, ni hermanos ni cónyuge, el pago les corresponde a los sobrinos, y si tampoco hay sobrinos, el pago no le corresponde ni a los primos ni a los vecinos, sino al ICBF como lo dispone el artículo 1051 del código civil.

Obsérvese que el cónyuge tiene derecho en todos los casos, no importa el orden de los otros herederos.

Por supuesto estos comentarios son apenas generales, y de presentarse esta situación lo mejor es recurrir al asesoramiento de un abogado para actuar con toda seguridad.



Si hay controversia respecto a quien le corresponde el pago, como ya se dijo, el empleador debe esperar a que la justicia se pronuncie, y mientras tanto el empleador puede optar por hacer depósito legal en el banco agrario en la que se consigne los valores correspondientes, pero no es obligatorio hacerlo.

Otra alternativa viable, es que una vez fallecido el trabajador la empresa liquide los valores correspondientes y los consigne en la cuenta bancaria donde normalmente se le estaba pagando el salario al trabajador. De esta forma la empresa cumple con su deber de pagar y le traslada al banco la responsabilidad de determinar quién tiene derecho a los dineros allí depositados.

Por último, es de anotar que antes de proceder a entregar el dinero a los posibles beneficiarios, la empresa debe publicar dos veces un aviso en un periódico de amplia circulación local, donde se informe del fallecimiento del trabajador y de las reclamaciones ya presentadas si las hubiere.

La publicación del segundo aviso debe darse dentro de los 30 días siguientes a la publicación del primer aviso, por cuanto una vez publicado el primer aviso los que se crean con derechos tienen 30 días para reclamarlos, de suerte que se sobre entiende que el segundo aviso debe darse antes de que llegue el día 30 para que los posibles reclamantes puedan presentarse en las oficinas de la empresa a presentar sus reclamaciones.

Sanción por no pagar oportunamente la liquidación al terminar el contrato de trabajo.

Una vez se liquida el contrato de trabajo, el empleador debe pagar al trabajador los valores que determine la liquidación, y debe hacerlo el mismo día en que el contrato es liquidado, puesto que la ley no concedió ningún plazo para hacer ese pago.



¿Cuándo se paga la sanción o indemnización moratoria?

La sanción moratoria aplica si el empleador no paga los salarios y prestaciones sociales cuando la relación laboral termina, ya que el empleador no tiene ningún plazo para pagar esos conceptos, es decir, debe pagarlos el mismo día en que termina y liquida el contrato de trabajo:

No obstante, a pesar de la disposición expresa de la ley sobre la causación de la indemnización moratoria, esta no aplica de forma automática, de modo que, si el empleador no la paga, el trabajador debe reclamarla judicialmente.

La sanción moratoria aplica sin importar la duración del contrato o el tipo de contrato de trabajo, y aplica incluso si el trabajador fue despedido en el periodo de prueba.

¿De cuánto es la sanción moratoria por el no pago oportuno de la liquidación?

La norma dice que el empleador «debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.»

La indemnización o sanción es de un día de salario por cada día de mora en que incurra el empleador, pero tiene un límite máximo de 24 meses, a partir de los cuales se cobran intereses moratorios, pero lo anterior depende del momento en que se interpone la demanda laboral, como se precisa más adelante.

¿Cómo se liquida la sanción o indemnización moratoria?

Respecto a la liquidación de la sanción o indemnización moratoria dice el



artículo 65 del código sustantivo del trabajo:

«Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.»

El día de salario por cada día de retardo se paga hasta 24 meses. Si transcurridos 24 meses el empleador no ha pagado, a partir de esa fecha paga intereses moratorios a la tasa que certifique la superintendencia financiera para los créditos de libre asignación.

Sobre el tema tiene dicho la Cortes suprema de justicia en sentencia 70860 del 5 de septiembre de 2018 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas:

«Dicha sanción viene tarifada en la ley y corresponde a un día de salario por cada día de retardo, durante los 24 meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico. Sin embargo, la modificación legal del año 2002 previó que en tratándose de trabajadores que devenguen más de un salario mínimo legal mensual vigente debería evaluarse si la reclamación se impetró dentro de los 24 meses siguientes a la terminación de la relación laboral. En caso afirmativo, la indemnización será equivalente al último salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses, luego de lo cual se tendrá derecho a



intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique, los cuales se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.»

La indemnización o sanción moratoria se divide en dos partes: la primera son los primeros 24 meses de mora, donde se liquida el día de salario por día de mora, y la segunda parte, luego de los 24 primeros meses, donde la sanción es la aplicación de intereses moratorios.

La diferencia de reclamar antes o después de 24 meses de terminado el contrato.

Es importante la fecha en que el trabajador demanda al empleador, pues si lo hace antes de los 24 meses de terminado el contrato, se paga un día de salario por los primeros 24 y meses e intereses moratorios luego de los 24 meses.

Pero si la demanda se presente después de los 24 meses, el trabajador sólo tiene derecho al pago de intereses moratorios, intereses que se pagan desde la finalización del contrato de trabajo.

Así lo deja claro la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 70066 del primero de agosto de 2018 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

«En torno a esta disposición, esta Sala de la Corte ha adoctrinado que la sanción moratoria por el pago deficitario o impago de los salarios y prestaciones está sometida a dos reglas: (1) cuando el trabajador interpone la demanda laboral dentro de los 24 meses siguientes a la fecha de terminación del contrato de trabajo, el empleador debe reconocer una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retenido hasta por 24 meses, vencidos los cuales se causan intereses



moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta la fecha en que se verifique el pago; (2) si, por el contrario, la demanda se promueve después de 24 meses de haber finalizado el contrato de trabajo, el empleador solo puede ser condenado al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera causados a partir de la rescisión del vínculo.»

Si el trabajador presenta la demanda después de 2 años de haber finalizado el contrato, le corresponde únicamente intereses moratorios, que son menores al día de salario por cada día de retardo, pero que se impone como una sanción al trabajador por demorar tanto en recurrir a la justicia.

Esto deja claro que es mejor reclamar dentro de los dos años luego de la terminación del contrato de trabajo.

Base para liquidar la sanción o indemnización moratoria.

La sanción moratoria se paga sobre el último salario devengado por el trabajador y comprende también las prestaciones sociales, pero no se incluyen las vacaciones ni la indemnización por despido injusto.

Al respecto dijo la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 42940 del 7 de octubre de 2018 con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverry Bueno:

«Otro aspecto de la acusación, que es propio de la vía directa, es el de la viabilidad jurídica que propone la censura respecto la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., ante el no pago a la terminación del contrato de los conceptos de vacaciones y de indemnizaciones, sobre el cual la Corte se ha pronunciado en reiteradas ocasiones para



señalar que no es procedente, por cuanto la misma está contemplada solo para la no cancelación oportuna de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; y como quiera que, para la legislación laboral colombiana, las vacaciones son apenas un descanso remunerado y la indemnización por despido sin justa causa tiene un carácter sancionatorio, ninguno de estos dos conceptos constituye una prestación social, en estricto sentido,...»

Resumiendo, tenemos que la indemnización moratoria se paga por lo siguiente:

- No pagar los salarios al terminar el contrato de trabajo.
- No pagar las prestaciones sociales al terminar el contrato.
- No se paga la indemnización moratoria por lo siguiente:
 - No pagar las vacaciones.
 - No pagar la indemnización por despido injustificado.

Lo anterior porque la norma de forma taxativa señala los conceptos, y en la aplicación de sancione so consecuencias negativas, no aplica la analogía, la interpretación ni cosas similares.

Se requiere demandar para que el empleador pague la indemnización moratoria.

Si bien la ley ha dispuesto que el empleador debe pagar al trabajador la sanción por el no pago oportuno de la liquidación al terminar el contrato de trabajo, la jurisprudencia ha dicho que esta no opera de pleno derecho, es decir, no opera automáticamente.

Así lo recuerda la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 71154 del 23 de enero de 2019 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:



«Como lo ha adoctrinado esta Corporación, la sanción moratoria regulada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para el sector privado, y en el artículo 1.º del Decreto 797 de 1949, para el oficial, es de naturaleza sancionatoria, de modo que para su imposición el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si actuó de buena o mala fe, pues solo la presencia de este último elemento le abre paso.»

¿Qué significa esto?

Que sólo cuando el juez encuentra probada la mala fe del empleador al no pagar los salarios y prestaciones sociales cuando se termina y liquida el contrato de trabajo

Lo anterior obliga a que el trabajador tenga que demandar al empleador para que le pague lo que le debe y además para que le pague la indemnización por no pagarle la liquidación completa al terminar el contrato de trabajo.

Lo positivo de esto es que la carga de la prueba para desvirtuar la mala fe le corresponde al empleador, quien debe probar que no actuó de mala fe para exonerarse de la indemnización moratoria.



TELETRABAJO - ASPECTOS LEGALES

En Colombia la figura del teletrabajo es una forma de organización laboral creada por la ley 1221 del 2018 y reglamentado por el decreto 1070 de 2015, que permite al trabajador laboral por fuera de las instalaciones del empleador.

Concepto de teletrabajo.

El teletrabajo es una modalidad o forma de organización laboral que permite el trabajador desarrollar sus actividades en lugares distintos las instalaciones físicas del su empleador, utilizando tecnologías de la información como Internet.

El artículo 2.2.1.5.2 del decreto 1072 del 2015 define el teletrabajo en los siguientes términos:

«Para efectos del presente capítulo el teletrabajo es una forma de organización laboral, que se efectúa en el marco de un contrato de trabajo o de una relación laboral dependiente, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para el contacto entre el trabajador y empleador sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.»

Si bien el teletrabajo permite al trabajador hacer sus tareas desde la casa, no se trata de un contrato de trabajo a domicilio, pues la naturaleza del teletrabajo permite que pueda ser desarrollado por medio Internet no solo desde casa sino desde cualquier otro sitio, incluso fuera del país.



Contrato o vinculación en el teletrabajo.

El contrato de trabajo mediante el cual se vincule a un empleado para que desarrolle el teletrabajo, debe ser por escrito como lo señala el artículo 2.2.1.5.3 del decreto 1072 de 2015, y debe contener como mínimo los siguientes aspectos:

- Las condiciones de servicio, los medios tecnológicos y de ambiente requeridos y la forma de ejecutar el mismo en condiciones de tiempo y si es posible de espacio.
- Determinar los días y los horarios en que el teletrabajador realizará sus actividades para efectos de delimitar la responsabilidad en caso de accidente de trabajo y evitar el desconocimiento de la jornada máxima legal.
- Definir las responsabilidades en cuanto a la custodia de los elementos de trabajo y fijar el procedimiento de la entrega por parte del teletrabajador al momento de finalizar la modalidad de teletrabajo.
- Las medidas de seguridad informática que debe conocer y cumplir el teletrabajador.

Un contrato firmado inicialmente para teletrabajar puede ser modificado en común acuerdo entre las partes para que el trabajador desarrolle sus actividades personalmente en las instalaciones del empleador.

Igualmente, un contrato común y corriente puede ser modificado por las partes para pasar a la modalidad de teletrabajo, caso en el cual el otrosí que se firme debe contener los elementos antes señalados.

El contrato de trabajo puede ser a término fijo o indefinido, o incluso de obra o labor, toda vez que el teletrabajo es una forma de organización laboral y no un tipo de contrato diferente.



Jornada laboral en el teletrabajo.

En principio el trabajador bajo la modalidad de teletrabajo no le sería aplicable a la jornada máxima legal, según lo dispone el artículo 6 de la ley 1221 de 2008:

«A los teletrabajadores, dada la naturaleza especial de sus labores no les serán aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno.»

No obstante, la jornada laboral debe ser definida para efectos de delimitar la responsabilidad de la ARL como lo señala el artículo 2.2.1.5.3 del decreto 1072.

De manera que en el contrato de trabajo se debe especificar tanto los días laborables como el horario en que se ejecutará el trabajo.

Trabajo extra, nocturno dominical y festivo en el teletrabajo.

El trabajo extra aplica cuando la jornada laboral es verificable, y el trabajo adicional a esa jornada laboral ordinaria se hace a solicitud del empleador.

El parágrafo único del artículo 6 de la ley 1221 señala que:

«Cuando el teletrabajo sea ejecutado donde sea verificable la jornada laboral, y el teletrabajador a petición del empleador se mantiene en la jornada laboral mas de lo previsto en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, o le asigna más trabajo del normal, el pago de horas extras, dominicales y festivos se le dará el mismo tratamiento de cualquier otro empleado.»

En igual sentido se pronuncia el artículo 2.2.1.5.10 del decreto 1072 de 2015.



Suponiendo que la jornada laboral acordada sea de 8 horas diarias, y si el trabajador tiene libertad para hacer su trabajo en cualquier hora del día que desee, en caso de trabajar de noche por su decisión no habrá lugar al recargo nocturno.

Si el trabajador gestiona libremente su tiempo y decide trabajar domingos y festivos en lugar de hacerlo entre semana, tampoco tiene derecho al recargo dominical o festivo.

Los recargos por trabajo nocturno, dominical y festivos aplican cuando por indicaciones del empleador el trabajador debe laborar en esos horarios, como cualquier otro trabajador.

Hay muchas actividades desarrolladas mediante teletrabajo donde el trabajador puede decidir cuándo hacer el trabajo, y en ese sentido no operan los conceptos señalados.

Auxilio de transporte en el teletrabajo.

Señala el artículo 2.2.1.5.10 del decreto 1072 que cuando las actividades laborales no demanden gastos de movilidad al teletrabajador, no habrá lugar al auxilio de transporte, de modo que, si por alguna razón el trabajador debe movilizarse en ejercicio de sus funciones, tendrá derecho al auxilio de transporte dependiendo del monto de su salario.

Seguridad social en el teletrabajo.

Como cualquier otro empleado, el teletrabajador debe ser afiliado al sistema de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales.

Igualmente deben estar afiliados a una caja de compensación familiar.



Garantías laborales en el teletrabajo.

El artículo 6 de la ley 1221 considera una serie de garantías para los teletrabajadores, entre las que resaltamos:

- El salario del teletrabajador no podrá ser inferior al que se pague por la misma labor, en la misma localidad y por igual rendimiento, al trabajador que preste sus servicios en el local del empleador.
- En los casos en los que el empleador utilice solamente teletrabajadores, para fijar el importe del salario deberá tomarse en consideración la naturaleza del trabajo y la remuneración que se paga para labores similares en la localidad.
- Una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará teletrabajador por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio o en lugar distinto de los locales de trabajo del empleador, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual.
- La asignación de tareas para los teletrabajadores deberá hacerse de manera que se garantice su derecho a contar con un descanso de carácter creativo, recreativo y cultural.

Respecto a la ejecución del trabajo el empleador debe considerar lo siguiente:

- Los empleadores deberán proveer y garantizar el mantenimiento de los equipos de los teletrabajadores, conexiones, programas, valor de la energía, desplazamientos ordenados por él, necesarios para desempeñar sus funciones.
- Los elementos y medios suministrados no podrán ser usados por persona distinta al teletrabajador, quien al final del contrato deberá restituir los objetos entregados para la ejecución de este, en buen estado, salvo el deterioro natural.
- Si el teletrabajador no recibe los paquetes de información para que



realice sus labores, o los programas para desempeñar su función, o no son arreglados a pesar de haberlo advertido no podrá dejar de reconocérsele el salario que tiene derecho.

- Cuando el lugar de trabajo sea suministrado por el empleador y no puede realizar la prestación debido a un corte en las líneas telefónicas o en el flujo eléctrico su labor debe ser retribuida.
- El trabajador que se desempeñe en la modalidad de móvil, no puede alegar estos imprevistos.
- El empleador, debe contemplar el puesto de trabajo del teletrabajador dentro de los planes y programas de salud ocupacional, así mismo debe contar con una red de atención de urgencias en caso de presentarse un accidente o enfermedad del teletrabajador cuando esté trabajando.

Es importante recordar que la norma señala que, para los actuales trabajadores, la vinculación a través del teletrabajo es voluntaria, tanto para el empleador como para el trabajador.

Señala la ley que los trabajadores que actualmente realicen su trabajo en las instalaciones del empleador, y pasen a ser teletrabajadores, conservan el derecho de solicitar en cualquier momento, volver a la actividad laboral convencional.

El teletrabajo en el reglamento interno de trabajo.

La empresa debe incluir en su reglamento de trabajo aspectos relacionados con el teletrabajo como suministro y uso de los equipos, programas, medios y herramientas requeridos por el teletrabajador para desarrollar eficazmente sus actividades.



TRABAJO EN CASA.

Mediante la ley 2088 de 2021 el congreso de la república reglamentó el trabajo en casa, precisando el alcance y derechos del trabajador.

Qué es el trabajo en casa.

De acuerdo al artículo primero de la ley 2088 de 2021, el trabajo en casa es la habilitación temporal del trabajador para que desarrolle sus actividades por fuera de del sitio donde habitualmente las desarrolla, sin modificar la naturaleza del contrato de trabajo vigente.

Señala la norma que el trabajo en casa no debe desmejorar las condiciones del trabajador, así que básicamente lo que cambia es el lugar en donde el trabajador desarrolla su actividad, y lo demás debe seguir igual.

El trabajo en casa no aplica únicamente a las actividades que se pueden desarrollar mediante herramientas tecnológicas (teletrabajo), sino a cualquier actividad que pueda ser desarrollada fuera de las instalaciones del empleador.

La norma se refiere al trabajo en casa como una forma de prestación del servicio personal a que se compromete el trabajador.

Criterios que se deben aplicar en el trabajo en casa.

El artículo 4 de la ley 2088 de 2021 contempla dos criterios que se deben observar en el trabajo en casa, que son:

- **Coordinación.** Las funciones, servicios y actividades laborales deberán desarrollarse de manera arménica y complementaria entre el en



empleador y el trabajador para alcanzar los objetivos y logros fijados. La coordinación deberá darse desde el momento mismo de la asignación de tareas o actividades, para lo cual se deberán fijar los medios y herramientas que permitan el reporte, seguimiento y evaluación, así como la comunicación constante y reciproca.

- **Desconexión laboral.** Es la garantía y el derecho que tiene todo trabajador y servidor público a disfrutar de su tiempo de descanso, permisos, vacaciones, feriados, licencias con el fin de conciliar su vida personal, familiar y laboral. Por su parte el empleador se abstendrá de formular ordenes u otros requerimientos al trabajador por fuera de la jornada laboral.

La intención es que la relación laboral se desarrolle de la misma forma en que se desarrolla en la empresa, haciendo énfasis en que el empleador debe respetar el horario de descanso del trabajador.

Esto es importante porque cuando se trabaja en casa se suele perder el límite entre lo que es trabajo y la cotidianidad familiar, lo que puede jugar en perjuicio tanto del trabajador como del empleador, para lo cual hay que fijar los lineamientos necesarios para evitar que suceda lo uno o lo otro.

El inciso primero del artículo 5 de la misma ley señala:

«La habilitación del trabajo en casa implica que se mantenga la facultad subordinante del empleador, junto con la potestad de supervisión de las labores del trabajador. Permanecerán todas las obligaciones, derechos y deberes derivados de la prestación personal del servicio.»

El trabajo en casa no debe llevar a que el trabajador se ponga a ver películas en horas laborales.

Señala la norma que será el empleador quien determine los instrumentos, la frecuencia y el modelo de evaluación del desempeño del trabajador.



Jornada laboral y horas extras en el trabajo en casa.

La jornada laboral del trabajo en casa sigue siendo la misma que se aplica a los trabajadores presenciales, y deben respetarse los horarios de descanso del trabajador, y, muy importante, debe reconocerse al trabajo extra o suplementario, y por supuesto, los recargos nocturnos, dominicales y festivos cuando haya lugar a ellos.

Señala el artículo 6 de la ley 2088 de 2021:

«Durante el tiempo que dure el trabajo en casa se mantendrán vigentes las normas previstas en el Código Sustantivo del Trabajo y en los reglamentos aplicables a los servidores públicos, relativos al horario y la jornada laboral. Estarán excluidos del cumplimiento de estas disposiciones y de la remuneración del trabajo suplementario los trabajadores de dirección, de confianza o de manejo, así como los niveles directivo y asesor, en el sector público.»

La norma simplemente recuerda que en el trabajo en casa se debe aplicar lo que dispone el código sustantivo del trabajo en cuanto a la jornada laboral.

Elementos y herramientas para el trabajo en casa.

Trabajar en casa o fuera de las instalaciones del empleador, implica que el trabajador deba tener las herramientas, equipos y elementos necesarios para desarrollar su actividad, como computadores, teléfonos, conexión a internet, etc.

Este aspecto lo regula el artículo 8 de la ley 2088 de 2021:

- Para el desarrollo del trabajo en casa y el cumplimiento de sus funciones, el servidor público o el trabajador del sector privado, podrá



disponer de sus propios equipos y demás herramientas, siempre que medie acuerdo con el respectivo empleador y/o entidad pública.

- Si no se llega al mencionado acuerdo, el empleador suministrara los equipos, sistemas de información, software o materiales necesarios para el desarrollo de la función o labor contratada, de acuerdo con los recursos disponibles para tal efecto.
- El empleador definirá los criterios y responsabilidades en cuanto al acceso y cuidado de los equipos, así como respecto a la custodia y reserva de la información de conformidad con la normativa vigente sobre la materia.
- En todo caso el empleador es el primer responsable de suministrar los equipos necesarios para el desarrollo de las actividades, cumplimiento de funciones y prestación del servicio bajo la habilitación de trabajo en casa.

En conclusión, no se le puede imponer al trabajador la obligación de colocar los equipos para desarrollar su trabajo.

Auxilio de transporte en el trabajo en casa.

El auxilio de transporte es una especie de reembolso que el empleador hace al trabajador por los gastos de transporte en que este incurre para desplazarse al lugar de trabajo, y como en el trabajo en casa no hay desplazamiento se supone que el trabajador no tiene derecho al auxilio de transporte.

Sin embargo, el artículo 10 de la ley 2088 de 2021 en su inciso segundo dispone su pago a título de auxilio de conectividad:

«A los servidores públicos y trabajadores del sector privado que devenguen hasta dos salarios mínimos legales mensuales vigente y que se les reconozca el auxilio de transporte en los términos de las



normas vigentes sobre el particular, durante el tiempo que presten sus servicios bajo la habilitación de trabajo en casa, se le reconocerá este pago a título de auxilio de conectividad digital. El auxilio de conectividad y el auxilio de transporte no son acumulables.»

El auxilio de transporte se convierte en auxilio de conectividad, y no deben pagar los dos conceptos a la vez.

Auxilio de conectividad en el trabajo en casa.

Como ya se señaló, el auxilio de transporte se convierte en auxilio de conectividad, y además la norma hace las siguientes precisiones:

Para los servidores públicos, el auxilio de conectividad se reconocerá en los términos y condiciones establecidos para el auxilio de transporte.

Para los trabajadores del sector privado, el valor establecido para el auxilio de transporte se reconocerá como auxilio de conectividad digital y tendrá los mismos efectos salariales del auxilio de transporte.

El auxilio de conectividad en el sector privado corresponde al auxilio de transporte, y se le dará el mismo tratamiento, esto es, hará parte de la base para la liquidación de las prestaciones sociales.

Como se puede observar, el auxilio de conectividad está supeditado al auxilio de transporte, así que los trabajadores que devenguen más de dos salarios mínimos no tienen derecho al auxilio de conectividad, y su reconocimiento será cuestión de negociación entre trabajador y empleador.

Derechos laborales en el trabajo en casa.

La ley 2088 de 2021 deja en claro que el trabajador sigue gozando de todos



sus derechos laborales contemplados en las normas generales, y es así como el inciso primero del artículo 11 señala:

«Durante el tiempo que se preste el servicio o actividad bajo la habilitación de trabajo en casa, el servidor público o trabajador del sector privado continuara disfrutando de los mismos derechos y garantías que rigen su relación laboral, entre otras, las que regulan la jornada laboral, horas extras, trabajo nocturno, dominicales y festivos, descansos dentro de la jornada laboral, derechos de asociación y negociación sindical y en general todos los beneficios a que tenga derecho en el marco de la respectiva relación laboral.»

Por su parte el artículo 12 señala:

«Para la implementación de la habilitación de trabajo en casa, el empleador deberá promover la formación, capacitación y el desarrollo de competencias digitales, en los servidores públicos y trabajadores del sector privado cuando la actividad a desarrollar así lo requiera.»

La ley 2088 de 2021 no es que contemple un nuevo sistema novedoso para el trabajo en casa, sino que llega a reiterar lo que ya considera el código laboral, lo que fue necesario debido a que algunos empleadores estaban aprovechando el trabajo en casa para desconocer algunos derechos de los trabajadores.



JORNADA LABORAL.

La jornada laboral o jornada de trabajo, es el horario en que el trabajador debe cumplir diariamente y que se ha acordado entre las partes al firmar el contrato de trabajo.

Existen distintos tipos de jornadas laborales y horarios de trabajo dependiendo de las necesidades de cada empresa.

Reducción de la jornada laboral.

La ley 2101 de 2021 modificó el artículo 161 del código sustantivo del trabajo, a fin de reducir de forma gradual la jornada laboral de 48 horas semanales a 42 horas.

Igualmente desapareció del ordenamiento legal el límite máximo de 8 horas diarias, por lo que en adelante no existe una jornada laboral máxima como tal, sino que aplica la jornada laboral que se acuerde en el contrato de trabajo, que debe sujetarse al artículo 161 del código sustantivo del trabajo.

La nueva redacción del artículo 161 del código sustantivo del trabajo, que regula la jornada laboral quedó de la siguiente forma:

«La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de cuarenta y dos (42) horas a la semana, que podrán ser distribuidas, de común acuerdo, entre empleador y trabajador, en 5 o 6 días, a la semana, garantizando siempre el día de descanso, salvo las siguientes excepciones:

a) En las labores que sean especialmente insalubres o peligrosas, el



gobierno puede ordenar la reducción de la jornada de trabajo ce acuerdo con dictámenes al respecto.

b) La duración máxima de la jornada laboral de los adolescentes autorizados para trabajar, se sujetará a las siguientes reglas:

1. jornada diurna máxima de seis horas diarias y treinta horas a la semana y hasta las 6:00 de la tarde.

2. Los adolescentes mayores de diecisiete (17) años, sólo podrán trabajar en una jornada máxima de ocho horas diarias y 40 horas a la semana y hasta las 8:00 de la noche.

c) El empleador y el trabajador pueden acordar, temporal o indefinidamente, la organización de turnos de trabajo sucesivos que permitan operar a la empresa o secciones de la misma sin solución de continuidad durante todos los días de la semana, siempre y cuando el respectivo turno no exceda de seis (6) horas al día y treinta y seis (36) a la semana;

En este caso no habrá lugar a recargo nocturno ni al previsto para el trabajo dominical o festivo, pero el trabajador devengará el salario correspondiente a la jornada ordinaria de trabajo, respetando siempre el mínimo legal o convencional y tendrá derecho a un día de descanso remunerado.

d) El empleador y el trabajador podrán acordar que la jornada semanal de cuarenta y dos (42) horas se realice mediante jornadas diarias flexibles de trabajo, distribuidas en máximo seis días a la semana con un día de descanso obligatorio, que podrá coincidir con el día



domingo.

Así, el número de horas de trabajo diario podrá distribuirse de manera variable durante la respectiva semana, teniendo como mínimo cuatro (4) horas continuas y máximo hasta nueve (9) horas diarias sin lugar a ningún recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y dos (42) horas semanales dentro de la Jornada Ordinaria. De conformidad con el artículo 160 de Código Sustantivo del Trabajo.

***PARÁGRAFO.** El empleador no podrá aún con el consentimiento del trabajador, contratarlo para la ejecución de dos turnos en el mismo día, salvo en labores de supervisión, dirección, confianza o manejo.»*

Para tener claridad sobre la nueva jornada laboral debemos tener en cuenta que esta es de aplicación gradual según dispone el artículo 3 de la ley 2101 de 2021:

*«**Implementación Gradual.** La disminución de la jornada laboral ordinaria de que trata esta ley, podrá ser implementada de manera gradual por el empleador, de la siguiente manera:*

Transcurridos dos (2) años a partir de la entrada en vigencia de la ley, se reducirá una (1) hora de la jornada laboral semanal, quedando en 47 horas semanales.

Pasados tres (3) años de la entrada en vigencia de la ley, se reducirá otra hora de la jornada laboral semanal, quedando en 46 horas semanales.

A partir del cuarto año de la entrada en vigencia de la ley, se reducirán



dos (2) horas cada año hasta llegar a las cuarenta y dos (42) horas semanales, conforme a lo establecido en el artículo 2 de la presente ley.

Lo anterior, sin perjuicio de que a la entrada en vigencia de la presente ley, el empleador se acoja a la jornada laboral de cuarenta y dos (42) horas a la semana.»

De acuerdo a lo anterior, a partir del 15 de julio de 2023 empieza la reducción, quedando para esa época en 47 horas semanales.

El artículo 3 de la ley 2101 de 2021 contempla una implementación gradual de la nueva jornada laboral bajo las siguientes reglas:

- Transcurridos dos (2) años a partir de la entrada en vigencia de la ley, se reducirá una (1) hora de la jornada laboral semanal, quedando en 47 horas semanales.
- Pasados tres (3) años de la entrada en vigencia de la ley, se reducirá otra hora de la jornada laboral semanal, quedando en 46 horas semanales.
- A partir del cuarto año de la entrada en vigencia de la ley, se reducirán dos (2) horas cada año hasta llegar a las cuarenta y dos (42) horas semanales, conforme a lo establecido en el artículo 2 de la presente ley.



La reducción de la jornada laboral semanal se puede resumir así:

Del 16 de julio de 2023 al 15 de julio de 2024	47 horas semanales.
Del 16 de julio de 2024 al 15 de julio de 2025	46 horas semanales.
Del 16 de julio de 2025 al 15 de julio de 2026	44 horas semanales.
Del 16 de julio de 2026 en delante	44 horas semanales.

No obstante, el último inciso del mismo artículo faculta al empleador para que, si es su voluntad, de inmediato implemente la nueva jornada laboral.

Jornada laboral ordinaria.

La jornada laboral ordinaria está definida por el artículo 158 del código sustantivo del trabajo de la siguiente forma:

«La jornada ordinaria de trabajo es la que convengan a las partes, o a falta de convenio, la máxima legal.»

Cuando se firma un contrato de trabajo uno de los aspectos que se deben acordar es la jornada laboral o el horario en que el trabajador debe prestar sus servicios, y esa jornada pactada entre las partes es lo que se conoce como jornada laboral ordinaria, y puede ser cualquiera siempre que no supere la máxima legal en los casos en que exista una.

Aquí resulta pertinente traer la definición de jornada laboral que hace la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 11014 de 199:



«la jornada ordinaria de trabajo es la que convienen las partes, que es distinta de la máxima legal, que opera en ausencia de tal convención, de manera que cuando el empleador exige la prestación de servicios a continuación de la jornada ordinaria convenida está disponiendo un trabajo suplementario de acuerdo con el artículo 159 del mismo estatuto.»

Si las partes no acuerdan nada respecto a la jornada laboral, entonces se aplica la jornada máxima que permite la ley, y al respecto, debemos recordar que el artículo 161 del código sustantivo del trabajo ya no contempla el límite de 8 horas diarias.

Lo normal es que en el contrato de trabajo se fije un horario que coincida con la jornada máxima permitida por la ley, pero puede ser menor, como en el caso de los contratos de trabajo por medio tiempo.

Cuando se supere la jornada laboral ordinaria estamos ante el trabajo extra o suplementario.

En consecuencia, si se pactó una jornada laboral ordinaria de 7 horas diarias, al laborarse 8 horas, la octava hora es suplementaria o extra.

Jornada laboral máxima.

La nueva redacción del artículo 161 del código sustantivo del trabajo eliminó el límite de 8 horas diarias, al tiempo que de forma gradual reduce la jornada laboral de 48 horas semanales a 42 horas, como se explicó líneas atrás.

Esto permite que se implemente una jornada ordinaria superior a 8 horas diarias, en razón a que la jornada laboral semanal puede dividirse entre 5 o 6 días en común acuerdo entre empleador y trabajador, y si se opta por 5



días, y según como esté la implementación del calendario de reducción gradual, la jornada laboral ordinaria puede estar entre 8.4 horas y 9.6 horas diarias.

El límite máximo de 8 horas diarias desaparece, pero en nuestro criterio no se puede laborar en un día más de 10 horas en razón a que el artículo 167A del código sustantivo del trabajo, que sigue vigente, el cual que señala lo siguiente:

«En ningún caso las horas extras de trabajo, diurnas o nocturnas, podrán exceder de dos (2) horas diarias y doce (12) semanales. Cuando la jornada de trabajo se amplíe por acuerdos entre empleadores y trabajadores a diez (10) horas diarias, no se podrá en el mismo día laborar horas extras.»

Interpretamos que la intención del legislador es que un trabajador no labore más de 10 horas diarias entre ordinarias y extras, por lo que la nueva jornada laboral debe respetar esos límites.

Debemos tener presente que existen otras jornadas laborales máximas, como en el caso de los trabajadores que laboran por turnos, en las que no se puede trabajar más de 6 horas diarias ni más de 36 semanales según el literal c) del artículo 161 del código sustantivo del trabajo.

También está limitada la jornada laboral máxima para los trabajadores menores edad de acuerdo al literal b) del artículo 161 del CST, limitación que es de 6 horas diarias o de 8 horas diarias según la edad del menor.

Por último, cuando se implemente una jornada laboral flexible, esto es, una jornada laboral variable durante la semana (una jornada laboral distinta



según el día), el límite máximo es de 9 horas diarias al tenor del literal d) del artículo 161 del CST.

Excepciones a la jornada laboral máxima.

La jornada laboral máxima tiene unas excepciones que contempla el mismo artículo 161 del código sustantivo del trabajo.

Jornada laboral máxima en los trabajadores menores de edad.

Los mejores de edad tienen una jornada laboral máxima inferior a la que aplica a los trabajadores adultos según lo dispone el literal b) del artículo 161 del código sustantivo del trabajo:

Edad	Jornada Máxima	Horario de trabajo
Mayores de 15 y menores de 17 años.	6 horas diarias y 36 semanales.	Máximo hasta las 6 de la tarde.
Mayores de 17 años	8 horas diarias y 40 semanales.	Máximo hasta las 8 de la noche.
Menores embarazadas entre 15 y 18 años.	Máximo 4 horas diarias a partir del mes 7 de gestación y durante la lactancia.	Lo que aplique según la edad.



Es importante precisar que, en el caso de las menores embarazadas, a partir del mes séptimo de gestación la jornada laboral se le debe reducir a 4 horas diarias sin que por ello el empleador pueda disminuirle el salario ni las prestaciones sociales, según lo dispone el artículo 116 de la ley 1098 de 2006.

Jornada laboral en trabajadores de dirección y confianza.

Dice el artículo 162 del código sustantivo del trabajo que los trabajadores de dirección y confianza están excluidos de la jornada laboral máxima, es decir, que al no aplicarles ese límite máximo pueden tener una jornada superior de acuerdo a la naturaleza de su cargo.

La jornada laboral en el servicio doméstico.

El mismo artículo 162 del código sustantivo del trabajo señala que los trabajadores del servicio doméstico están excluidos de la jornada laboral máxima, por lo tanto, estos deben laborar más allá de las 8 horas diarias, que debemos recordar ya no existe esa jornada máxima de 8 horas para ningún trabajador.

No obstante, la Corte constitucional ha dispuesto que estos trabajadores no deben laborar más allá de 10 hora diarias, es decir que su máxima jornada laboral es de 10 horas al día, sin que haya lugar al pago de horas extras, a no ser que se haya acordado una jornada laboral inferior a 10 horas, y se laboran más horas de las acordadas.



Jornada laboral de los trabajadores que residen en el lugar de trabajo.

La norma excluye de la jornada laboral máxima a los trabajadores que residen en el sitio de trabajo en la medida en que ejerzan labores «discontinuas o intermitentes y los de simple vigilancia», caso en el cual deben laborar más allá de las 8 horas diarias (límite que ya no existe para ningún trabajador) sí así lo exige la naturaleza de las funciones.

Respecto a lo que se debe entender como labores de simple vigilancia la Corte constitucional en sentencia T-203 de 2000 dijo:

«La simple vigilancia o custodia, ha dicho la doctrina especializada, es una actividad que antes que a la dinámica pertenece a la estática de la producción, ella no consiste en sucesivos actos positivos sino en una actitud preponderantemente pasiva con fines de seguridad material, que no por eso deja de considerarse trabajo.»

Más adelante señala la Corte:

«No se trata entonces de una labor que se limite a la custodia pasiva de los equipos, de simple vigilancia por parte del trabajador que reside en el mismo lugar, tampoco exclusivamente de labores intermitentes y discontinuas, sino que ella involucra actividades concretas “de hacer”, verificables y programables, lo que indica que no obstante que en el contrato de trabajo se haya consignado expresamente, que se trata de una labor de aquellas que contempla el literal c) del artículo 162 del C. S. del T., la realidad impone otra clasificación, pues se trata de actividades no contempladas en la citada disposición legal, las cuales, según el numeral 2 del mismo artículo no pueden exceder los



límites señalados en el artículo 161 del Código del Trabajo, salvo autorización expresa del respectivo ministerio, caso en el cual deberá cancelarse como trabajo suplementario.»

Es decir que esta exclusión de la jornada máxima legal aplica cuando el trabajador no requiere tomar acciones activas para asegurarse que la tarea encomendada está siendo ejecutada, como en el caso de la sentencia que trataba de una trabajadora que laboraba en una estación de radio como transmisoristas, donde estaba obligada a verificar constantemente que el sistema funcionaria, de modo que, si bien residía en el lugar, no podía cumplir con las características de simple vigilancia.

Este tipo de jornada aplica para casos como por ejemplo «el cuidadero de una finca», donde no tiene que estar sentando en una portería todo el tiempo, sino que es libre para desplazarse dentro del terreno sin obligación de hacer nada específico a horas específicas, de manera que perfectamente puede estar mirando televisión al tiempo que está pendiente de lo que suceda en la finca.

Excepción de la jornada laboral máxima por acuerdo entre trabajador y empleador.

El literal d del artículo 161 del código sustantivo del trabajo prevé que la jornada laboral máxima no se aplica cuando entre las partes exista un acuerdo en el siguiente sentido:

«El empleador y el trabajador podrán acordar que la jornada semanal de cuarenta y dos (42) horas se realice mediante jornadas diarias flexibles de trabajo, distribuidas en máximo seis días a la semana con un día de descanso obligatorio, que podrá coincidir con el día



domingo.

Así, el número de horas de trabajo diario podrá distribuirse de manera variable durante la respectiva semana, teniendo como mínimo cuatro (4) horas continuas y máximo hasta nueve (9) horas diarias sin lugar a ningún recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y dos (42) horas semanales dentro de la Jornada Ordinaria. De conformidad con el artículo 160 de Código Sustantivo del Trabajo.»

Esta exclusión aplica cuando las partes deciden completar la jornada máxima semanal de 42 horas trabajando por ello hasta 9 horas diarias, lo que se hace mediante jornadas laborales flexibles, es decir, en día puede tener una jornada laboral distinta a otro día, siempre que en la semana no se labore más de 42 horas, como, por ejemplo:

Día.	Número de horas.
Lunes.	9
Martes.	8
Miércoles.	7
Jueves.	6
Viernes.	6
Sábado.	6
Total, horas.	42



Se puede hacer cualquier combinación siempre que el resultado total no exceda de 42 horas.

El horario de trabajo debe ser entre las 6 de la mañana y las 9 de la noche; si se labora por fuera de ese horario no aplica este tipo de jornada especial, debiéndose recurrir a la jornada laboral en los términos del inciso primero del artículo 161 del código sustantivo del trabajo.

Autorización del ministerio del trabajo para exceder la jornada máxima legal.

En los casos en que por expresa disposición legal no es posible laborar más allá de la jornada máxima legal, es posible superar esa prohibición con autorización expresa del ministerio del trabajo en los términos del numeral 2 del artículo 162 del código sustantivo del trabajo.

La autorización no puede superar las 12 horas semanales de trabajo, y habrá lugar a pagar el trabajo extra que se cause, como lo señala la Corte constitucional en sentencia T-203 del 2000:

«...pues se trata de actividades no contempladas en la citada disposición legal, las cuales, según el numeral 2 del mismo artículo no pueden exceder los límites señalados en el artículo 161 del Código del Trabajo, salvo autorización expresa del respectivo ministerio, caso en el cual deberá cancelarse como trabajo suplementario.»

Recordemos que ya no existe la jornada máxima legal de 8 horas diarias, así que debe tenerse en cuenta la jornada laboral ordinaria acordadas por las partes en el contrato de trabajo.



Jornada laboral de 36 horas por turnos sucesivos.

En ciertas actividades se requiere que la empresa esté funcionando las 24 horas del día por cada día, lo cual exige la organización de turnos, y en esa medida el literal c) artículo 161 del código sustantivo del trabajo lo permite:

«El empleador y el trabajador pueden acordar, temporal o indefinidamente, la organización de turnos de trabajo sucesivos que permitan operar a la empresa o secciones de la misma sin solución de continuidad durante todos los días de la semana, siempre y cuando el respectivo turno no exceda de seis (6) horas al día y treinta y seis (36) a la semana;

En este caso no habrá lugar a recargo nocturno ni al previsto para el trabajo dominical o festivo, pero el trabajador devengará el salario correspondiente a la jornada ordinaria de trabajo, respetando siempre el mínimo legal o convencional y tendrá derecho a un día de descanso remunerado.»

Esta jornada tiene las siguientes características:

- Máximo 6 horas por turnos.
- Máximo 36 horas en la semana.
- Un trabajador no debe laborar dos turnos seguidos excepto en trabajadores de dirección y confianza.
- Cuando los turnos sean de noche, en domingos o festivos, no se paga ningún recargo.



Jornada laboral en celadores y vigilantes.

La jornada laboral de los vigilantes, celadores y escoltas está regulada por el artículo 7 de la ley 1920 de 2018, que es una norma especial, de suerte que no se aplica la jornada laboral máxima que contempla el código sustantivo del trabajo en el entendido que se pueden laborar más horas extras.

Por lo anterior, la reducción de la jornada laboral realizada por la ley 2101 de 2021 no le es aplicable a este tipo de trabajadores.

Dice el inciso primero del artículo 7 de la ley 1920:

«Jornada suplementaria aplicable al sector de vigilancia y seguridad privada. Los trabajadores del sector de vigilancia y seguridad privada podrán, previo acuerdo con el empleador, el cual deberá constar por escrito y con la firma de las dos partes, laborar máximo en jornadas laborales diarias de doce (12) horas, sin que esto implique que se exceda la jornada máxima semanal de 60 horas, incluyendo las horas suplementarias, autorizadas en la legislación laboral nacional vigente.»

La ley está autorizando jornadas de hasta 12 horas diarias y hasta 60 horas semanales.

Luego señala el inciso dos de la misma norma:

«Para esto se mantendrá el tope de la jornada ordinaria en ocho horas y se podrá extender la jornada suplementaria hasta por cuatro (4) horas adicionales diarias.»

Es decir que la jornada laboral ordinaria sigue siendo de máximo 8 horas, de



suerte que la ley lo que está haciendo es permitir que se laboren hasta 4 horas suplementarias.

Horas extras en vigilantes, celadores y escoltas.

Estos trabajadores tienen derecho a las horas extras, puesto que la ley no los excluye de la jornada laboral máxima, sino que autoriza laborar más horas extras.

Recordemos que el artículo 22 de la ley 50 de 1990 prohíbe que un trabajador labore más de dos horas extras, y esa limitación no aplica para los vigilantes y escoltas, ya que la ley 1920 fija ese límite en 4 horas.

De manera que las horas que excedan las 8 diarias son extras y se deben remunerar como tal.

Lo que no es legal es vigilante o escolta labore más allá de las 12 horas al día, pues no hay extras de extras.

Recargos nocturnos vigilantes, celadores y escoltas.

Los vigilantes y escoltas que deban cumplir su jornada laboral en horario nocturno tienen derecho a que se les pague dicho recargo, por cuanto la ley no los excluye de ese derecho.

El recargo puede ser simplemente nocturno o extra nocturno a partir de las 8 horas ordinarias de su jornada.



Trabajo dominical y festivo en vigilantes, celadores y escoltas.

En primer lugar, se debe señalar que los vigilantes y escoltas tienen derecho a los días de descanso remunerado que señala el código sustantivo del trabajo, tal como lo señala el tercer inciso del artículo 7 de la ley 1920 de 2018:

«En todo caso se deberá respetar el descanso establecido en la normativa laboral vigente.»

Pero si su jornada laboral llegase desarrollarse en un día de estos, tiene derecho a los recargos de ley.

Se ha creído que los vigilantes y escoltas deben trabajar en cualquier hora y en cualquier día por el mismo salario sin reconocerle los recargos de ley, lo que no es así.

Lo único que cambia para estos trabajadores es el límite de las horas extras que pueden laborar, que son 4 y de allí su jornada de 12 horas: 8 ordinarias y 4 suplementarias.

Distribución de la jornada en vigilantes, celadores y escoltas.

Este es otro aspecto que en la práctica es diferente en estos trabajadores.

El artículo 167 del código sustantivo del trabajo señala que la jornada laboral se debe distribuir como mínimo en dos secciones, dejando un descanso intermedio que generalmente es para el almuerzo, descanso que no se computa en la jornada laboral.

Aunque la ley nada dice respecto a los vigilantes y escoltas, en la práctica



este artículo es inaplicable, por cuanto los vigilantes y escoltas tienen una jornada continua, sin descanso para almorzar, lo que generalmente deben hacer en su puesto de trabajo mientras trabajan.

Esto hace que ese descanso de almuerzo se deba computar en la jornada laboral, es decir, se debe remunerar, pues se trata de una jornada continua.

Cuando el vigilante no es vigilante.

Esta jornada laboral aplica única y exclusivamente para los trabajadores vinculados por medio de una empresa de vigilancia privada, pero hay casos en que se contratan personas para que vigilen o cuiden instalaciones sin ser vigilantes, como la empresa que contrata a un trabajador para que cuide un taller o cuide la maquinaria que ha dejado en una obra.

Son trabajadores que no prestan seguridad como tal ni pueden utilizar armas, y por lo tanto no entran en la categoría de vigilantes y escoltas.

A estas personas las aplica el literal c del artículo 162 del código sustantivo del trabajo, que son los trabajadores que están excluidos de la jornada máxima:

«Los que ejerciten labores discontinuas o intermitentes y los de simple vigilancia, cuando residan en el lugar o sitio de trabajo;»

Para que no le aplica la jornada laboral máxima se deben cumplir dos requisitos:

- Prestar servicios de simple vigilancia.
- Residir en el lugar de trabajo.



De manera que, si se contrata a un trabajador para que cuide una obra durante la noche, no le aplica esta excepción por cuanto no reside en el lugar de trabajo, así que se tratará como a un trabajador normal con la jornada laboral máxima.

Esto es importante porque de no procede la excepción de la jornada laboral máxima, hay que pagar horas extras.

Distribución de la jornada laboral diaria.

El artículo 167 del código sustantivo del trabajo señala que la jornada de trabajo se debe dividir o distribuir al menos en dos secciones, con un intermedio de descanso adaptado a la naturaleza del trabajo y a las necesidades del trabajador, como el tiempo que se deja para el almuerzo.

La norma es clara en afirmar que ese tiempo intermedio no se computa para la jornada laboral, es decir que no cuenta, no se remunera.

Los demás descansos que tome el trabajador para refrigerios o pequeñas pausas sí se computan en la jornada laboral.

Valor de la hora ordinaria.

Históricamente la hora ordinaria se ha calculado dividiendo el salario del trabajador entre las 240 horas mensuales que se asume debe劳动ar un trabajador.

A este valor se llega multiplicando los 30 días del mes laboral por las 8 horas diarias que el trabajador debía laborar cuando la jornada semanal era de 48



horas.

En razón a que hay meses de 28, 29, 30 y 31 días, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que para efectos laborales el mes siempre se entenderá de 30 días.

[relacionado id="5626"]

Las 8 horas diarias resultaron de la jornada laboral máxima que el trabajador debe laborar en un día, según el artículo 161 del código sustantivo del trabajo antes de que fuera modificado por la ley 2101 de 2021, como se observa:

«La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las siguientes excepciones: (...)»

Hoy en día esa referencia a las 8 horas diarias dejó de existir, pero no por ello debemos cambiar la forma en que se calcula el valor de la hora ordinaria.

Así, para una jornada laboral de 47 horas semanales, dividimos las 47 horas entre los 6 días de la semana, que nos da una jornada laboral diaria de 7.83 horas, que a su vez multiplicaremos por los 30 días del mes, para un total de 235 horas, que será el valor que dividirá el salario del trabajador.

Entonces, si el salario mensual es de \$3.000.000, el valor de la hora ordinaria será de $\$3.000.000 / 235 = \12.766 .

Y de la misma forma se hace para determinar el valor de la hora ordinaria cuando la jornada laboral semanal pase de 47 a 46 y así hasta llegar a las 42 horas semanales, que nos arrojaría la siguiente tabla:



Jornada semanal	Horas mensuales	Hora ordinaria
48	$48/6 \times 30 = 240$	\$12.500
47	$47/6 \times 30 = 235$	\$12.766
46	$46/6 \times 30 = 230$	\$13.043
44	$44/6 \times 30 = 220$	\$13.636
42	$42/6 \times 30 = 210$	\$14.286

Como se observa, entre menos horas trabajadas el mes el valor de la hora ordinaria se incrementa, porque al trabajador se le está pagando el mismo salario por una mejor jornada laboral.

Es la misma forma que siempre se ha utilizado para calcular el valor de la hora ordinaria, tal como lo deja claro el ministerio del trabajo en concepto unificado 08SI202312030000016177 del 8 de agosto de 2023.

Horas extras, y el trabajo dominical y festivo con la reducción de la jornada laboral.

La reducción de la jornada laboral no supone ningún cambio a la hora de liquidar las horas extras y el trabajo dominical y festivo, excepto que, al disminuir la jornada laboral semanal, la jornada laboral diaria ordinaria también disminuye.

Cuando se tenía una jornada laboral semanal de 48 horas, este valor se dividía entre 6 días laborales a la semana y nos arrojaba una jornada diaria de 8 horas, lo que cambia cuando la jornada semanal disminuye hasta llegar



a las 42 horas semanales.

Así, para una jornada laboral de 47 horas semanales, tenemos una jornada laboral diaria de 7.83 horas que resulta de dividir 47 entre 6 días, y a partir de allí se causan horas extras, mismo valor que se utiliza para determinar las horas extras que se deben liquidar en el trabajo dominical y festivo.

Si la empresa opta por la jornada laboral de 42 horas, entonces la jornada laboral ordinaria diaria será de 7 horas, y a partir de allí se causan las horas extras. No se puede tener una jornada diaria de 7 horas y afirmar que las horas extras se causan luego de las 8 horas, o de las 7.83 horas.

Trabajo extra o suplementario.

El trabajo extra o trabajo suplementario como también se le conoce, se refiere a las horas de trabajo adicionales a la jornada laboral ordinaria pactada entre las partes.

El artículo 159 del código sustantivo del trabajo define el trabajo suplementario así:

«Trabajo suplementario o de horas extras es el que excede de la jornada ordinaria, y en todo caso el que excede de la máxima legal.»

Si el trabajador fue contratado para laborar 8 horas diarias y debe laborar 10, se causan 2 horas extras. Si su jornada laboral es de 7 horas diarias y labora 8, habrá laborado una hora extra.



Remuneración del trabajo extra o suplementario.

El trabajo extra, o suplementario, o las horas extras, según se le quieran llamar, tienen un recargo dependiendo de si se da en una jornada diurna, nocturna, dominical o festiva.

El artículo 168 del código sustantivo del trabajo dice que, si el trabajo extra se da en la jornada diurna, el recargo será del 25% y si se da en la jornada nocturna, el recargo será del 75%.

Recordemos que la jornada diurna va desde las 6 de la mañana hasta las 9 de la noche, y la jornada nocturna va desde las 9 de la noche hasta las 6 de la mañana.

Pero además de existir el trabajo extra diurno o nocturno puede existir también trabajo extra en domingos y festivos, que resumimos en la siguiente tabla:

Tipo de trabajo.	Porcentaje de recargo.
Extra diurno	25%
Extra nocturno	75%
Extra dominical o festivo diurno	100%
Extra dominical y festivo nocturno	150%

Cuando se habla de recargo significa que al valor ordinario de la hora se le suma el recargo respectivo. Ejemplo: si la hora ordinaria vale \$10.000, la hora extra diurna valdrá $10.000 + \text{el } 25\% \text{ de esos } 10.000: 10.000 \times 1.25$, esto es, 12.500.



Cuando el trabajo extra tiene dos componentes o recargos, estos se suman, como en el caso del trabajo extra dominical, donde por un lado está el recargo por trabajo extra y de otro lado el recargo por trabajo dominical.

[Consulte aquí cómo determinar el valor de la hora ordinaria.](#)

Horas extras en trabajos de medio tiempo.

En los trabajos de medio tiempo las horas extras se causan desde el momento en que se cumple la jornada laboral acordada.

En estos contratos por regla general la jornada laboral ordinaria es de 4 horas diarias, de modo que las horas extras se causarán a partir de las 4 horas.

Así, cuando el trabajador labora 5 horas, se ha causado una hora extra.

Recordemos que la hora extra es aquella que excede la jornada laboral ordinaria acordada en el contrato de trabajo, y si allí se pactó una jornada de 4 horas, a partir de esas 4 horas se causa el trabajo suplementario.

Trabajo nocturno.

El trabajo nocturno es el que se desarrolla entre las 9 de la noche y las 6 de la mañana del día siguiente, y puede ser ordinario o extra.

Trabajo ordinario nocturno.

El trabajo ordinario nocturno se da cuando la jornada ordinaria se hace en horas de la noche, entre las 9 pm y 6 am.

Es el caso por ejemplo del trabajador que tiene una jornada ordinaria de las



10 de la noche a las 6 de la mañana. Es una jornada de 8 horas, que son ordinarias pero que son nocturnas.

El recargo nocturno en este caso es del 35% sobre el valor de la hora ordinaria.

Así, cuando la hora ordinaria tiene un valor de \$10.000.000, el trabajarse en horas de la noche se pagará a \$13.500.

Trabajo extra nocturno.

El trabajo extra nocturno se da cuando confluyen dos tipos de trabajo:

- Es trabajo extra.
- Es trabajo nocturno.

Es trabajo extra porque se desarrolla por fuera de la jornada laboral ordinaria, y es trabajo nocturno porque se ejecuta después de las 9 de la noche.

Supongamos un trabajador que inicia su turno a las 2 de la tarde y tiene que trabajar hasta las 12 de la noche, lo que representan 10 hora de trabajo, de las cuales 8 son ordinarias y dos extras.

Las dos horas extras serán las que se hagan desde las 10 de la noche hasta las 12 de la noche, y serán nocturnas luego de las 9 de la noche.

En este ejemplo también tenemos una hora nocturna ordinaria, de las 9 a las 10 de la noche.

La hora extra nocturna se remunera con un recargo del 75% según lo señala el artículo 168 del código sustantivo de trabajo en su numeral 3.

Siguiendo el ejemplo de una hora ordinaria con valor de \$10.000, en caso de



ser extra nocturno se debe pagar a \$17.500.

Trabajo dominical y festivo.

Como su nombre lo indica, el trabajo dominical o festivo es aquel que se ejecuta en los domingos o en los días festivos, desde las 00 horas hasta las 24 horas.

La jornada laboral por regla general se debe desarrollar de lunes a sábado, pero si el trabajador debe laborar un domingo o un festivo, se le debe pagar un recargo del 75% sobre el valor de la hora ordinaria según lo señala el artículo 179 del código sustantivo del trabajo.

Recordemos que los domingos y festivos son días de descanso remunerado, de manera que así no se trabajen se deben pagar y ese pago está incluido dentro del sueldo normal del trabajador, y si se trabajan se pagan con un recargo del 75%.

Por ejemplo, si el valor de la hora de trabajo ordinaria es de \$10.000, una hora de trabajo dominical o festiva cuesta \$17.500.

Trabajo dominical y festivo extra diurno.

Cuando se trabaja un domingo o festivo se debe trabajar la jornada ordinaria diaria, que por regla general es de 8 horas, de manera que labora más de ese tiempo se causa el trabajo extra, que debe ser remunerado como trabajo extra.

De modo que el trabajo extra dominical o festivo tiene dos componentes o dos recargos:



Recargo por trabajo dominical o festivo	75%
Recargo por trabajo extra diurno	25%.
Total, recargo	100%

Si la hora ordinaria vale \$10.000, la hora extra diurna en domingos y festivos vale \$20.000.

Trabajo dominical y festivo extra nocturno.

El trabajo extra en domingo y festivo también puede ser nocturno, como cuando el trabajador debe laborar un domingo hasta media noche.

En este caso el recargo también tiene dos componentes a saber:

Recargo por trabajo dominical o festivo	75%.
Recargo por trabajo extra nocturno	75%
Total, recargo	150 %

En la hora con valor ordinario de \$10.000, el recargo será de \$15.000 para un total de \$25.000.

Trabajo dominical o festivo nocturno.

Ocurre cuando la jornada ordinaria o parte de ella se efectúa después de las 9 de la noche de un domingo o festivo, y su remuneración incorpora dos componentes:

Recargo por trabajo dominical o festivo	75%.
Recargo por trabajo nocturno	35%
Total recargo	110 %

En la hora cuyo valor ordinario es de \$10.000, el recargo será de \$11.000 para



un valor total de \$21.000.

Descanso compensatorio por trabajo dominical.

Cuando el trabajador debe laborar los domingos, que son días de descanso obligatorio, debe recibir un día de descanso compensatorio, que dependiendo de la habitualidad es optativo o no.

Descanso compensatorio por trabajo dominical excepcional u ocasional.

El trabajo dominical es excepcional u ocasional cuando en un mismo mes se laboran 1 o 2 domingos según lo que se interpreta del artículo 179 del código sustantivo del trabajo.

El descanso compensatorio para el trabajador que labore excepcionalmente los domingos, esto es, 1 o 2 domingos al mes, está regulado por el artículo 180 del código sustantivo del trabajo que dice:

«El trabajador que labore excepcionalmente el día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, o a una retribución en dinero, a su elección, en la forma prevista en el artículo anterior.

Para el caso de la jornada de treinta y seis (36) semanales previstas en el artículo 20 literal c) de esta ley, el trabajador solo tendrá derecho a un descanso compensatorio remunerado cuando labore en domingo.»



Es decir que estos trabajadores tienen derecho a escoger entre la remuneración del trabajo dominical, o el descanso compensatorio.

Aquí el trabajador tiene la posibilidad de elegir entre esas dos opciones, la que más se ajuste a sus intereses y necesidades: o descansa un día remunerado con el sueldo normal o recibe el dinero por haber trabajado el domingo, con su respectivo recargo, y es una elección que le corresponde al trabajador y no al empleador.

Descanso compensatorio por trabajo dominical habitual.

El trabajo en domingo es habitual cuando en el mismo mes se laboran 3 o más domingos, sean consecutivos o no, según lo dispone el parágrafo segundo del artículo 179 del código sustantivo del trabajo.

El descanso compensatorio remunerado lo regla el artículo 181 del código sustantivo del trabajo que señala:

«El trabajador que labore habitualmente en día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo.

En el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de esta ley, el trabajador solo tendrá derecho a un descanso compensatorio remunerado cuando labore en domingo.»

Aquí el asunto cambia porque el trabajado recibe los dos beneficios



simultáneamente:

- El pago del trabajo dominical.
- El descanso compensatorio por cada domingo laborado.

Es así porque la norma dice que el descanso compensatorio se otorga sin perjuicio de la remuneración del trabajo dominical prevista en el artículo 180 del código sustantivo del trabajo.

Siendo así, no hay lugar a elegir entre descanso compensatorio y el pago en dinero del trabajo dominical, pues el trabajador por ley debe recibir los dos.

Descanso compensatorio en trabajadores con jornada de 36 horas a la semana.

Cuando las partes han acordado una jornada laboral de 36 horas semanales, el trabajador no tiene derecho a recibir remuneración por trabajo dominical de que trata el artículo 180 del código sustantivo del trabajo, sino que se le debe otorgar un día de descanso remunerado sin importar si el trabajo dominical es habitual o excepcional.

Al respecto señala la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 10079 del 11 de diciembre de 1997:

«De otra parte, los artículos 29 a 31 de la misma ley al modificar los artículos 179 a 181 del código, eliminaron el beneficio del recargo en dinero por trabajo en domingo para los trabajadores particulares que hayan acordado con sus empleadores laborar en turnos de trabajo sucesivos hasta de seis horas al día y 36 a la semana en los términos del literal c) del artículo 20 de esa ley, pues en tales casos, el único



derecho que les asiste por trabajo excepcional o habitual en domingo, es el descanso compensatorio remunerado.»

Es así porque esa jornada especial de 36 horas implica trabajar únicamente jornadas de 6 horas sin importar en qué horario se laboren las 6 horas, de manera que, si el turno de 6 horas se debe hacer un domingo o festivo, no hay derecho al recargo, e igual sucede cuando se trabaja en horario nocturno donde no hay derecho al recargo nocturno.

Es decir que estos trabajadores deben laborar sus 6 horas en cualquier día y en cualquier hora sin derecho a recargo ninguno, excepto el descanso compensatorio cuando el turno le quede en un domingo.

Descanso compensatorio en los trabajadores técnicos especializados.

Los trabajadores que realicen labores especializadas no tienen derecho al descanso compensatorio aun cuando deban trabajar los domingos de forma habitual.

Así lo dispone el artículo 182 del código sustantivo del trabajo:

«Las personas que por sus conocimientos técnicos o por razón del trabajo que ejecutan no puede reemplazarse sin grave perjuicio para la empresa, deben trabajar los domingos y días de fiesta sin derecho al descanso compensatorio, pero su trabajo se remunera conforme al artículo 179.»

Es decir que estos trabajadores sólo tienen derecho al pago del trabajo dominical con su respectivo recargo.



Cuándo y cómo se otorga el descanso compensatorio.

El artículo 183 del código sustantivo del trabajo señala que el día de descanso compensatorio remunerado se debe otorgar en un día laborable en la semana siguiente.

El trabajador podrá descansar cualquier día de lunes a sábado como compensación por haber trabajado el domingo anterior.

Si en la empresa no se trabaja el sábado, el descanso compensatorio se debe otorgar de lunes a viernes siempre que se día no coincida con un día festivo, pues la norma dispone que la compensación se debe hacer en un día laborable.

Recordemos que por cada domingo trabajado se debe otorgar el día de descanso compensatorio, de manera que, si en un mes se trabajan 4 domingos, hay que otorgar 4 descansos compensatorios.

Descanso compensatorio cuando el trabajo dominical pasa de ser excepcional a ser habitual.

Suele suceder que al iniciar el mes el trabajador no sabe si trabajará todos los domingos o solo uno, de suerte que el primer domingo el trabajador opta por el descanso compensatorio en lugar de la remuneración.

Pero luego termina trabajando 3 o 4 domingos al mes, haciendo que por el primer domingo tenga derecho tanto al descanso como a la remuneración.

En ese caso como el descanso ya fue tomado, entonces se le paga la remuneración junto con su nómina a final de mes.



Y si es el caso contrario, donde no tomó el descanso compensatorio del primer domingo, entonces cuando el trabajo dominical se convierta en habitual se debe otorgar ese descanso compensatorio que se adeuda al trabajador, por lo que en una misma semana el trabajador podría tener dos descansos compensatorios.

Concluyendo tenemos que cuando el trabajo dominical se torna habitual sin haberse previsto desde un inicio, si se pagó el recargo se queda debiendo el compensatorio, y si se concedió el compensatorio se queda debiendo el recargo.

La otra opción por la que se deciden algunos trabajadores y empleadores es pagar ese día compensatorio, es decir que, en lugar de tomarse el miércoles como día libre, lo trabaja, pero se le paga doble por corresponder a un día de descanso para el trabajador. Es una opción no considerada por la ley, pero las partes suelen utilizarla para acomodarse a las circunstancias.

Cuadro resumen del descanso compensatorio.

Los descansos compensatorios los podemos resumir en la siguiente tabla:

Concepto.	Compensación.
Trabajar 1 o 2 domingos al mes.	Remuneración <input type="radio"/> o descanso compensatorio.
Trabajar 3 o más domingos al mes.	Remuneración y un día de descanso compensatorio por cada domingo trabajado.



Trabajar cualquier número de domingos al mes para las jornadas de 36 horas semanales.	Un día compensatorio por cada domingo laborado.
Trabajar cualquier número de domingos al mes en trabajos técnicos o especializados.	Un día compensatorio por cada domingo laborado.



REMUNERACIÓN DEL TRABAJO.

La remuneración es uno de los elementos del contrato de trabajo que es de gran importancia por los variados tratamientos que se le pueden dar.

Dice el artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo que todo trabajo dependiente debe ser remunerado; la remuneración es una obligación del empleador y un derecho del trabajador el cual se encuentra especialmente protegido por la ley.

La remuneración comúnmente se le conoce como salario, que es la contraprestación económica que el empleado recibe por su trabajo.

Salario.

El salario, como ya dijimos, es uno de los tres elementos que constituyen el contrato de trabajo. El salario es la contraprestación económica que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios.

El salario está compuesto por el sueldo básico y demás pagos que tienen como finalidad remunerar el trabajo del empleado.

La ley se ha encargado de señalar los pagos que constituyen salario y también los pagos que no constituyen salario, aspectos que se deben tener muy claros puesto que del salario se desprenden elementos de gran importancia, como puede ser la seguridad social, prestaciones sociales y los aportes parafiscales cuando haya lugar a ellos.

El salario puede ser pagado en efectivo o en especie, caso en el cual se deben aplicar ciertas limitaciones.

Elementos que integran el salario

No todos los pagos que recibe un trabajador tienen la connotación de



salario, puesto que algunos no tienen como finalidad la remuneración del trabajo, requisito básico para que un pago sea considerado como salario.

Al respecto dice el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones».

Esta definición es muy importante, en cuanto hace claridad que todo pago que tenga por objeto remunerar al trabajador hace parte del salario sin importar qué nombre se le dé.

La ley laboral se encarga de definir de forma expresa qué pagos son salarios y cuáles no, y los particulares no podrán pactar una naturaleza diferente al que la ley le ha otorgado.

Estipulación o fijación del salario.

El salario que se pagará como remuneración a un empleado por su trabajo será pactado por las partes en el respectivo contrato de trabajo.

Dice el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Formas y libertad de estipulación. Modificado, art. 18, L. 50 de 1990: 1. El patrono y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, como por unidad de tiempo, por obra o a destajo y por tarea etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.



2. No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16, 21 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo y las normas concordantes con éstas, cuando el trabajador devengue un salario ordinario, superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.

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

3. Este salario no estará exento de las cotizaciones a la seguridad social, ni de los aportes al SENA, ICBF, y Cajas de Compensación Familiar, pero en el caso de estas tres últimas entidades, los aportes se disminuirán en un treinta por ciento (30%).

4. El trabajador que deseé acogerse a esta estipulación, recibirá la liquidación definitiva de su auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales causadas hasta esa fecha, sin que por ello se entienda terminado su contrato de trabajo».

El artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo es de gran importancia en el sentido que solo permite fijar el monto del salario de forma convenida, lo que significa que la fijación del salario debe ser necesariamente un acuerdo de voluntades de las partes integrantes del contrato de trabajo. No es dable



entonces que el empleador modifique unilateralmente el salario a un trabajador o su forma de pago, entendiéndose esta modificación en contra de los intereses del trabajador, ya que mientras cualquier decisión unilateral del empleador no afecte los intereses, o que mejore la condición del trabajador no tiene incidencia legal alguna; lo que la ley laboral protege celosamente es que los intereses del empleado no se afecten negativamente.

¿Dónde se paga el sueldo al trabajador?

La ley laboral se ha encargado de reglamentar el sitio o lugar donde se debe pagar el sueldo al trabajador, de suerte que este hecho no está sujeto al capricho de uno u otro, situación que ha sido causa de no pocos conflictos.

Este aspecto tan aparentemente sencillo [¿dónde la empresa me debe pagar?] suele ser motivo de controversia entre empleado-empleador, principalmente, cuando el trabajador debe movilizarse constantemente en un amplio espacio geográfico.

Es así como en **Gerencie.com** hemos recibido varias inquietudes del siguiente tipo:

«Una empresa tiene un empleado trabajando para otra, y éste no se presenta para retirar su sueldo; ¿la empresa que lo contrató está en la obligación de hacerle llegar el sueldo a donde el presta el servicio?»

Para tratar de dar respuesta a esta situación, veamos lo que dice el artículo 138 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Lugar y tiempo de pago.

1. Salvo convenio por escrito, el pago debe efectuarse en el lugar donde el trabajador presta sus servicios, durante el trabajo o inmediatamente después de que este cese.



2. Queda prohibido y se tiene por no hecho, el pago que se haga en centros de vicios o en lugares de recreo, en expendios de mercancías o de bebidas alcohólicas, a no ser que se trate de trabajadores del establecimiento donde se hace el pago».
[Negrilla del autor].

La norma es clara en afirmar que el sueldo se debe pagar en el lugar o sitio donde el trabajador preste sus servicios, claro está, siempre que las partes no hayan pactado algo distinto.

Por ejemplo, si la empresa está en Bogotá y es allí donde el trabajador fue contratado, pero fue enviado a trabajar a Medellín, será en Medellín donde la empresa debe pagar el sueldo a su trabajador, a no ser que en el contrato de trabajo hayan pactado que el pago se hará en Bogotá.

Hoy en día esta situación es irrelevante cuando los pagos se hacen directamente a una cuenta bancaria, pero esto no siempre es posible, especialmente cuando en el lugar donde el trabajador presta sus servicios no hay servicio bancario donde el trabajador pueda retirar su dinero, lo que supone la necesidad de dejar muy en claro esta situación.

Período de pago del salario.

El período de pago será estipulado por las partes en el contrato de trabajo, según los términos del artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Períodos de pago. 1. El salario en dinero debe pagarse por períodos iguales y vencidos, en moneda legal. El período de pago para los jornales no puede ser mayor de una semana, y para sueldos no mayor de un mes.

2. El pago del trabajo suplementario o de horas extras y el del recargo por trabajo nocturno debe efectuarse junto con el del



salario ordinario del período en que se han causado, o a más tardar con el salario del período siguiente».

Analizando el primer numeral del artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo, para efectos del pago del salario este se divide en salario en dinero y en especie, aunque el artículo solo se refiere al salario en dinero. Así, se entenderá que el salario en especie se puede o debe pagar antes del vencimiento del período, como en el caso de tratarse de alimentación, vivienda o vestido.

Si bien la ley permite que las partes pacten el período de pago de los salarios no se puede acordar un plazo superior a un (1) mes.

La parte del salario que corresponde a trabajo suplementario y/o recargos nocturnos se puede pagar en el período siguiente.

La legislación laboral prohíbe el trueque, o que se pague el salario con mercancías, a no ser las que puedan ser suministradas como salario en especie, considerando que este no puede superar el 30% del salario total.

Al respecto establece el Código Sustantivo del Trabajo:

«Art. 136.- Prohibición del trueque. Se prohíbe el pago del salario en mercancías, fichas u otros medios semejantes, a menos que se trate de una remuneración parcialmente suministrada en alojamiento, vestido y alimentación para el trabajador y su familia.

Art. 137.- Venta de mercancías y víveres por parte del patrono. Se prohíbe al patrono vender a sus trabajadores mercancías o víveres, a menos que se cumpla con estas condiciones:

a) Libertad absoluta del trabajador para hacer sus compras donde quiera; y

b) Publicidad de las condiciones de venta».



Es claro que no se puede presionar ni obligar al trabajador para que compre las mercancías o productos de la empresa, siempre y cuando ello implique una desventaja frente a los clientes de la empresa.

Por lo general, lo que sucede con las empresas es un caso contrario, puesto que muchas de ellas deciden vender sus productos a los empleados a un precio de costo, o inclusive le financian el valor del producto, producto que venden con un precio especial.

Salario mínimo.

El salario mínimo es la mínima remuneración a que tiene derecho todo trabajador con el cual ha de suplir tanto sus necesidades básicas como las de su familia, el cual para el 2023 fue fijado en \$1.160.000 mediante decreto 2613 del 28 de diciembre de 2022.

La ley busca garantizar que el trabajador reciba como contraprestación por su trabajo lo mínimo necesario que le permita subsistir con su familia en condiciones dignas.

Aunque el objetivo del salario mínimo es garantizar el cubrimiento de las necesidades básicas en cuanto alimentación, educación, salud, vivienda, vestido y recreación de un trabajador, indudablemente que no cumple con sus objetivos, puesto que con el valor del salario mínimo no es posible cubrir todas estas necesidades.

La ley [Art. 146, Código Sustantivo del Trabajo] establece que para la fijación del salario mínimo se deben tener en cuenta factores como costo de vida, las modalidades de trabajo, la capacidad económica de las empresas y las condiciones de cada región o actividad económica.

Al considerar la capacidad económica de las empresas como un factor determinante a la hora de la fijación de salario mínimo, permite que este



pueda ser fijado en común acuerdo entre empresarios y sindicatos, puesto que la filosofía de la norma ha sido lograr que los intereses de las partes involucradas, y que se afectan de una u otra forma con la fijación del salario mínimo, confluyan en un punto que permita el equilibrio y deje a todos contentos.

Históricamente lograr pactar el incremento del salario mínimo ha sido difícil, por lo que en muchas ocasiones ha tenido que fijarse por decreto, como en efecto ha sucedido en los últimos años.

En la mayoría de las ocasiones el salario mínimo no ha sido incrementado en la misma proporción en que se incrementa el costo de vida, por lo que en realidad no ha existido un incremento efectivo, puesto que los ínfimos incrementos concedidos no alcanzan a cubrir la pérdida de la capacidad adquisitiva del dinero en el último año. Esto ha sido una clara inobservancia de lo contemplado por la ley en el sentido que uno de los factores para la fijación del salario mínimo es precisamente el costo de la vida, que por su efecto en la calidad de vida del trabajador debe ser el factor predominante.

La fijación del salario mínimo incluye también la fijación del auxilio de transporte, el cual es pagado a quienes devengan hasta dos salarios mínimos.

El valor del auxilio de transporte para el 2023 se fijó en \$140.606 en el decreto 2614 del 28 de diciembre de 2022.

Excepciones del salario mínimo.

El salario mínimo no se aplica en los casos en que el trabajador no tiene una jornada de trabajo y opera bajo la figura de comisiones. Así lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 21 de 1984.



El salario mínimo contempla no siempre es lo mínimo que debe ganar un trabajador, puesto que en determinadas circunstancias es posible pagar menos de un salario mínimo.

Salario mínimo en contrato de trabajo de medio tiempo.

Es salario mínimo se fija para el trabajador que labora una jornada laboral completa, pero si llegase a laborar menos como en el caso de quienes trabajan medio tiempo, el salario mínimo será el equivalente según la proporción de horas laboradas.

Así lo señala claramente el numeral 3 del artículo 147 del código sustantivo del trabajo:

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

Es importante recordar lo dicho por la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 35307 del 23 de noviembre de 2010, con ponencia del magistrado Francisco Javier Ricaurte:

«... el salario mínimo legal está diseñado sobre la base de la unidad de tiempo, por lo que se encuentra vinculado ineludiblemente a la jornada ordinaria, de donde ésta si influye sobre su determinación en un momento dado, como lo dedujo el ad quem.»

De lo anterior queda claro que debe haber correspondencia entre la jornada laboral y el salario mínimo, de manera que si se labora menos de la jornada completa la remuneración se hará en dicha proporción, y si labora más de la



jornada completa, ganará más, pero como trabajo extra o suplementario.

Salario mínimo en el salario o por destajo.

Ya vimos el salario mínimo está sujeto al cumplimiento de una jornada de trabajo, de manera que, si la remuneración del trabajador no está fijada en función de las horas de trabajo sino en las unidades producidas o en lo que efectivamente haga, el salario mínimo no es aplicable, pues, se repite, no se le está pagando por unidad de tiempo sino por unidades producidas.

Al respecto resulta oportuno transcribir algunos apartes de la sentencia 26404 del 4 de abril de 2006, con ponencia del magistrado Camilo Tarquino:

«Valga agregar que lo que la jurisprudencia ha sostenido, y ahora se reitera, es que el juzgador no puede abstenerse de proferir condena cuando, sin probarse el salario, se establece la existencia de la prestación del servicio y la subordinación durante un período determinado, caso en el cual debe liquidar las acreencias laborales con el salario mínimo legal vigente, siempre y cuando no se discuta que las labores se desarrollaron dentro de una específica jornada, puesto que el pago del salario mínimo legal se supedita a la medida del tiempo. No obstante, tal doctrina no tiene aplicación en tratándose de un salario a destajo, porque en este caso la labor no se lleva a cabo en determinado tiempo, sino según la cantidad de unidades ejecutadas.»

Igual criterio se merece cuando el pago se realiza por comisiones, siempre que no implique el cumplimiento de una jornada laboral, pues en tal caso el salario mínimo aplica en función de las horas efectivamente laboradas por el trabajador.

Lo anterior es así porque al trabajador se le paga por hacer camisas, y si hace



10 camisas en el día se le pagará lo equivalente, pero si no hace ninguna, es natural que no tenga derecho a ningún pago, pues en tal caso el mínimo no está asegurado, y así como puede ganar más del mínimo, puede ganar menos o incluso nada si no hace nada.

Incremento del salario superior al mínimo.

¿Se le debe incrementar el salario a un trabajador que tiene un sueldo superior al salario mínimo legal?

El salario mínimo es incrementado anualmente mediante decreto, lo que aplica para todos los trabajadores que ganen un salario mínimo, pero ¿qué pasa con los trabajadores que ganan más de un salario mínimo? ¿Se les debe incrementar el salario en el mismo porcentaje que se incrementó el salario mínimo?

La respuesta corta es no.

No existe ninguna norma que obligue a incrementar los salarios anualmente, excepto cuando se devenga un salario mínimo.

Al respecto señaló la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 56518 del 9 de abril de 2019 con ponencia de la magistrada Cecilia Margarita Durán:

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



También ha dicho la Corte suprema de justicia que a los jueces no les está permitido ordenar incrementos de salarios excepto cuando se trata del salario mínimo, como en la sentencia 46855 del primero de febrero de 2011 reiterada en sentencia 58043 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del magistrado Luis Gabriel Miranda:

«Empero, lo que no es dable a un juez del trabajo ni a ningún otro, es ordenar un incremento salarial que no tiene ningún respaldo en el ordenamiento jurídico vigente, porque la función de los jueces no es legislar, y es distinta también a de la de los arbitradores, por eso es contrario a sus atribuciones hacer la ley, ya que su deber, al menos en el derecho positivo colombiano, es aplicarla por cuanto los funcionarios judiciales, en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la Ley, como lo pregonó paladinamente el texto 230 de la Carta Política, y lo refuerza aún más al agregar que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.»

El reajuste es obligatorio sólo cuando se trata del salario mínimo con el fin de que el trabajador devenga como mínimo el salario mínimo.

Ahora, si se devenga un salario superior al mínimo y al incrementarse el salario mínimo, este supera al salario que tenía el trabajador, se debe reajustar hasta que sea igual al mínimo.

El salario mínimo en el 2022 era de \$1.000.000 y el trabajador tenía un salario de \$1.100.000, que es superior al salario mínimo de 2022, y en 2023 el salario mínimo se incrementó a \$1.160.000, por lo que el salario del trabajador, que en el 2022 era superior al mínimo, en 2023 quedó por debajo del mínimo.

En tal caso el salario del trabajador se debe incrementar hasta como mínimo hasta \$1.160.000 más no es obligatorio incrementarlo en el 16% que se incrementó el salario mínimo, debido a que la ley sólo dispone que un



trabajador no puede devengar menos de un salario mínimo, no que los todo salario se deba incrementar en el mismo porcentaje que el salario mínimo.

Distinto es cuando en el contrato de trabajo se pactado un incremento anual en cualquier porcentaje, pues en tal caso el empleador debe cumplir con el compromiso adquirido al firmar el contrato debiendo hacer el incremento que se haya pactado.

Por último, hay que tener en cuenta que existen trabajadores públicos y privados. Respecto a los trabajadores públicos, existe la obligatoriedad de incrementar todos los salarios, más no en el sector privado, aunque la Corte constitucional en varias ocasiones se ha pronunciado al respecto, argumentando que todo trabajador tiene derecho a mantener su capacidad adquisitiva, y esto sólo se logra si se incrementa el salario cada año, en un porcentaje por lo menos igual al causado por la inflación, pero dicho criterio jurisprudencial no es oponible a los empleados del sector privado.

Pagos que no constituyen salario.

A un trabajador se le pueden hacer pagos que no constituyen salario, ya sea por expresa disposición legal o por acuerdo entre las partes. Veamos cuáles son.

Los pagos que no constituyen salario.

El artículo 128 del código sustantivo del trabajo señala los pagos que no constituyen salario en los siguientes términos:

«Pagos que no constituyen salarios. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas



de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

La norma no los señala expresamente, sino de forma generalizada y en forma de ejemplo, por lo que pueden existir otros pagos que puedan tener tal naturaleza.

El artículo 128 del código sustantivo del trabajo permite que entre empleador y trabajador acuerden pagos que no constituyen salario, pero es preciso que dichos pagos cumplan con determinados criterios, como más adelante se explica.

Efectos y beneficios de los pagos no constitutivos de salario.

Al considerar que un pago no constituye salario, significa que esos pagos no forman parte de la base para el cálculo de las prestaciones sociales, aportes parafiscales ni de la seguridad social.

Para las empresas esto es un gran beneficio puesto que les permite reducir su carga prestacional y parafiscal, que por demás es bien costosa, puesto que por estos conceptos la empresa debe pagar aproximadamente un 45% del salario. Esto quiere decir que si se le paga a un empleado un sueldo de



\$2.000.000, debe la empresa pagar adicionalmente aproximadamente \$900.000 por prestaciones, seguridad social y parafiscales, lo que hace que la carga laboral de la empresa sea considerable, lo cual es muy difícil de soportar por la pequeña y mediana empresa.

Lo anterior bajó considerablemente con la exención de pagos de aportes parafiscales y seguridad social.

Al pactar pagos como no constitutivos de salario, la empresa se está ahorrando el pago de sumas considerables por las cargas prestacionales y parafiscales.

Para el trabajador, en cambio, sus beneficios se disminuyen, puesto que sus prestaciones como la prima de servicios y las cesantías, y los aportes a fondos de pensión, al tener una base inferior, se ven menoscabadas.

Criterios para clasificar un pago como no constitutivo de salario.

Si bien la norma da cierta libertad para que las partes acuerden que ciertos pagos no constituirán salarios, no es una patente de corso para que sobre cualquier pago se haga tal acuerdo de exclusión salarial, pues ello iría en detrimento de los intereses del trabajador.

En consecuencia, para que un pago no constituya salario debe cumplirse con los siguientes criterios:

- El pago no debe retribuir el trabajo del trabajador.
- No debe cambiar la naturaleza de un pago.
- Deben ser específicos
- Debe tener una destinación específica.
- La retribución del trabajo.

La Corte suprema de justicia en su abundante jurisprudencia ha señalado



que el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija, por ello la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo.

La retribución del trabajo.

Cualquier pago que tenga como objetivo remunerar al trabajador no puede ser calificado como ingreso no constitutivo de salario.

Es por ello que conceptos como las comisiones o bonificaciones por rendimiento nunca podrán considerarse como un pago no constitutivo de salario, pues sin importar el nombre que se les dé, su finalidad es remunerar el trabajo, ya que no es más que una contraprestación directa por un servicio prestado.

Respecto a las comisiones, la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 22069 del 27 de septiembre de 2004, y reiterada en sentencia CSJ SL1798-2018, dejó claro que constituyen salario y no es válido ningún pacto en contrario:

«Luego, si como lo halló demostrado el propio juzgador, el pago realizado al accionante tenía todas las características del salario y correspondía realmente al concepto de comisiones, independientemente de la denominación que se le diera, no podía excluirse como parte del salario retributivo del servicio, porque, tal cual lo señala el recurrente, esa naturaleza salarial proviene del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, y no se le puede desconocer por lo dispuesto en el 128, puesto que él no permite restar el carácter salarial de cualquier pago al que se refieran los acuerdos celebrados por los contratantes, sino que procede sólo frente a



algunos auxilios o beneficios. Pero en modo alguno puede aceptarse que esa última normatividad incluya todos los conceptos o rubros, como las comisiones, que por su origen, quedan por fuera de la posibilidad que ofrece el mencionado artículo 128, de negar la incidencia salarial de determinados pagos en la liquidación de prestaciones sociales o de otras acreencias laborales.»

Es claro que bajo ninguna circunstancia las comisiones pueden pactarse como no constitutivas de salario.

Respecto a las bonificaciones, estas pueden ser acordadas como no constitutivas de salario siempre que sean ocasionales y no tengan el propósito de remunerar al trabajador.

La naturaleza salarial de un pago.

Similar a lo anterior. Un pago que por su propia naturaleza es salarial, lo será no importa lo que las partes acuerden, ni cómo sean denominados en el contrato de trabajo.

Las partes no tienen la facultad legal ni contractual para cambiar la naturaleza misma de un pago, de manera que, si el pago tiene su origen en la actividad desarrollada por el trabajador, este será siempre de carácter salarial.

Pagos no salariales deben ser claros y expresos.

Cuando se acuerde un pago no salarial, ese pago debe ser claro, preciso, expreso, de manera que se pueda identificar claramente su origen y destinación.

Al respecto dijo la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 68303 del 14 de noviembre de 2018, con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:



«Además de lo anterior, esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo»

La falta de especificación o claridad hará que el pago se convierta en salarial, por lo tanto, se ha de definir de forma expresa, taxativa, qué pagos no constituyen salario.

La destinación específica de los pagos no salariales.

Es común que al trabajador se lo ofrezca un determinado beneficio para un determinado fin, como auxilio de educación, de salud, a recreación, un aporte voluntario a pensión, etc., y en tal caso se debe garantizar esa destinación específica.

Este punto es importante, porque si se hace un pago no constitutivo de salario para que el trabajador adquiera un beneficio, se debe garantizar que ese beneficio sea adquirido. Por ejemplo, si se le paga al trabajador mensualmente \$500.000 como auxilio de educación, ese pago debe invertirse en educación y no entregárselo al trabajador para que el disponga de esos dineros según su deseo, y si se le pagan gastos de representación que se utilicen para tal efecto.

Frente a este tema, resulta importante la doctrina de sala laboral de la corte suprema de justicia en la sentencia antes citada, donde dijo:



«En primer lugar, tanto el auxilio de gastos médicos y la pensión voluntaria eran entregados en dinero a la trabajadora para que ella dispusiera inmediatamente de esos recursos. Por esta vía, la demandante podía emplear esos dineros en la satisfacción de las necesidades que usualmente se colman mediante el salario, tales como vivienda, salud, educación, alimentación, recreación, entre otros. Es decir, la supuesta destinación específica alegada por la empresa se derrumba con el hecho de que esos auxilios eran traducidos en dinero para que la trabajadora dispusiera de ellos como a bien tuviera.»

En consecuencia, si el pago es por rodamiento, el dinero debe ser para eso; si es para educación, pues para eso.

Con lo anterior se pretende evitar que los pagos salariales se camuflen como no salariales, pues al final el trabajador no utiliza los dineros para lo que se supone que deben utilizarse, sino para gastarlos como se gasta cualquier salario.

La mera liberalidad.

Hay pagos que adicionalmente deben obedecer a la mera liberalidad del empleador, es decir, que dependen de la voluntad de este pagarlos o no, por tanto, son pagos que no los exige la ley, y son beneficios o pagos extras que el empleador decide otorgar a sus trabajadores.

La liberalidad en ocasiones riñe con las obligaciones contractuales, porque si se incluye en el contrato un determinado pago, se vuelve una obligación y se despoja el carácter voluntario de dicho pago, lo que no impide que determinados pagos se incluyan en el contrato, por lo que cada pago, por su origen y naturaleza debe analizarse de forma individual.



Habitualidad y proporcionalidad del pago.

Por regla general los pagos habituales constituyen salario, lo que no impide que los pagos constitutivos de salario deban ser esporádico o que no puedan ser habituales, que no se puedan pagar mes a mes, pues hay pagos que por su naturaleza son habituales y no constituyen salario.

Igual sucede con la proporcionalidad del pago no constitutivo de salario, pues se espera que la parte que no lo sea guarde una proporcionalidad razonable respecto a la parte que sí es salario, pero no es una camisa de fuerza.

Frente este tema dijo la Corte suprema de justicia en la sentencia ya citada:

«Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.

De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada.»

La habitualidad y la proporcionalidad son pues criterios auxiliares que ayudan a identificar la naturaleza de un pago, pero esta no depende de ellas,



lo mismo que la liberalidad, donde se aplica según qué caso particular.

Es por ello resulta tan importante dejar muy claro qué pagos no constituyen salario, pues de esa forma no se da espacio a las interpretaciones en uno u otro sentido, pues de presentarse discusiones, es probable que el asunto se resuelva en favor del trabajador.

Lo que no constituye salario por regla general.

La Corte suprema de justicia en la sentencia ya referida hace un esbozo de lo que por regla general son pagos que no constituyen salario:

«Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.»

En la opción IV se incluyen todos esos auxilios o beneficios extras que el empleador puede otorgar al trabajador, y que deben cumplir con los criterios ya señalados.



Los límites a los pagos no constitutivos de salario.

La ley 1393 de 2010 impone un límite a los pagos que se pueden pactar como no constitutivos de salario en una medida para evitar la evasión y elusión de pagos y cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y pensiones.

El artículo 30 de esta ley señala lo siguiente:

«Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.»

En consecuencia, para efectos de las cotizaciones a salud, pensión y riesgos laborales, los pagos que no constituyen salario no pueden superar el 40% del total de la remuneración.

Lo anterior, como dice la norma, sin perjuicio que para otros fines se pacte un porcentaje superior, de manera que, para efectos de prestaciones sociales, aportes parafiscales y otros conceptos, los pagos no constitutivos de salario puedan ser superiores a ese 40%, tal como lo dice la corte suprema de justicia en la sentencia que ya hemos referido:

«El precepto bajo análisis, se limita a prohibir que los pagos no constitutivos de salario excedan el 40% del total de la remuneración para efectos de determinar el ingreso base de cotización al sistema de seguridad social. Nótese que la regla deja a salvo «lo previsto para otros fines», al tiempo que circunscribe esta prohibición «para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993», esto es, el IBC de la seguridad social.»

La existencia de ese 40% no se puede interpretar como que hay luz verde para considerar el 40% de la remuneración como no constitutiva de salario, como bien lo señala la corte:



«Quiere decir lo anterior que el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 no es una autorización para desalarizar hasta el 40% de la remuneración del trabajador. El régimen del salario, su concepto y sus elementos, siguen gobernados por los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, que lo conciben como toda remuneración que percibe el trabajador por la prestación del servicio. De manera que, bien puede ocurrir que en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP) se determine que ciertos emolumentos, inferiores al 40% del total de la remuneración, son salario porque retribuyen directamente la fuerza de trabajo.»

En todo caso, así los pagos que no constituyen salario estén por debajo del 40%, deben cumplir con los criterios antes señalados para que sean legales.

Como se puede observar, los pagos que no constituyen salario no pueden ser acordados caprichosamente, pues de ser así, no resistirán el más mínimo análisis de un juzgado o tribunal, máxime cuando la jurisprudencia hoy en día es bastante restrictiva al respecto.

Base para computar el límite del 40%.

El límite del 40% se calcula sobre el total de los pagos salariales según el artículo 127 del código sustantivo del trabajo.

Dentro de esa base no se incluyen los pagos que por ley no constituyen salario, que son aquellos que no tienen como finalidad remunerar el trabajo, que no enriquecen el patrimonio del trabajador.

Este punto lo ha dejado claro la sección cuarta del Consejo en sentencia de **unificación de jurisprudencia** con radicación 25185 del 9 de diciembre de 2021 con ponencia del magistrado Milton Chávez García:

«Al igual que lo propendido por el Ejecutivo con el artículo 9 del Decreto 129 de 2010, con el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, el



legislador buscó "frenar la erosión de la base de cotización generada en la posibilidad de pactar remuneraciones que no se computen como factor salarial". Para ello estableció que aquellos pagos al trabajador que por pacto entre las partes se excluyen del IBC, no pueden superar el 40% del total de la remuneración, para determinar los aportes al sistema general de pensiones y al régimen contributivo de salud.

Así, el propósito del legislador, como el del Ejecutivo en su momento, no fue incluir en el ingreso base de cotización, pagos que, por su esencia o naturaleza, no son constitutivos de salario, sino, establecer una limitante a la desalarización que se venía pactando entre empleadores y trabajadores al amparo de los artículos 128 del CST y 17 de la Ley 344 de 1996 y que erosionaba la base de aportes al Sistema de Seguridad Social. En estos eventos, los aportes se calcularán sobre todos aquellos factores que constituyen salario, independientemente de la denominación que se les dé (art. 127 CST- contraprestación del servicio) y, además, los que las partes de la relación laboral pacten que no integrarán el IBC, en el monto que exceda el límite del 40% del total de la remuneración.»

La sala claramente separa los pagos que no constituyen salarial por su propia naturaleza, y los que no constituyen salario en virtud al acuerdo entre las partes. Los primeros no se consideran dentro del total sobre el cual se realizará el computo del límite del 40%.

En la misma sentencia el Consejo de estado establece las siguientes reglas de interpretación del artículo 30 de la ley 1393 de 2010:

1. El IBC de aportes al Sistema de Seguridad Social (subsistemas de pensión, salud y riesgos profesionales) únicamente lo componen los factores constitutivos de salario, en los términos del artículo 127 del CST, estos son, los que por su esencia o naturaleza remuneran el trabajo o servicio prestado al empleador.



2. En virtud de los artículos 128 del CST y 17 de la Ley 344 de 1996, los empleadores y trabajadores pueden pactar que ciertos factores salariales no integren el IBC de aportes al Sistema de Seguridad Social.
3. El pacto de "desalarización" no puede exceder el límite previsto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, es decir, el 40% del total de la remuneración. En estos eventos, los aportes se calcularán sobre todos aquellos factores que constituyen salario, independientemente de la denominación que se les dé (art. 127 CST- contraprestación del servicio) y, además, los factores que las partes de la relación laboral pacten que no integrarán el IBC, en el monto que exceda el límite del 40% del total de la remuneración.
4. El pacto de "desalarización" debe estar plenamente probado por cualquiera de los medios de prueba pertinentes.
5. Los conceptos salariales y no salariales declarados por el aportante en las planillas de aportes al sistema de la seguridad social o PILA se presumen veraces. Si el ente fiscalizador objeta los pagos no constitutivos de salario para incluirlos en el IBC de aportes, por considerar que sí remuneran el servicio, corresponde al empleador o aportante justificar y demostrar la naturaleza no salarial del pago realizado, a través de los medios probatorios pertinentes.

De lo expuesto por la sección cuarta del Consejo de estado, se entiende el límite del 40% aplica sobre los valores incluidos en el pacto de desalarización, es decir, los pagos que a pesar de constituir salario en los términos del artículo 127 del código sustantivo del trabajo, las partes los declaran como no constitutivos de salario en aplicación de la facultad que les otorga el artículo 128 del código sustantivo del trabajo.

El artículo 128 del código sustantivo del trabajo señala cuáles pagos no constituyen salario, y también permite que otros pagos, que no están expresamente señalados como no constitutivos de salario, sean considerados como no salariales por acuerdo entre trabajador y empleador,



y esos esos acuerdos los que están limitados al 40%.

Esto queda más claro cuando el consejo de estado emite sentencia sobre el caso concreto abordado en la sentencia de unificación de jurisprudencia:

«De acuerdo con lo expuesto y sobre la base de que en este proceso no es objeto de discusión qué factores no constituyen salario, pues, como se precisó, en este caso la UGPP aceptó que “los pagos por bonificaciones, alojamiento, manutención, pasajes aéreos, terrestres, premios, auxilios monetarios de educación, salud y vivienda, bonos de transporte y alimentación, teléfonos móviles e internet, pago indirecto de salud y vales de alimentación son pagos no constitutivos de salario conforme al artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo” , no tiene razón dicha entidad en cuanto señala que los factores no constitutivos de salario hacen parte del IBC de aportes al Sistema General de Seguridad Social (salud, pensión y riesgos laborales) en aquella parte que exceda el 40% de la remuneración total, según el criterio de unificación jurisprudencial adoptado en esta providencia), puesto que ello desconoce las normas sobre seguridad social que establecen que dichos aportes deben calcularse sobre los conceptos que constituyan salario, de conformidad con el artículo 127 del CST. También desconoce la regla de unificación número 1, ya precisada.

Como lo adicionado por la UGPP al IBC de aportes corresponde a conceptos que en este proceso ambas partes están de acuerdo en que no tienen connotación salarial, lo cual es improcedente a la luz de las anteriores consideraciones, la Sala dará prosperidad al cargo de apelación formulado por la demandante y se revoca la sentencia en ese punto.»

Si un pago no es salarial por su propia naturaleza, no hace parte del ingreso base de cotización, y por tanto debe ser excluido de la base sobre la que se debe computar el límite del 40%.



Recomendación.

Sin embargo, como resulta difícil determinar cuándo un pago hace parte del que hemos llamado grupo 1 y cuál del grupo 2, nuestra recomendación es ser prudentes e incluir los dos grupos en la base para computar el límite del 40%.

Nuestra recomendación obedece a que la UGP puede cuestionar la naturaleza del pago, y el empleador tendrá dificultad para probar que un pago no es salarial, o que, si lo es salarial, se pactó como no salarial y que ese acuerdo es válido.

Acuerdo sobre pagos no constitutivos de salario deben constar por escrito.

Cuando el trabajador y el empleador acuerden pagos que no constituyan salario, lo recomendable es que ese acuerdo se realice por escrito, para que quede clara la intención de las partes.

No obstante, cuando se trate de beneficios que el empleador otorga por mera liberalidad, por su naturaleza no deben constar por escrito, pues estos pagos se harán cuando el empleador de forma voluntaria quiera hacerlos.

En todo caso, no es obligatorio que tal convenio se haga por escrito como bien lo señaló la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 38757 del 14 de septiembre de 2010 con ponencia del magistrado Francisco Ricaurte:

«Con todo, es de advertir que el artículo 128 del CST, en la parte que al recurso extraordinario concierne, no consagra solemnidad alguna para el acuerdo de marras; el carácter expreso del mismo no implica, necesariamente, calidad solemne. Por expreso ha de entenderse lo que es factible de ser apreciado directamente, sin necesidad de



deducción o inferencia, tal como sucede, v.gr., con la manifestación que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe hacer a la otra en el momento de la extinción. Que el medio escrito se haga aconsejable para efectos probatorios es cuestión distinta a que la escritura se prevea como una solemnidad, como acontece en tratándose de hechos como la estipulación sobre salario integral, el contrato a término fijo, el período de prueba, la interrupción de prescripción mediante reclamo escrito, etc.»

Aun así, lo escrito disminuye la posibilidad de hacer interpretaciones distintas a las intenciones reales de las partes.

¿Bonificaciones no constituyen salario?

Uno de los conceptos que se suelen utilizar para acordar pagos no constitutivos de salario son las bonificaciones, que no necesariamente constituyen salario.

Respecto a lo que es una bonificación, se entiende que corresponde a bonos que la empresa paga al trabajador por distintos conceptos, como cumplimiento de metas u objetivos, y ese bono puede o no ser salarial dependiendo de las circunstancias particulares.

Lo primero que se debe señalar es que debe existir un acuerdo en pacto entre las partes en el cual se pacte el bono o la bonificación, y que este no es salarial, pero ello no siempre es suficiente para que tal pago se considere como no constitutivo de salario.

Por ello la misma Corte, en sentencia SL1738-2021 de la sala laboral señala:

«De cara a lo anterior, es necesario entrar a analizar cada concepto reclamado para determinar si el mismo tiene connotación salarial, pese a la existencia de un pacto de exclusión, requisito que dejó de



lado el Juzgador de la alzada por lo que infringió directamente el artículo 128 del CST, pues debía verificar si el pacto firmado desalarizaba un pago que realmente remuneraba el servicio, para así determinar si lo acordado era eficaz.»

Esto para significar que por la sola existencia de una cláusula que niega la naturaleza salarial de una bonificación no es suficiente para que en efecto ese pago no sea salarial.

La misma sentencia señala:

«Esta Corporación ha sentado, también como se explicó al resolver el recurso de casación, que aun cuando existe un pacto de desalarización entre las partes, que no tiene un fin específico y que se reconoce con habitualidad, puede entenderse como retributivo del servicio a falta de cualquier medio para desvirtuar su condición salarial (CSJ SL8216-2016). Lo anterior porque la parte demandada omitió su deber de demostrar que el bono otorgado a la demandante no tenía una connotación retributiva del servicio, pues solo se limitó a indicar que el artículo 128 del CST permitía pactar la desalarización de algunos rubros recibidos por el actor, sin indicar en qué consistía el bono otorgado o de donde provenía.»

De lo anterior se entiende que la bonificación puede ser considerada como no salarial cuando se cumplen dos requisitos:

1. No es habitual.
2. Tiene destinación específica.

Es claro que el simple acuerdo entre las partes no es suficiente para desvirtuar la naturaleza salarial de una bonificación, pues esta no debe ser habitual, debe tener un fin específico, y no debe retribuir de alguna forma el servicio del trabajador.



Normalmente los empleadores pagan un salario básico determinado y crean una bonificación mensual, trimestral, semestral o anual, que en realidad es un componente del salario que busca retribuir al trabajador, y de hecho así se hace la propuesta al trabajador cuando éste pregunta cuál será su remuneración.

Comisión vs bonificación.

En el fondo la bonificación no es más que una comisión por rendimiento, y en tal caso esa bonificación será salarial, y le corresponderá al empleador demostrar que no lo es.

Por lo general la bonificación no es más que un nombre distractor para lo que en realidad es una modalidad de remuneración.

Es lo que irremediablemente ocurre cuando la bonificación está condicionada a una acción del trabajador, como lograr un objetivo, dejando de ser un pago voluntario por mera liberalidad, ya que, al cumplirse la condición por parte del trabajador, el bono se hace exigible para el trabajador.

En resumen, la bonificación no será salarial cuando no está atada a un comportamiento determinado del trabajador, sino que se paga incondicionalmente como un beneficio extra y no como una forma de remuneración.

Salario en especie.

El trabajador se le puede pagar el salario en dinero y una parte en especie compuesto por bienes o servicios que el empleador suministre al trabajador.



Lo que se entiende por pago en especie.

Respecto a la parte del salario en especie que puede pagarse al trabajador dice el inciso primero del artículo 129 del código sustantivo del trabajo:

«Salario en especie. Constituye salario en especie toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, tales como la alimentación, habitación o vestuario que el patrono suministra al trabajador o a su familia, salvo la estipulación prevista en el artículo 15 de esta Ley.»

Las especies (bienes y servicios) que se pueden entregar al trabajador como remuneración por su trabajo, además de los señalados por la norma a manera de ejemplo (alimentación, vivienda, vestuario), se pueden incluir otros conceptos respecto de los cuales hay libertad contractual siempre que sea razonables y no perjudiquen al trabajador, como pueden ser salud, educación, recreación, etc.

Aquí es importante tener en cuenta la prohibición que tienen los empleadores en el numeral 2 del artículo 59 del código sustantivo del trabajo:

«Obligar en cualquier forma a los trabajadores a comprar mercancías o víveres en almacenes o proveedurías que establezca el empleador.»

Esto a fin de evitar abusos de las empleadoras en la fijación de la remuneración con bienes a precios que no correspondan a la realidad.

Límites al salario que se puede pagar en especie.

La totalidad del salario no se puede pagar en especie, sino solo una parte de él y eso depende del monto del salario devengado por cada trabajador.



Monto del salario:	Porcentaje máximo en especie.
En salarios iguales al mínimo:	Hasta el 30%.
Salarios superiores al mínimo:	Hasta el 50%.

Es importante precisar que un trabajador no puede recibir menos del 70% del salario mínimo en especie, es decir que aquellos salarios superiores al mínimo pueden tener un pago en especie de hasta el 50% del total del salario, pero ese 50% en efectivo no puede ser menor al 70% del salario mínimo.

Supongamos un salario mínimo de \$1.000.000. El trabajador debe recibir en dinero al menos el 70%, es decir, \$700.000.

Supongamos ahora que el trabajador tiene un salario de \$1.200.000 y de acuerdo al monto la ley permite pagar en especie hasta un 50% del salario, pero el 50% son \$600.000, valor que está por debajo de lo mínimo que puede recibir el trabajador, que es el 70% del salario mínimo, que en nuestro ejemplo imaginario es de \$700.000.

En consecuencia, lo máximo que se puede pagar en especie es aproximadamente el 42.3% para el ejemplo anterior, de modo que se pueda respetar la regla de que el trabajador debe recibir al menos el 70% de un salario mínimo en dinero.

El valor de los pagos en especie se debe fijar en el contrato.

Cuando se acuerde un pago en especie las partes deben valorar ese pago de forma expresa y consignarlo en el contrato o un documento anexo (otrosí).

Así, cuando la empleada del servicio doméstico se le cobra por vivir en la casa de su empleador se le debe fijar un valor a ese suministro. Si se le va a cobrar la alimentación que se le provee, hay que fijar el valor de cada comida



suministrada.

Si no se hace y hay una demanda laboral, el valor será fijado por un perito quien fijará su valor a precios comerciales lo que puede tener un efecto adverso para el empleador como más adelante se señala.

Como es de suponer, el empleador no puede fijar un valor exagerado a los bienes y servicios que suministra a empleado, con el fin de perjudicarlo y disminuir el valor real de su salario. Los valores acordados o fijados pueden ser inferiores a los comerciales, pero nunca superiores.

Prohibiciones en el pago de salarios en especie.

En ningún caso el empresario puede pagar al trabajador con mercancías o productos de su propia empresa o de almacenes, o empresas que el empresario exija.

Tampoco es dable pagar el salario con vales o cualquier otro documento diferente a documentos considerados y reconocidos legalmente como Títulos valores.

Le está prohibido al empresario venderle mercancías al empleado a menos que le conceda libertad absoluta al trabajador para comprarla o no, y debe en este caso publicar las condiciones de venta, las cuales en ningún caso deben ser desfavorables frente a las condiciones comerciales normales.

Los pagos en especie que constituyen salario y los que no.

Todo pago en especie que cuya finalidad sea remunerar el trabajo del empleado constituye salario para todos sus efectos.

Dice el artículo 127 del código sustantivo del trabajo que el salario es «*todo*



lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio», por lo que los pagos en especie por regla general hacen parte del salario.

Sin embargo, las partes pueden acordar que algunos pagos en especie no constituyan salario pues así lo permite el artículo 129 del código sustantivo del trabajo al señalar «salvo la estipulación prevista en el artículo 15 de esta Ley», es decir, salvo los pagos que por su naturaleza o por acuerdo de las partes no constituyen salario en los términos del artículo 128 del código sustantivo del trabajo.

Es importante que los pagos en especie que no constituyan salario se acuerden expresamente y por escrito, pues luego un juez podrá calificarlos como constitutivos de salario incrementando las condenas a las que pueda estar sujeto el empleador.

Supongamos el clásico ejemplo de la empleada del servicio a la que se le paga un salario mínimo y el empleador le suministra el desayuno y el almuerzo sin costo, es decir que no lo incluye como salario en especie ni se lo cobra a la empleada.

La empleada luego puede demandar y reclamar como pago en especie el valor de la alimentación, y podrá cobrar sobre ella prestaciones sociales e indemnización por despido injustificado si fuere el caso.

Así, en lugar de liquidar la empleada sobre el salario mínimo que devengaba, habrá que liquidarla sobre el salario mínimo más el valor que los peritos le asignen a la alimentación suministrada.

Para evitar lo anterior, si el empleador le quiere regalar la alimentación a la empleada debe acordarse expresamente que ese concepto no constituirá salario.



Salario en especie, prestaciones sociales y seguridad social.

El salario en especie en tanto constituye salario se entiende incluido para en el cálculo de los diferentes conceptos de la nómina como son las prestaciones sociales, los aportes a seguridad social y los aportes parafiscales.

En caso de que haya lugar al pago de indemnizaciones por despido injustificado, por mora en el pago de cesantías o en el pago de salarios y prestaciones sociales, el salario en especie hace parte la base sobre la que se deben liquidar esas indemnizaciones.

Viáticos del trabajador.

Los viáticos Dentro de la remuneración que recibe un trabajador están los viáticos, concepto de relevancia porque no todo lo que se pague por viáticos constituye salario, lo que afecta la liquidación de la nómina del trabajador.

Clasificación de los viáticos.

Los viáticos son clasificados en permanentes y accidentales, y cada uno tiene un tratamiento diferente que pasamos a detallar.

Viáticos permanentes o habituales.

Los viáticos permanentes son aquellos que se pagan regularmente al trabajador para que pueda desempeñar sus labores, que por su naturaleza exigen la constante movilización del trabajador.

Es el caso por ejemplo de un representante de ventas cuyo trabajo es visitar clientes en distintas ciudades.



No es el caso de la recepcionista que un día cualquiera fue enviada a otra ciudad a entregar una documentación, pues en primer lugar ese no es su trabajo, y en segundo lugar se trató de una actividad ocasional.

Viáticos ocasionales.

Como su nombre lo indica, corresponde a los viáticos que se pagan al trabajador que ocasionalmente debe desplazarse, que lo hace de vez en cuando porque la naturaleza de su actividad no implica su constante movilización.

Por ejemplo, un auditor que una vez al mes viaja a una sede de la empresa se considera ocasional, aunque lo haga cada mes.

A manera de ejemplo transcribimos el análisis que la sala laboral de la Corte suprema de justicia hace en la sentencia 64324 del 18 de septiembre de 2019 con ponencia del magistrado Donal José Dix, respecto a la habitualidad de unos viáticos:

«Teniendo en cuenta que de acuerdo con el contrato de trabajo (f.º3), la sede de trabajo del peticionario fue el Terminal de Coveñas, la frecuencia de los desplazamientos que se infiere de los documentos analizados por el juzgador, no tuvo la entidad suficiente para calificarse como permanentes en la medida que de 1260 días comprendidos en los reportes referidos, los 327 que sumaron los desplazamientos solo equivale al 25.95% del tiempo, circunstancia que deja claro que los traslados, si bien fueron frecuentes, no fueron permanentes.»

Se puede afirmar que la habitualidad o no debe abordarse desde el punto de vista de la frecuencia de los viajes y del cargo desempeñado por el trabajador.



Incidencia salarial de los viáticos.

Teniendo claro lo que es un viático permanente y uno ocasional, pasemos a la incidencia laboral que estos pueden tener.

El artículo 130 del código sustantivo del trabajo hace tres consideraciones sobre los viáticos:

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

Los viáticos permanentes constituyen salario en la parte destinada a manutención y alojamiento, y no constituyen salario en lo que corresponde al pago de transporte.

Los viáticos ocasionales nunca constituyen salario, así sean para alojamiento o manutención.

La Corte suprema de justicia en la sentencia 64324 de 2019 antes referida señala al respecto:

«En ese orden, los viáticos son salario, en aquel componente destinado a manutención y alojamiento y cuando quiera que los mismos sean permanentes, contrario sensu, los viáticos que se conceden de manera accidental o transitoria corresponden a la categoría de emolumentos necesarios para el cumplimiento de la labor, que no contribuyen a enriquecer el patrimonio de trabajador.»



Es por ello que el mismo artículo 130 del código sustantivo del trabajo exige que se especifique el valor pagado por cada concepto, para tener claridad respecto qué pagos constituyen salario.

Requisitos para que los viáticos constituyan salario.

De la jurisprudencia producida por la sala laboral de la Corte suprema de justicia podemos identificar los siguientes requisitos para que un viático constituya salario:

- Tengan carácter habitual.
- Los desplazamientos sean por órdenes del empleador.
- Las actividades encargadas estén relacionadas con funciones propias del cargo.
- Se otorguen para gastos de manutención y alojamiento

La habitualidad y la destinación de los viáticos son los elementos esenciales para clasificar como salario un viático.

Efectos de la incidencia laboral de los viáticos.

Los viáticos que constituyen salario tienen efecto directo en conceptos como prestaciones sociales, seguridad social y aportes parafiscales, porque al constituir salario entran a formar parte de la base sobre la que se liquidan esos conceptos.

Este es uno de los temas que revisa la UGPP cuando fiscaliza a un empleador, en especial si se hacen pagos importantes por concepto de viáticos.



Facultad de las partes para acordar viáticos como pagos no constitutivos de salario.

El artículo 128 del código sustantivo del trabajo faculta a las partes para que acuerden que ciertos pagos no constituyan salario, pero esa facultad no incluye cambiar la naturaleza que la ley le dio a los viáticos.

La Corte suprema de justicia en sentencia 64324 de 2019 ya referida señaló al respecto:

«La jurisprudencia de esta Corporación, se ha decantado en el sentido que los acuerdos entre las partes no pueden desconocer las disposiciones legales que en materia de viáticos les asigna el carácter salarial a aquel componente destinado a alojamiento y alimentación, en la medida que sean permanentes.»

Por definición legal los viáticos permanentes para manutención y alojamiento constituyen salario, y las partes no pueden disponer lo contrario.

Especificación de la destinación de los viáticos.

La norma señala que los viáticos destinados a suministrar alojamiento y alimentación constituyen salario, y los de transporte y gastos de representación no constituyen salario, y señala la norma que se debe especificar cada concepto a fin de por conocer la parte de los viáticos que constituyen salario y la que no constituye salario.

Esa especificación o fijación debe hacerla el empleador, quien es el que paga el concepto, y debe hacerla en el momento en que ordena el pago de los viáticos.

Sobre este tema se pronunció la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL3207-2021 con ponencia del magistrado Jorge Prada



Sánchez:

«En estricto sentido, la norma no se opone a que, de acuerdo con la información disponible en materia de gastos de desplazamiento de sus trabajadores, el empleador defina la parte de los viáticos permanentes destinada a manutención, alojamiento, medios de transporte y gastos de representación.»

El empleador tiene la facultad para fijar la distribución o proporción de los viáticos que no constituye salario, siempre dentro de un concepto de razonabilidad que se corresponde con los valores comerciales de los gastos que se pretenden financiar con los viáticos otorgados.

Respecto a cuándo debe hacerse esa distinción o distribución señala la Corte:

«Sin embargo, el numeral segundo no admite discusión de que esa distribución debe ser específica; esto es, determinada, concreta y claramente delimitada, lo cual debe indicarse «siempre que se paguen» tales conceptos. Evidentemente, el destinatario de esta orden es el empleador, por ser el pagador de la remuneración, y la discriminación de los pagos no puede hacerse en momento distinto a aquél en que se sufraguen los viáticos al trabajador.

Lo contrario, conllevaría la posibilidad de que el patrono efectúe pagos por viáticos y luego, por cualquier razón, modifique los porcentajes a los que alude la disposición, por ejemplo, reduciendo el porcentaje de los valores con incidencia salarial. Además de poco razonable, esta posibilidad contraría la certeza y seguridad perseguida por la norma, compromete las garantías salariales y promueve la incertidumbre sobre la naturaleza de la remuneración en un contrato



que, por disposición del artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, debe ser ejecutado de buena fe.»

La distribución de los viáticos debe dejarse clara desde el momento en que se aprueba el viaje y se fijan o presupuestan los viáticos a pagar, sin posibilidad de cambiar esa destinación a futuro.

Ahora, si el empleador paga los viáticos sin especificar cuánto corresponde a cada concepto, la totalidad de los viáticos se consideran salariales como lo señala la Corte en la misma sentencia referida:

«Es por lo anterior que esta Corporación, de vieja data, ha enseñado que cuando se trate de viáticos de carácter permanente, «las sumas pagadas por este concepto, en particular para manutención y alojamiento, serán consideradas salario; cuando no se haga la discriminación respectiva se tendrá como salario todo lo recibido» (CSJ SL, 20 oct. 2005, rad. 25403). Y así lo ha precisado también en procesos seguidos contra la misma demandada, como es el caso de la providencia CSJ SL, 7 oct. 2008, rad. 34303, en la cual enfatizó que, si en la relación de viáticos permanentes no se especifica su destinación, todos los pagos efectuados «debían ser tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión otorgada».»

Por lo anterior, es de suma importancia que el empleador se tome el trabajado de presupuestar correctamente los viáticos que pagará al trabajador en cada caso o viaje particular, para que pueda fijar con claridad la proporción o distribución según cada concepto (Alimentación, alojamiento, transporte y gastos de representación).

Un ejemplo sería el siguiente cuadro:



Concepto.	Valor.	Naturaleza.
Alimentación	\$150.000.	Salarial
Alojamiento	\$130.000	Salarial
Transporte	\$200.000	No salarial
Gastos de representación.	\$100.000	No salarial
Total, viáticos	\$580.000	

Es algo que se debería hacer con cada viaje que deba ser viaticado para efectos de transparencia y claridad.

Respecto a los gatos de representación, son los pagos que debe hacer el trabajador a fin de poder de realizar el trabajo encargado, como por ejemplo invitar a unos posibles clientes a un almuerzo o a unas copas.

Por último, el empleador suele distribuir los viáticos de forma caprichosa a fin de asignar una mayor proporción a los conceptos que no constituyen salario en perjuicio del trabajador, sin que este pueda hacer mucho para evitarlo.

Auxilio de rodamiento.

El auxilio de rodamiento es el valor que la empresa paga a un empleado cuando este aporta o utiliza su vehículo [automóvil o moto] para desarrollar actividades relacionadas con el contrato de trabajo.



Este auxilio lo fijan libremente las partes, y busca reconocer, o mejor, reembolsar al trabajador el valor del combustible, el mantenimiento y el desgaste por uso de su vehículo como consecuencia de colocarlo al servicio y para el beneficio del empleador.

Cada empresa según la naturaleza del uso que se haga del vehículo fijará el monto del respectivo auxilio de rodamiento.

El auxilio de rodamiento no procede cuando el vehículo del trabajador no es utilizado para trabajar sino para que el trabajador se movilice del trabajo a la casa o viceversa.

El auxilio de rodamiento se utiliza en trabajadores que se dedican a vender, a visitar clientes, etc., y en ese proceso hace uso de su vehículo.

Auxilio de rodamiento y auxilio de transporte.

El auxilio de rodamiento es compatible con el auxilio de transporte. El hecho de que se pague un auxilio de rodamiento no exonera al empleador de pagar el auxilio de transporte, cuando por el monto del salario el trabajador tiene derecho a él.

Recordemos que el auxilio de transporte se paga cuando el salario del trabajador es igual o menor a dos salarios mínimos.

¿El auxilio de rodamiento constituye salario?

El auxilio de rodamiento constituye salario, pero las partes pueden acordar que no lo constituya al término del artículo 128 del código sustantivo de trabajo.



De manera que en el contrato de trabajo se debe acordar expresamente que el auxilio de rodamiento no constituye salario.

En ese sentido se ha pronunciado la sala laboral de la Corte suprema de justicia en varias sentencias como la 57337 del 13 de septiembre de 2017 (SL15359-2017), 53793 del primero de marzo de 2017 (SL2833-2017), la 36644 2 de marzo de 2010 entre otras.

Lo anterior siempre que el auxilio de rodamiento tenga como finalidad y propósito compensar al trabajador por poner su vehículo al servicio del empleador, pues si su objetivo es calificar como no constitutivo de salario un pago de carácter retributivo, el juez terminará desconociendo ese acuerdo al considerarlo defraudatorio.

Por ejemplo, no se le puede pagar un auxilio de rodamiento a un trabajador que no tiene vehículo. Si se hace es evidente que se trata de una maniobra para quitarle el carácter salarial de ese pago eminentemente remunerativo.

Si el auxilio de rodamiento no constituye salario no se incluye en la base para liquidar prestaciones sociales, seguridad social ni aportes parafiscales.

¿El empleador puede disminuir o eliminar el auxilio de rodamiento?

Si el auxilio de rodamiento ha sido acordado contractualmente, el empleador no puede modificarlo ni mucho menos eliminarlo, puesto que al estar acordado en el contrato es parte de él siendo de obligatorio cumplimiento para el empleador.

Si el auxilio de rodamiento es pagado por mera liberalidad, el empleador sí puede modificarlo o dejarlo de pagar, porque no existe obligación



contractual para pagarlo.

No obstante, se precisa que el auxilio de rodamiento como tal por lo general no se paga por mera liberalidad, pues con se busca compensar al trabajador que utiliza su vehículo en beneficio del empleador, y un acuerdo así no puede estar compensado a voluntad del empleador.

La mera liberalidad existe cuando se trata de un pago al que se le ha llamado de rodamiento, pero que en realidad no lo es.

¿La hora de almuerzo es remunerada o no?

¿La hora o el tiempo que el trabajador dedica a tomar su almuerzo debe ser remunerado? ¿Incide en algo que el trabajador almuerce dentro de las instalaciones de la empresa?

Es común en las ciudades grandes que por cuestión de tiempo los empleados se queden en la empresa para almorzar allí, y la empresa les otorga para ese efecto un tiempo que por lo general es de una hora.

Para determinar si ese tiempo de almuerzo se debe remunerar o no debemos recurrir a lo que dice el artículo 167 del código sustantivo del trabajo:

«DISTRIBUCION DE LAS HORAS DE TRABAJO. Las horas de trabajo durante cada jornada deben distribuirse al menos en dos secciones, con un intermedio de descanso que se adapte razonablemente a la naturaleza del trabajo y a las necesidades de los trabajadores. El tiempo de este descanso no se computa en la jornada.»

En jornadas diarias completas, es necesario dividirlas para que el trabajador descance, y en este caso, para que almuerce, y dice la norma que ese tiempo no se computa para la jornada laboral que se traduce en que no se remunera,



pues no se contabiliza para determinar el tiempo trabajado por el empleado.

Para ser más precisos y determinar si el tiempo que divide y separa la jornada laboral ya sea para almorzar o simplemente para esparcimiento, se remunera o no, resulta pertinente traer a colación lo referido por la sala laboral de la corte suprema de justicia en sentencia 25419 del 25 de julio de 2005 con ponencia del magistrado Luis Javier Osorio:

«Pues bien, para definir si el período de descanso de los 15 minutos es remunerado y fue concedido con la intención exclusiva de tomar el operario un refrigerio o alimento como lo sugiere el recurrente, o, corresponde a un interregno de la jornada en donde el trabajador lo aprovecha a su arbitrio y en provecho personal despojándose durante ese período de toda actividad productiva y del poder subordinante del empleador como lo asegura la réplica, que sirva para determinar si dicho descanso se debe o no descontar de la jornada ordinaria, en aras de esclarecer el total de horas efectivamente laboradas diaria o semanalmente por quienes cumplen turnos, para efectos de concluir si el Tribunal se equivocó o no ...»

Resulta claro que, si el trabajador por ese tiempo no queda a disposición del empleador ni sujeto a su subordinación, se considera que es un tiempo que el trabajador puede utilizar a su arbitrio, y en ese sentido no es remunerado.

Si el trabajador por el tiempo que le han otorgado para almorzar no está disponible, ni el empleador puede disponer de él en el momento que lo requiera, es un tiempo de descanso no remunerado.

Es indiferente si el trabajador almuerza dentro de la empresa, pues es una decisión suya, toda vez que bien puede, si lo desea, almorzar en un restaurante, o no almorzar y mejor aprovechar ese tiempo para tomar una siesta o mirar un partido de fútbol.

Distinto es si el trabajador debe almorzar en su escritorio porque debe estar



pendiente de alguna actividad de la empresa, y en el momento que ello ocurra debe dejar su comida para ponerse a trabajar; allí el trabajador no puede disponer libremente de su tiempo, por tanto es un tiempo que pertenece a la empresa y ésta debe remunerarlo; es lo que se llama disponibilidad y la disponibilidad se debe remunerar, por la sencilla razón de que el empleado no puede utilizar su tiempo en lo que su libre arbitrio le dicte, sino que debe sujetarse a lo que el empleador le permita o disponga.

Propinas recibidas por el trabajador.

Las propinas que los trabajadores reciban no constituyen salario, ni se pueden considerar como parte de la remuneración del trabajador.

Definición o concepto de propina.

La propina son los pagos que el trabajador recibe de parte de los clientes de su empleador, de forma libre y espontánea, como agradecimiento por los servicios prestados por el trabajador.

El artículo 2 de la ley 1935 de 2018 define el concepto de propina, así:

«Se entiende por propina el reconocimiento en dinero que en forma voluntaria el consumidor otorga a las personas que hacen parte de la cadena de servicios en los establecimientos comerciales de que trata el artículo 1º de esta ley, por el buen servicio y producto recibido e independiente del valor de venta registrado.»

El pago debe ser voluntario para que tenga la connotación de propina.

Propinas no constituyen salario.

Las propinas que reciba el trabajador no pueden constituir salario por



expresa disposición del artículo 131 del código sustantivo del trabajo:

- Las propinas que recibe el trabajador no constituyen salario.
- No puede pactarse como retribución del servicio prestado por el trabajador lo que éste reciba por propinas.

Es claro que el empleador no puede decir el trabajador que le paga un básico más propinas, o medio salario mínimo más propinas, pues estas no las paga el empleador sino el cliente, y como son voluntarias, no se puede garantizar que el trabajador siempre las reciba.

El salario es todo pago que el empleador hace el trabajador como contraprestación por su servicio, y en este caso el pago no lo hace el empleador sino un tercero ajeno a la relación jurídica entre trabajador y empleador, por lo tanto, no puede tener ninguna connotación salarial.

Recaudo y distribución de las propinas.

En algunos casos el cliente entrega la propina directamente al trabajador, y en tal caso es un dinero que le pertenece al trabajador y este no tiene obligación de entregarla al empleador, y dependerá de su voluntad compartir la con los empleados de la cadena de servicios.

Cuando la propina es recaudada por el empleador, como en los casos en que se incluye o sugiere en la factura, la ley 9325 en su artículo 5 señala:

«Dado que las propinas son el producto de un acto de liberalidad del cliente, que quiere de esta manera gratificar el servicio recibido; serán beneficiarios de la destinación del dinero producto de las propinas única y exclusivamente las personas involucradas en la cadena de servicios.

En el evento de que no se llegue a un acuerdo por parte de los miembros de la cadena de servicios del establecimiento, las propinas



serán distribuidas de manera equitativa entre cada uno de ellos. El empleador será autónomo en los plazos para repartir dicho recaudo, siempre y cuando, este tiempo no sea superior a un (1)»

El empleador debe identificar los trabajadores que hacen parte de la cadena de servicios para actuar conforme lo establece la ley.

Por ejemplo, en un restaurante la cadena de servicios puede estar conformada por el cocinero, el mesero, e incluso el recepcionista, de modo que todos los trabajadores que contribuyeron a la prestación del servicio que dio lugar a la propina, deben participar de ella.

Prohibiciones relativas a las propinas.

Algunos empleadores hacen un mal uso de las propinas, llegando incluso a quitárselas al trabajador, entre otras prácticas indebidas que el parágrafo primero del artículo 5 de la ley aborda de la siguiente manera:

«Se prohíbe a los propietarios y/o administradores de los establecimientos de que trata la presente ley intervenir de cualquier manera en la distribución de las propinas, o destinar alguna parte de ellas a gastos que por su naturaleza le corresponden al establecimiento, tales como reposición de elementos de trabajo, pago de turnos, reposiciones de inversión o cualquier otra que no corresponda al pago del trabajador.

Tampoco se podrá, por ningún motivo, retener al trabajador lo que le corresponda por concepto de propinas.»

Las propinas son del trabajador y para el trabajador, y al no ser parte del salario el empleador no puede retenerlas, ni aplicarles ningún descuento, ni siquiera por libranza, puesto que las propinas se deben sustraer del salario para todos los efectos, toda vez que es un concepto que el empleador no



paga, sino un tercero en favor del trabajador.

Tratamiento laboral de los gastos de manutención y alojamiento.

Algunas empresas por el tipo de actividad que desarrollan sus empleados deben pagarles manutención y alojamiento, gastos que desde el punto de vista laboral tienen un tratamiento especial.

Los pagos por manutención y alojamiento hacen parte de los llamados viáticos, y su tratamiento laboral está expresamente contemplado por el artículo 130 del Código Laboral cuando dice:

«1. Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.

2. Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos.

3. Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso. Son viáticos accidentales aquéllos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente».

De lo anterior se puede concluir que los pagos por manutención y alojamiento constituyen salario en la medida en que sean pagos permanentes propios de la actividad desarrollada por el trabajador.

Si los pagos por manutención son ocasionales o accidentales no constituyen salario como bien lo dice el numeral 3 del artículo arriba referido. Si bien este numeral no hace referencia expresa a la manutención y al alojamiento, estos



conceptos hacen parte de los viáticos, por tanto, cuando el numeral 3 se refiere a los viáticos de forma general, es preciso incluir la manutención y el alojamiento.

Salario integral.

El salario integral es una forma de remuneración contemplada en el artículo 132 del código de sustantivo del trabajo, que incluye prestaciones sociales y recargos nocturno, dominical y festivo, y el trabajo extra, es decir, integra todos los conceptos en uno sólo.

El salario integral es aquel que además del salario ordinario incluye, y compensa de antemano, el valor correspondiente a las prestaciones sociales legales y extralegales, los recargos por trabajo extra, nocturno, dominical y festivo.

Entre las prestaciones sociales que incluye el salario integral están las cesantías, los intereses sobre cesantías, y cualquier prestación social extralegal que pueda tener la empresa.

El salario integral incluye todo concepto remuneratorio y prestacional, excepto las vacaciones, de manera que el trabajador que tenga salario integral sigue teniendo derecho a las vacaciones como cualquier otro trabajador.

Lo que incluye el salario integral.

El salario integral incluye los siguientes conceptos, que no se pagarán por separado al estar integrados en un sólo pago.

- Salario
- Prima de servicios.



- Auxilio de cesantías.
- Horas extras.
- Recargos nocturnos.
- Trabajo dominical y festivo.
- Primas extralegales que tenga la empresa.
- Otros conceptos que las partes acuerden.

Lo que no incluye el salario integral.

El salario integral no incluye los siguientes conceptos:

- Las vacaciones.
- Los aportes a seguridad social.
- Los aportes parafiscales.
- La indemnización por despido injustificado.

Salario mínimo integral.

El salario integral debe tener un valor o monto mínimo, y es de por lo menos 13 salarios mínimos mensuales.

Dice la norma que:

«En ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía...»

El salario integral mínimo integral estará compuesto de la siguiente forma:

Concepto	Número de salarios mínimos
Factor salarial	10



Factor prestacional	3
Total	13

En cuanto al factor prestacional dice la norma que será el correspondiente a la empresa, pero que no puede ser inferior al 30% del factor salarial.

Significa esto que, si la empresa tiene una carga prestacional superior al 30%, será ese el factor prestacional en el salario integral, lo que sucede en algunas empresas que por convenciones colectivas incluyen primas extralegales y otros beneficios que elevan la carga prestacional más allá del 30%.

Si la empresa por una convención colectiva ha acordado una prima extralegal u otro beneficio, esos se deben incluir dentro del salario integral, pues este integra todos los beneficios del trabajador y de allí su elevado monto.

Las partes por supuesto pueden pactar salarios integrales por valores superiores a los mínimos exigidos por la ley.

Reajuste al salario integral.

El reajuste al salario integral no siempre es obligatorio, sino que depende de lo acordado entre las partes o del reajuste del salario mínimo.

Si las partes en el contrato han pactado un determinado incremento anual, la empresa deberá cumplir con ese compromiso.

Si al incrementarse el salario mínimo, el salario integral queda por debajo de los 10 salarios mínimos más el factor prestacional, la empresa debería reajustar el salario integral hasta, por lo menos alcanzar los 10 salarios mínimos más el factor prestacional, esto es, 13 salarios mínimos.

Si la empresa no reajusta el salario integral, y como consecuencia de ello el salario integral queda por debajo de los valores mínimos, la figura del salario



integral no desaparece ni se puede alegar ineficacia de lo pactado, sino que se debe exigir o alegar el pago del reajuste no pagado.

Al respecto señaló la sala laboral de la Corte suprema de justicia, en sentencia SL1477-2021:

«Entonces, puede que al final de la ejecución del contrato de trabajo, el empleador no haya respetado el valor exacto convenido, pero ello en modo alguno implica, que haya mutado la modalidad salarial integral a una retribución tradicional de sueldo variable o régimen salarial ordinario, porque se insiste, pese a la reducción, siempre estuvo por encima del límite legal que permite esa forma de estipulación salarial, muy diferente es, que esa disminución, apareje otro tipo de consecuencias, como es el reconocimiento de diferencias salariales o el reajuste correspondiente, tal como se dejó sentado en sentencias SL 17 abr. 2002, rad. 17214 y 9 sep. 2008, rad. 33506, que obviamente no fue lo solicitado por el demandante, sino la ineffectuación o mutación del pacto de salario integral por uno ordinario.»

Hay una gran diferencia entre reclamar el pago del valor no reajustado [que es lo correcto] y la declaración de ineffectuación del salario integral, puesto que en este caso se tendría derecho a exigir también el pago de prestaciones sociales y demás valores que están incluidos en el salario integral.

Factor prestacional en el salario integral.

El artículo 132 del código sustantivo del trabajo señala que el factor prestacional es el correspondiente a la empresa, que no puede ser inferior al 30% del factor salarial.

En consecuencia, en principio el factor prestacional del salario integral es el que corresponda a la empresa, que en todo caso no puede ser inferior al 30% del factor salarial.



Esto significa que, si la empresa tiene un factor prestacional superior al 30%, como por ejemplo el 40%, el factor prestacional del salario será del 40%, pues la norma lo que pone es un límite inferior al factor prestacional, pero si la empresa tiene uno superior se aplica ese.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia señala SL4471-2021:

«Así, las cosas, conforme al criterio jurisprudencial transrito, es claro que, para efectos de determinar ese factor prestacional dentro de una empresa determinada, es necesario aportar prueba respecto a los derechos y beneficios legales o extralegales pagados a todo el personal vinculado, durante el año inmediatamente anterior a aquel en que se pretende tal remuneración.»

Es decir, para pactar un salario integral en el 2021, por ejemplo, se debe determinar el factor prestacional que pagó la empresa en el 2021, y si ese resulta menor al 30%, entonces el factor prestacional será del 30%, y si es superior entonces el que resulte.

En esta misma sentencia la sala laboral recuerda que:

- 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.
- 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.
- 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.

- 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.

De lo anterior se concluye que, en caso de una demanda por parte del trabajador, le corresponde a este probar que el factor prestacional de la empresa es superior al 30%, si es que reclama uno superior a esa cifra.

Se ha generalizado la interpretación según la cual todo salario integral debe tener un factor prestacional del 30%, pero no es así, puesto que debe ser el factor prestacional que cada empresa tenga, sólo que este no puede ser inferior al 30%.

Comisiones en el salario integral.

En el salario integral se puede pactar un salario variable, compuesto por unas comisiones y un salario básico, siempre que el monto final alcance el límite mínimo que exige el salario integral.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL1477-2021 con ponencia del magistrado Gerardo Botero Zuluaga señaló:

«En todo caso, si se pasará por alto ese aspecto, pues el Tribunal, al final de sus consideraciones retomó el análisis, considerando que las comisiones así acreditadas, quedaron incluidas dentro de los conceptos que pueden hacer parte del salario integral, para la Sala el sentenciador no incurrió en los errores de hecho denunciados, ya que si bien, los últimos cinco (5) meses de la relación contractual hubo un cambio, debe entenderse como la conformación del salario ordinario, que no puede ser inferior a diez (10) salarios mínimos legales de la



época más el factor prestacional del 30%, para no bajar en la práctica de trece (13) salarios mínimos legales mensuales, todo ello representado en un básico más unas comisiones, las cuales, como lo sostuvo el juzgador colegiado, pueden conformar la modalidad de salario integral, sin que ello implique ineficacia o desconocimiento a la validez del pacto inicial sobre esa forma de remuneración (CSJ SL, 29 nov. 2008, rad. 34664).»

Más adelante señala la Corte:

«Así las cosas, la circunstancia de que se disponga el pago de esa forma, para llegar al tope mínimo integral, no implica ineficacia del acuerdo contractual inicial sobre la modalidad remunerativa de salario integral, por cuanto se repite, pese a que el básico estuvo por debajo de los 10 smmlv de 2007 y 2008, con el valor adicional de las comisiones, se logró equilibrar no sólo ese porcentaje, sino igualmente el factor prestacional, sobre pasando el tope mínimo integral en la etapa final del contrato de trabajo; de ahí que no queda duda, que el empleador y trabajador convinieron que la remuneración acordada, a partir de la celebración del contrato de trabajo, compensa no solo el trabajo ordinario sino también las prestaciones sociales, recargos y demás beneficios.»

En el salario integral se puede pactar un básico más comisiones, y que el básico sea inferior a 10 salarios mínimos, siempre que el pago total alcance por lo menos 13 salarios mínimos mensuales.

Consecuencias de acordar un salario integral inferior al mínimo legal.

El salario integral para que sea legal tiene que ser de por lo menos 13 salarios mínimos, de suerte que, si las partes deciden acordar un salario integral



inferior a ese valor mínimo legal, no tiene validez, es ineficaz dicho acuerdo.

Esto hay que tenerlo absolutamente claro, pues las consecuencias de un salario integral que no lo es legalmente, es que el empleador debe responder por lo que el salario integral cubre pero que al ser ilegal ya no cubre.

El salario integral cubre prestaciones sociales, recargos nocturnos, festivos, dominicales y trabajo extra, y al ser ilegal el salario integral, el empleador debe pagar esos conceptos sobre lo que ya ha pagado.

Supongamos que a las partes se les ocurre pactar un salario integral de \$2.000.000 mensuales y todos felices por varios años.

Al final el trabajador se entera que eso era ilegal, y que puede reclamar prestaciones sociales y los demás conceptos ya relacionados.

Con toda seguridad el empleador será condenado a pagar esos valores, y tendrá que liquidarlo sobre los \$2.000.000, valor que será considerado como salario básico, así que el empleador termina pagando dos veces lo que al inicio quiso evitar con un salario integral que no lo era.

Lo que debió hacer el empleador fue acordar un salario de \$1.500.000 por ejemplo, y con los otros \$500.000 pagar las prestaciones sociales y demás conceptos propios de la relación laboral. Mismo dinero, pero de acuerdo a la ley.

Este es un error en el que incurren muchas personas naturales al contratar empleadas del servicio doméstico y empleados para sus pequeños negocios. Un error que puede salir muy caro.

El salario integral no se convierte en ineficaz por no incrementarlo anualmente.

Supongamos que el año pasado la empresa decidió pagarle a Pedro un



salario integral mínimo, pero este año no se lo incrementó, haciendo que el salario quede por debajo de los 13 salarios mínimos de este año.

En estos casos que suelen pasar, no se puede afirmar que el salario integral ha dejado de ser integral, que es ineficaz.

Así lo dice la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 42445 del 22 de marzo de 2017 con ponencia del magistrado Gerardo Botero Zuluaga:

«En todo caso, es oportuno precisar, que si en hipótesis de discusión se asumiera que la sociedad empleadora incumplió el pacto de salario integral que suscribió con el accionante, por ejemplo, no reconociéndole el porcentaje representativo del factor prestacional convenido en las cláusulas adicionales de folios 41-43 del expediente, ello no tiene la consecuencia que le atribuye la parte promotora del recurso extraordinario, esto es, la ineficacia del acuerdo sobre salario integral, sino que simplemente desata el reajuste correspondiente. Así se deduce de la sentencia CSJ 17214 del 17 de abril de 2002, en la que la Corte explicó:

“De modo, pues, que si bien es cierto que para 1996 el demandante pasó a devengar, por la modificación de la remuneración del salario mínimo legal, menos de 10 de esos salarios, tal circunstancia sobreviniente al contrato laboral y al pacto de salario integral que reunía todos los requisitos legales para la fecha en que se celebró, como lo permite entender el alcance y sentido del artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, no hace ineficaz ese convenio , sino que la consecuencia legal de tal hecho es que la cuantía inicialmente fijada por las partes por salario integral debe reajustarse en concordancia con la nueva remuneración mínima legal, quedando obligado el empleador a pagarla.” »



La misma sala en sentencia la SL1477-2021 señaló:

«Entonces, puede que al final de la ejecución del contrato de trabajo, el empleador no haya respetado el valor exacto convenido, pero ello en modo alguno implica, que haya mutado la modalidad salarial integral a una retribución tradicional de sueldo variable o régimen salarial ordinario, porque se insiste, pese a la reducción, siempre estuvo por encima del límite legal que permite esa forma de estipulación salarial, muy diferente es, que esa disminución, apareje otro tipo de consecuencias, como es el reconocimiento de diferencias salariales o el reajuste correspondiente, tal como se dejó sentado en sentencias SL 17 abr. 2002, rad. 17214 y 9 sep. 2008, rad. 33506, que obviamente no fue lo solicitado por el demandante, sino la ineffectuación o mutación del pacto de salario integral por uno ordinario.»

Esta diferencia es muy importante tenerla clara, puesto que en caso de una reclamación judicial por el no reajuste del salario integral, no se debe alegar la ineffectuación del salario integral, sino que se debe demandar el pago de los valores no reajustados.

Alegar la ineffectuación del salario integral implica exigir el pago de prestaciones sociales y demás beneficios propios de un salario ordinario, lo cual es muy diferente de exigir el pago de los valores no reajustados en el salario integral, que es el camino correcto.

Salario integral en contratos de medio tiempo.

En los contratos de trabajo en que la jornada es de medio tiempo, se puede pactar un salario integral proporcional, es decir que medio tiempo igual a medio salario mínimo integral.



Así lo ha establecido la jurisprudencia de la sala laboral de la Corte suprema desde tiempos pretéritos, y más recientemente en la sentencia 46858 del 5 de septiembre de 2018 con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruiz:

«Al margen de que los cargos fueron formulados por la vía indirecta, no está de más recordar por la Sala que, tal y como lo previó el juez de la alzada, la jurisprudencia laboral reconoce la viabilidad al acuerdo entre las partes de un salario integral proporcional a las horas realmente contratadas, en cuyo caso puede ser inferior a los trece salarios mínimos que prevé el legislador en el artículo 132 del CST, esto en armonía con el artículo 147-3 ibidem.»

Recordemos que la jornada laboral máxima es de 8 horas diarias, y es la que se toma como referencia para el pago del salario mínimo y el salario integral mínimo, según lo dice el numeral 3 del artículo 147 del código sustantivo del trabajo:

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

Es decir que el salario integral mínimo puede ser proporcional a la jornada laboral cuando esta es inferior a la máxima legal.

Vacaciones en el salario integral.

Los trabajadores que tienen salario integral tienen derecho a las vacaciones y se les aplica las mismas normas que a los demás trabajadores.

Lo único especial de las vacaciones en los trabajadores remunerados con un



salario integral, tiene que ver con la remuneración o monto de las mismas.

Como el salario integral está compuesto por dos factores, uno remunerativo y otro prestacional, podría interpretarse que las vacaciones se pagarán únicamente con el factor remunerativo, **pero no es así**.

El decreto 1174 de 1991 en su artículo primero dice:

«El salario integral a que se refiere el numeral segundo del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, será una sola suma convenida libremente y por escrito entre el trabajador y el empleador, suma que será la base para las cotizaciones del Instituto de Seguros Sociales, la liquidación de las indemnizaciones a que se refiere el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y la remuneración por vacaciones.»

La norma claramente dice que las vacaciones se remuneran con el total del salario integral, es decir, se incluye el factor prestacional dentro de la base para liquidar y pagar las vacaciones.

Indemnización por despido injustificado en trabajadores con salario integral.

Los trabajadores con salario integral tienen derecho a ser indemnizados si se les despiden sin justa causa.

La indemnización se liquida de acuerdo al artículo 64 del código sustantivo del trabajo.

Respecto al valor que se toma como base para liquidar la indemnización, el artículo primero del decreto 1174 de 1991 afirma que es la totalidad del salario integral, incluido por supuesto el factor prestacional, y así lo deja claro la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 58448 de primero de agosto de 2018 con ponencia del magistrado Roge Mauricio Burgos:



«Expresado lo anterior, tiene que decir la Sala que le asiste razón al censor, pues de las voces del artículo 64 del CST, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, no se entiende en modo alguno que deba excluirse el factor prestacional del cálculo de la indemnización por despido sin justa del trabajador que devengó un salario integral.

A lo precedente, la Sala debe agregar que el ad quem soslayó en su labor interpretativa que el artículo 1º del Decreto 1174 de 1991 señala expresamente que el salario integral «(...) será la base para las cotizaciones del Instituto de Seguros Sociales, la liquidación de las indemnizaciones a que se refiere el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y la remuneración por vacaciones».

El salario integral es uno solo para efectos del cálculo de las diferentes indemnizaciones a que tiene derecho del trabajador.

Aportes a seguridad social en el salario integral.

Los aportes a seguridad social se deben realizar sobre el 70% del salario integral sin importar que la base resultante sea inferior a 10 salarios mínimos.

El artículo 18 de la ley 100 de 1993 dice:

«Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario.»

Tema reglamentado por el artículo 2.2.1.1.2.1 del decreto 780 de 2016:

«Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral se liquidarán sobre el 70% de dicho salario.»

Supongamos el siguiente caso:



Valor del salario integral	\$20.000.000.
Base de cotización a seguridad social	\$14.000.000 (20.000.000 x 0.7)

En consecuencia, todas las prestaciones económicas que paga el sistema de seguridad social se harán sobre el 70% del salario, como incapacidades laborales y licencia de maternidad.

Es importante recordar que no hay exclusión de aportes a seguridad social para los trabajadores que devengan salario integral en vista al límite que impone el artículo 114-1 del estatuto tributario.

Aportes parafiscales en el salario integral.

Los aportes parafiscales se deben pagar sobre el 70% del salario integral incluido el factor prestacional, tal como en los aportes a seguridad social.

Así lo dispone el artículo 18 de la ley 50 de 1990, aclarado por el artículo 49 de la ley 789 de 2002 en los siguientes términos:

*«BASE PARA EL CÁLCULO DE LOS APORTES PARAFISCALES.
Interpretase con autoridad el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 y se entiende que la base para efectuar los aportes parafiscales es el setenta por ciento (70%).»*

«Lo anterior por cuanto la expresión actual de la norma "disminuido en un 30%" ha dado lugar a numerosos procesos, pues no se sabe si debe ser multiplicado por 0.7 o dividido por 1.3.»

La aclaración que hace la norma tiene sentido porque no es lo mismo multiplicar por 0.7 que dividir por 1.3, que es la forma correcta para desindexar un valor, pero ya sabemos que los legisladores no son matemáticos.



Supongamos un salario integral de 20.000.000 + un factor prestacional del 30%, que nos arroja un total de 26.000.000.

Como dice la ley:	
26.000.000 x 0.7	18.200.000
Verificando...	
18.200.000 x 1.3	23.660.000
De la forma matemática correcta:	
26.000.000 ÷ 1.3	20.000.000
Verificando...	
2.000.000 x 1.3	26.000.000

De la forma correcta, esto es, dividiendo entre 1.3 volvemos al resultado completo, es decir, a los 26.000.000. Al desindexarlo y volverlo a indexar debe dar el mismo valor, pero la ley ha dicho que se hace de la otra forma, esto es, simplemente aplicándole el 70% al total del salario integral, y **así se debe hacer**.

Salario integral debe constar por escrito.

Cuando las partes acuerden un salario integral, ya sea al inicio del contrato o durante la ejecución del mismo, debe constar por escrito tal acuerdo.

Así lo señala el artículo 132 del código sustantivo del trabajo cuando dice que «*valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario*», de manera que así el contrato de trabajo sea verbal, el acuerdo sobre el cambio o fijación del salario integral se debe hacer por escrito.



En el pasado la Corte suprema de justicia doctrinaba que el salario integral podría ser válido así no constara por escrito, así:

«De acuerdo con esta doctrina, el convenio de salario integral puede estructurarse mediante el silencio o consentimiento tácito del trabajador, es decir, no es necesaria la formalidad escrita.»

Pero la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL2804-2020, con radicación 724666 y con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo revisó ese criterio en los siguientes términos:

«La Corte considera necesario rectificar este criterio. Lo anterior en la medida que, al ser la forma escrita consustancial al acto, no puede suplirse a través del silencio o comportamiento del trabajador. Es indispensable que la forma preordenada por el legislador se cumpla, de lo contrario, el acto es inexistente. Por consiguiente, no podría el silencio del trabajador o su comportamiento, sustituir o desplazar, poco a poco, la formalidad escrita determinada por la ley.»

Criterio reiterado por la misma sala en la sentencia SL3407-2021.

En consecuencia, el salario integral necesariamente debe constar por escrito, aunque no necesariamente en el mismo contrato sino en un documento anexo como lo señala la corte en la sentencia previamente citada:

«Lo anterior no significa que el pacto de salario integral deba estar incorporado en el clausulado del contrato de trabajo. Bien puede suscribirse como un anexo al mismo o mediante documento separado o, incluso, mediante un cruce de comunicaciones que refleje la intención del trabajador de convenir un salario integral, con todas sus consecuencias. Sin embargo, ello en modo alguno releva de la obligación de cumplir la formalidad escrita para substituirla por conductas inductivas del trabajador.»



Lo ideal por supuesto es que en el contrato de trabajo se incluya una cláusula en la que expresamente se acuerde el pago de un salario integral, y si el acuerdo se hace posterior a la firma del contrato, hacer entonces un otrosí para acordar el salario integral.

Esto quiere decir que por el simple hecho de que un trabajador tenga un salario superior a 10 mínimos, no existe el salario integral, pues hace falta pacto expreso y por escrito para que pueda existir el salario integral, pues, se repite, ese no se supone ni se presume.

Salario variable.

El salario es la contraprestación que recibe el trabajador por su esfuerzo, y este puede ser fijo o variable, y cualquiera de los dos puede variar, y la variación de un salario fijo no lo convierte en uno variable.

Concepto de salario fijo, variable y variación de salario.

Empecemos por definir cada uno de estos conceptos para tener claro su tratamiento, puesto que no es lo mismo liquidar un concepto bajo un salario fijo que bajo un salario variable.

Salario fijo.

El salario fijo es aquel en que se paga el mismo valor en cada periodo de pago (mes, quincena, semana o jornal), de manera que siempre el trabajador recibirá el mismo salario.

Por ejemplo, cuando se contrata a un trabajador por un salario de \$2.000.000, todos los meses recibirá el mismo salario.



Pero ese salario fijo no necesariamente es fijo, o, dicho de otro modo, un trabajador con salario fijo puede que en cada mes reciba un valor diferente sin que convierta ese salario fijo en variable.

Un trabajador con un salario fijo puede recibir un salario diferente en cada mes por varias razones, entre las que señalamos:

- Faltó al trabajo uno o más días.
- Trabajó horas extras.
- Laboró en horario nocturno y recibió el respectivo recargo.
- Trabajó en domingos y festivos.

Lo anterior hace que el trabajador que fue contratado por \$2.000.000 reciba más o menos de esa suma en cada mes, pero sigue siendo un salario fijo.

El salario fijo se paga por un periodo de tiempo y por una jornada laboral ordinaria, pero si el trabajador no labora el periodo completo ganará menos, y si trabaja más de la jornada laboral para la que fue contratado, ganará más, pero siempre estamos ante un salario fijo.

La sala laboral de la Corte suprema en sentencia del 5 de octubre de 1987 señaló que:

«... el salario no deja de ser fijo porque en su ejecución se reconozca trabajo suplementario, dominicales, viáticos, ni porque al pago en algún momento incluya una bonificación esporádica, a condiciones al cumplimiento de determinados eventos, como el incremento de la producción por ejemplo.»

De modo que cualquiera de los conceptos anteriormente señalados no hace que un salario fijo se convierta en variable.



Salario variable.

El salario es variable cuando la remuneración no se paga en función de un periodo de tiempo, sino en función de lo que el trabajador hace.

El ejemplo clásico de un salario variable es el pago de comisiones, pues el salario dependerá de las comisiones que gane el trabajador en un periodo determinado.

Por ejemplo, si el trabajador se le paga una comisión del 2% de las ventas que realice, entre más ventas haga en un mes más ganará, y el salario variará cada mes según lo que el trabajador logre.

Igual sucede cuando al trabajador se le paga por unidades producidas, por tarea, o destajo, donde en un mismo periodo el trabajador puede hacer más o menos haciendo que el salario varíe.

Variación de salario.

Un salario fijo puede variar por cualquiera de las causas ya señaladas, o porque recibe un aumento de sueldo, y esa variación no hace que el salario se convierta en variable.

Incluso el salario variable puede variar, pues el porcentaje de comisión se puede incrementar, o el valor pagado por unidad de obra, etc.

Lo importante es tener claro que una variación de un salario fijo no hará que este se convierta en variable.

El salario fijo se convierte en variable cuando se cambia su forma de remuneración de fija a remuneración por comisiones, o una parte fija y otra por comisiones.



Por qué es importante distinguir entre salario variable, fijo y variación de salario.

Hay algunos conceptos de nómina que se deben liquidar de una forma diferente dependiendo de si el salario es fijo o variable, o de si ha sufrido variación en el pasado reciente como pasamos a exponer.

Prima de servicios en el salario variable o en la variación del salario.

El código laboral instituyó la prima de servicios, pero no fijó cómo se liquida, ni la base sobre la cual se debe liquidar, por lo tanto, la doctrina ha dispuesto que se debe liquidar sobre el promedio del salario del semestre respectivo.

La prima de servicios se liquida semestralmente, y esta debe ser liquidada sobre todos los ingresos salariales del trabajador durante esos 6 meses, razón por la que se deben promediar independientemente de si es un salario variable o si es un salario fijo que sufrió alguna variación.

Si un empleado tiene un salario fijo de \$2.000.000, pero cada mes devenga un promedio de \$2.500.000 por trabajo extra, dominicales y festivos, no incluir esos \$500.000 para liquidar la prima de servicios afectaría los intereses el trabajador y en razón a ello es que se debe determinar un promedio salarial durante el periodo a liquidar.

Auxilio de cesantías al tener un salario variable.

Para liquidar el auxilio de cesantías en el salario variable se deben promediar los salarios del último año, como expresamente lo dispone el artículo 253 del código sustantivo del trabajo:

«Para liquidar el auxilio de Cesantía se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre que no haya



tenido variación en los tres (3) últimos meses. En el caso contrario y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año.»

De acuerdo a la norma los salarios se deben promediar en los siguientes casos:

- Cuando el salario haya tenido variación en los últimos 3 meses.
- Cuando se trata de un salario variable.

Recordemos que el salario fijo puede variar, y si esa variación sucede en los tres meses previos a la liquidación de las cesantías, así sea por una hora extra, se debe hacer el promedio respectivo.

El otro aspecto para precisar son los meses o periodos a promediar, pues no se trata de los últimos 12 meses sino del último año.

Dice la norma:

«... se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año.»

Cuando la norma se refiere al último año es de enero a diciembre, no de junio de 2022 a junio de 2023, que es muy distinto.

Si se liquidan las cesantías del 2022, se promedian los salarios del 2022. Si es todo el año pues se promedian los 12 meses del 2022, pero si es una fracción de año, se promedian los meses del 2022 que correspondan.

Liquidación de las vacaciones cuando el salario no es fijo.

La remuneración de las vacaciones está regulada por el artículo 186 del



código sustantivo del trabajo y allí se consideran dos situaciones:

«Durante el período de vacaciones el trabajador recibirá el salario ordinario que esté devengando el día en que comience a disfrutar de ellas. En consecuencia, sólo se excluirán para la liquidación de vacaciones el valor del trabajo en días de descanso obligatorio y el valor del trabajo suplementario en horas extras.

Cuando el salario sea variable las vacaciones se liquidaran con el promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se concedan.»

Cuando se trata de salario variable propiamente dicho no hay duda en que se debe promediar el salario del último año, pero cuando se trata de un salario fijo que sufre variación no se promedia.

La razón es que la ley de forma expresa señala que la remuneración por vacaciones será el salario ordinario que el trabajador esté devengando el día en que inicie las vacaciones.

El salario ordinario se debe entender como el salario fijo que se paga por trabajar la jornada laboral ordinaria, y de allí que la ley de forma expresa señala que se deben excluir los siguientes conceptos:

- Trabajo suplementario u horas extras.
- El trabajo en dominicales y festivos.

De modo que si el salario fijo varió por esos conceptos no se debe promediar porque esos conceptos no se tienen en cuenta para liquidar las vacaciones.

Obsérvese que la ley no excluye el recargo nocturno de la liquidación de las vacaciones, de manera que, si al trabajador se le pagó algún recargo nocturno, debe incluirse en la liquidación de vacaciones y ello obliga a promediar los salarios incluyendo ese concepto.



En consecuencia, si el salario fijo varía en ocasión al pago de recargos nocturnos deberían promediarse los salarios. Si varía en ocasión al trabajo extra, dominical o festivo no se promedia.

La ley no excluye el recargo nocturno de la liquidación de vacaciones porque este se paga cuando la jornada laboral ordinaria se trabaja en horario nocturno, y el salario ordinario es la base para liquidar las vacaciones, incluyendo el recargo al salario ordinario por desarrollarse en horario nocturno.

Remuneración del descanso dominical y festivo en el salario variable.

Los domingos y festivos no se trabajan, pero son remunerados, es decir que no se descuentan del salario dominical y festivo.

Cuando el salario es fijo no hay problema porque los descansos dominicales y festivos se entienden remunerados por el salario.

Cuando se trata de un salario variable el asunto cambia porque el salario variable no está remunerando el descanso dominical y festivo, y en razón a ello el artículo 176 del código sustantivo del trabajo señala:

«Cuando no se trate de salario fijo como en los casos de remuneración por tarea, a destajo, o por unidad de obra, el salario computable, para los efectos de la remuneración del descanso dominical, es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados.»

Al respecto señaló la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 46291 del 21 de febrero de 2018 con ponencia del magistrado Ernesto Forero Vargas:

«Ahora bien, retomando el tema de la autonomía que otorga el



artículo 132 del CST en el que las partes pueden acordar la modalidad de la remuneración, en el caso que ocupa la atención de estudio, la remuneración de la accionante, que como se dijo estuvo integrada por salario básico y variable y al no acordarse el porcentaje del salario variable con el que se liquidarían los descansos dominicales y festivos de debía acudir al artículo 176 del CST, que según el precepto consiste en que para acceder a la liquidación de los descansos referidos, es necesario, más que acreditar el periodo del pago del salario variable y su suma, probar los salarios devengados en la semana inmediatamente anterior para así, con ese cálculo liquidar el descanso dominical.»

Luego señala la Corte:

«Decantado el razonamiento de la libertad de la estipulación salarial, lo acordado por las partes y naturaleza salarial de las comisiones, se adentra la Sala en esta instancia a la revisión del recurso de apelación propuesto por la parte actora en el que solicita la remuneración del descanso de dominicales y festivos con base en el salario variable que devengó la actora, porque este fue liquidado solo con la remuneración básica y por tanto se le adeuda es sobre lo que devengó con el variable, resultado que determina un incremento salarial para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales, intereses y compensación de vacaciones.»

Más adelante precisa la Corte:

«Descendiendo al tema central del recurso de apelación, se tiene entonces, que los dominicales y festivos reclamados se deben calcular conforme lo dispone el artículo 176 del CST, esto es, sobre la suma variable pactada y devengada, la que se debe verificar con prueba que acredite cuando devengó la accionante semana por semana para calcular cada uno de los días reclamados durante los años 2004 y 2005



laborados, prueba que se encuentra acreditada a través del dictamen pericial allegado al expediente (f.os 292 a 302), el que tiene sustento en prueba documental del plenario y que la Sala acoge plenamente por cuanto las partes no lo objetaron y el juzgado impartió su aprobación declarándolo en firme.»

Lo anterior se presenta porque la comisión sólo remunera el rendimiento del trabajador dejando los días de descanso remunerado sin pago.

Así, cuando el trabajador en una semana devenga una comisión de \$1.000.000, por ejemplo, se debe adicionar lo que corresponda al descanso dominical remunerado con base a los días trabajados en la semana anterior al dominical o festivo, es decir en la semana en que el trabajador laboró y por la que tiene derecho al descanso dominical remunerado.

Se precisa que, si bien el artículo 176 se refiere únicamente al dominical, este criterio aplica también para los festivos.

Liquidación de las horas extras en el salario variable.

Aunque la ley nada dijo respecto a cómo se liquidan las horas extras en el salario variable como sí lo hizo respecto al descanso dominical, en nuestro criterio se debe considerar tanto el salario fijo como variable.

El salario que remunera la jornada laboral ordinaria puede ser fijo, variable o mixto, y como las horas extras se pagan con base al salario pactado para remunerar la jornada ordinaria, se tomará como base para su cálculo todo pago que remunere dicha jornada, sea fijo, variable o mixto.

Para entender un poco más lo anterior, supongamos que un trabajador pactó una jornada ordinaria de 8 horas diarias remunerada por un sueldo básico mensual de \$1.000.000 más comisiones, esto es una parte fija y otra variable, y supongamos que en el mes de agosto devengó un total de



\$1.200.000 (1.000.000 de sueldo básico y 200.000 de comisiones).

Si este trabajador llegó a laborar horas extras, injusto es que se le paguen con base al \$1.00.000 que es el componente fijo del salario, cuando su salario para su jornada ordinaria fue de \$1.200.000, por lo que en nuestro criterio, para el cálculo de las horas extras se debe incluir tanto la parte fija del salario como la variable, pues los dos corresponden a la remuneración de la jornada ordinaria, que convertidas en días es lo que el artículo 169 del código sustantivo del trabajo denomina valor del trabajo ordinario diurno.

Auxilio de transporte cuando el trabajador devenga un salario variable.

Cuando el salario es variable cada mes se debe determinar si el empleado tiene o no derecho al auxilio de transporte.

Recordemos que un trabajador tiene derecho al auxilio de transporte cuando su salario no excede de dos salarios mínimos mensuales, de manera tal que, si en un mes el trabajador devenga más de dos salarios mínimos por cuenta de comisiones o similares, no hay lugar al pago del auxilio de transporte.

Es importante anotar que cuando un salario varía debido a horas extras, recargos nocturnos, dominicales o festivos, hay lugar al auxilio de transporte puesto que el salario mínimo se fijó para la jornada laboral máxima legal, y al auxilio de transporte se accede para un salario que remunera la jornada laboral máxima legal, de suerte que, si en un mes un trabajador supera los dos salarios mínimos por cuenta de horas extras o recargos, sigue teniendo derecho al auxilio de transporte.



Indemnización por despido injusto en el salario variable.

La ley guardó silencio sobre este tema en específico, ya que al considerar en el artículo 64 del código sustantivo del trabajo la indemnización por despido sin justa causa se refirió simplemente a salario, y no se precisó nada en especial para los casos en que el salario es variable, como en efecto lo hace la ley en otros aspectos.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia ha considerado que, tratándose de un salario variable, habrá necesidad de promediar el salario del último año, o del tiempo que el trabajador lleve laborando si es un periodo inferior a un año.

Es evidente que cuando el salario es variable y como consecuencia de ello lo devengado por el trabajador en cada mes es diferente, la forma más equitativa y justa es determinar un promedio sobre los ingresos pasados obtenidos por el trabajador y en función de ello suponer unos ingresos futuros similares, de modo que la indemnización por despido injustificado responda a esa expectativa.

Al respecto señaló la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 61705 del 9 de octubre de 2018 con ponencia del magistrado Carlos Arturo Guarín:

«En ese contexto, no asiste razón a la censura, al asegurar que frente a la existencia del salario variable, debe calcularse la indemnización por despido injusto, en razón a los 12 meses que anteceden a la terminación, pues como quedó visto en similares eventos, se ha tomado es el salario promedio de la proporción del último año laborado.

Ahora, no pasa por alto la Corporación que, por ejemplo, en sentencia CSJ SL13518-2017, tomó como salario para liquidar la indemnización



en comento, por tratarse de una remuneración variable, «el promedio, del último año». Empero, cumple precisar, que esa referencia la realizó para aludir al año final de prestación de servicios del trabajador, obteniendo el promedio de lo devengado en los meses que laboró dentro de la anualidad en que se terminó el contrato, lo cual es ostensiblemente diferente a afirmar, que deba ser el promedio de los 12 meses anteriores a la terminación de ese vínculo.»

Es lo mismo que sucede en el auxilio de cesantías, donde la norma habla del último año y no de los 12 meses anteriores a la liquidación.

Retenciones y deducciones del salario.

El tema de los descuentos, deducciones y retenciones que se pueden hacer del salario a un trabajador, es uno de los más interesantes en el manejo de una nómina, por cuanto estos están en su totalidad regulados por la ley, y no es posible retenerle un valor a ningún trabajador si el concepto a descontar o retener no ha sido contemplado por la ley.

Este tema ha sido también una de las principales fuentes de conflicto entre el trabajador y las empresas, puesto que en muchas ocasiones no se siguen los procedimientos adecuados para realizar los descuentos de nómina necesarios.

Descuentos prohibidos.

El Código Sustantivo del Trabajo se ha ocupado de señalar expresamente los descuentos que no pueden realizar las empresas a sus trabajadores.

Ha estipulado el artículo 149 del Código:

*«**Descuentos prohibidos.** 1. El patrono no puede deducir, retener*



o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el patrono, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados, o pérdidas o averías de elementos de trabajo; avances o anticipos del salario; entrega de mercancías, provisión de alimentos, y precio de alojamiento.

2. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional, o la parte del salario declarada inembargable por la ley, o en cuanto el total de la deuda supere al monto del salario del trabajador en tres meses».

La única forma posible para que la empresa pueda descontar algún valor del salario a un trabajador es que exista previa autorización escrita por parte del trabajador, o exista una orden judicial, de lo contrario está absolutamente prohibido descontar valor alguno sin importar el motivo o concepto.

Queda claro que la empresa libremente no puede descontar nada al trabajador de su sueldo, ni si quiera cuando se trate de valores hurtados por el trabajador, y menos cuando se trata de elementos u objetos dañados como consecuencia de un accidente, omisión o descuido del trabajador.

Es allí cuando se necesita de un reglamento de trabajo que contemple todas estas situaciones, para de esta forma darle un tratamiento adecuado que garantice a la empresa la protección de su patrimonio y al trabajador el derecho a su defensa, puesto que la empresa no puede de forma unilateral



cobrar y descontar del salario ningún valor, sin antes contar con la previa autorización del afectado, y para ello se necesita llegar a un acuerdo con el trabajador, pues de no ser así, el único camino será recurrir a los estrados judiciales, lo cual en la mayoría de los casos resulta más costoso que el daño que se busca reparar.

Descuentos permitidos por la ley.

A la vez que la ley señala cuáles descuentos no se pueden hacer, señala también cuáles descuentos se pueden hacer. Esto lo señala el artículo 150 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Descuentos permitidos. Son permitidos los descuentos y retenciones por concepto de cuotas sindicales y de cooperativas y cajas de ahorros, autorizadas en forma legal; de cuotas con destino al seguro social obligatorio, y de sanciones disciplinarias impuestas de conformidad con el reglamento del trabajo debidamente aprobado».

Aquí vuelve y juega la importancia del reglamento de trabajo, el cual viene a ser la columna vertebral para el manejo adecuado de cualquier conflicto con los trabajadores.

Descuentos con autorización especial.

El artículo 151 del Código Sustantivo del Trabajo prevé algunos descuentos siempre que exista una solicitud hecha por las dos partes.

Dice el artículo en mención:

«Trámite de los préstamos. El empleador y su trabajador podrán acordar por escrito el otorgamiento de préstamos, anticipos, deducciones, retenciones o compensaciones del salario,



señalando la cuota objeto de deducción o compensación y el plazo para la amortización gradual de la deuda.

Cuando pese a existir el acuerdo, el empleador modifique las condiciones pactadas, el trabajador podrá acudir ante el inspector de trabajo a efecto de que exija su cumplimiento, so pena de la imposición de sanciones».

Recordemos que el salario mínimo no es embargable, por lo que la ley ha previsto algunas excepciones siempre que exista una autorización de la autoridad competente.

La legislación laboral es muy celosa con los derechos mínimos del trabajador y en especial el derecho al mínimo vital.

Embargo de salarios y prestaciones sociales.

Los salarios y las prestaciones sociales pueden ser objeto embargo por obligaciones incumplidas del trabajador en los casos y con los límites que considera la ley.

El embargo de salarios y prestaciones sociales está regulado por el artículo 154 y siguientes del código sustantivo del trabajo, y estas son las reglas a seguir.

Monto del salario que se puede embargar.

Se puede embargar hasta la quinta parte (20%) del valor que exceda el salario mínimo mensual según estipulación del artículo 155 del código sustantivo del trabajo, de manera que si un trabajador devenga un salario mínimo su salario no puede ser embargado.

Tendríamos que el monto embargable de un salario se determina de la



siguiente forma:

(Salario mensual – Salario mínimo) * 20% = Salario embargable.

Casos en que se puede embargoar el salario mínimo.

El artículo 154 del código sustantivo del trabajo impone por regla general la inembargabilidad del salario mínimo, pero el artículo 156 del mismo código crea dos excepciones en favor de las cooperativas y en caso del pago de pensiones de alimentos.

En los anteriores casos se puede embargoar hasta el 50% del salario mínimo o de cualquier monto.

Embargo de salarios para cubrir pensiones de alimentos.

Cuando el embargo se trate del pago de pensiones de alimentos se puede embargoar hasta el 50% del salario sin importar el monto del salario.

Aplica sobre cualquier pensión de alimentos que el juez decrete, que los señala expresamente el artículo 411 del código civil, entre ellos tenemos:

- Hijos.
- Cónyuge.
- Padres.
- Nietos.
- Hermanos.

Los embargos por alimentos en favor de menores de edad tienen prelación sobre los de otro tipo según lo dispone el artículo según el artículo 134 de la ley 1098 de 2006.



Embargo de salarios en favor de cooperativas.

El salario mínimo (y cualquier salario) puede ser embargado hasta el 50% por obligaciones insatisfechas en favor de las cooperativas legalmente constituidas.

Es importante resaltar la parte del artículo 156 del código sustantivo del trabajo cuando se refiere a cooperativas legalmente autorizadas, pues se refiere a las cooperativas que están constituidas y funcionan de acuerdo a la ley, de modo que deben estar autorizadas y vigiladas por las autoridades correspondientes, como la Supersolidaria o Superfinanciera según corresponda.

No aplica para cooperativas de informales que abundan por ahí prestando dinero sin fiador y a reportados en las centrales de riesgo, pero es un asunto que no le corresponde al empleador evaluar, pues este se debe limitar a cumplir con la orden de embargo según los límites permitidos, sin entrar a cuestionar el proceso judicial que le dio origen.

Pagos o conceptos que pueden ser embargados.

El salario del trabajador está compuesto por varios pagos lo que genera duda respecto a qué pagos pueden ser embargados.

La norma señala genéricamente el término salario por lo tanto se incluye todo pago que tengan tal naturaleza como horas extras, recargo nocturno, trabajo dominical y festivo, comisiones, etc.

Igualmente, el embargo debe aplicar sobre el salario en especie que hubiere, pues la ley no lo excluye y en este caso se toma dentro del total para determinar el límite máximo susceptible de ser embargado, y como la especie no puede ser embargada, lo que resulte se descontará de la parte que se pague en dinero.



Embargo de las prestaciones sociales.

Por expresa disposición del artículo 344 del código sustantivo del trabajo las prestaciones sociales son inembargables, excepto si se trata de obligaciones contraídas con cooperativas y respecto a embargos por pensiones alimentarias. Misma historia que en el salario mínimo.

Por pensión de alimentos y en favor de cooperativas se puede embargoar hasta el 50% de las prestaciones sociales. En los demás casos no es posible embargoar las prestaciones sociales.

Embargo de los pagos que no constituyen salario.

La ley solo habla de embargo de salarios, y estos se entienden como los pagos que tienen naturaleza remuneratoria, luego llega el interrogante: ¿Se deben embargoar los pagos que no constituyen salario, ya sea por su propia naturaleza o por acuerdo entre las partes?

Cuando la norma permite el embargo de salarios podría decirse que no permite el embargo de lo que no es salario, y sobre eso la ley nada dice de forma específica, y en razón a ello muchos jueces ordenan embargoar todos los pagos que recibe el trabajador, incluso el auxilio de transporte.

Ante esto el empleador no tiene otra opción que aplicar lo que la orden de embargo disponga, y no le corresponde al empleador discutir lo que disponga el juez al respecto.

Así se descuentan los montos embargados.

En primer lugar, se suman todos los pagos que en el respectivo mes o quincena recibe el trabajador. De ese resultado se descuentan las sumas que por ley hay que hacer como los aportes a seguridad social a cargo del



trabajador y la retención en la fuente si hubiera lugar a ella.

Lo anterior nos da un resultado neto sobre el cual se determina el límite legal que puede ser embargado según el tipo de embargo.

Embargos generales.

(Salario depurado – Salario mínimo) x 20%.

El resultado será el monto embargable que se aplicará según la cantidad de embargos y su prelación.

Embargos por alimentos y cooperativas.

Salario depurado x 50%.

En este caso es posible embargo hasta el 50% del salario cualquiera sea su monto, y es sobre ese 50% que se aplican los embargos según su prelación.

Obligaciones por las que se pueden embargo los salarios y prestaciones.

Los embargos sobre salarios proceden sobre cualquier obligación a cargo del trabajador que haya sido ejecutada y respecto de la cual se haya ordenado el embargo por el juez que lleva el proceso ejecutivo o el proceso por alimentos según corresponda.

Cualquier deuda u obligación adquirida por el trabajador y por la que exista un título ejecutivo, es susceptible de las medidas cautelares de embargo que acompañan un proceso ejecutivo o de alimentos.

Entre esos tenemos letras de cambio, créditos bancarios, contratos de arrendamiento, cuotas de administración en la propiedad horizontal, deudas fiscales, sentencias judiciales, etc.

Para el empleador o pagador es irrelevante, pues debe limitarse a efectuar el



descuento ordenado, siempre que la orden de embargo no sobrepase los límites que se pueden embargo, caso en cual no puede embargo más de lo que le está permitido por la ley.

¿Cómo debe proceder el empleador o pagador al recibir una orden de embargo?

Cuando le sea notificada la orden de embargo el empleador debe tramitarla, hacer los descuentos pertinentes y consignarlos a disposición del juzgado que ordenó el embargo.

Naturalmente que el empleador debe notificar al trabajador de la orden de embargo recibida.

Cuando hay varias órdenes de embargo se pueden tramitar las que concurren hasta el monto que es posible embargo, según el orden cronológico en que se haya recibido, siempre que sean de la misma clase, pues si hay de distinta clase, primero se deben tramitar las de primera clase como los señalados en el artículo 2495 del código civil, y de estos, prevalece la pensión de alimentos en favor de menores de edad según lo dispone el artículo 134 de la ley 1098, es decir que una embargo por alimentos en favor de menores de edad desplaza a los otros embargos de primera clase, incluso si ya se aplicaban.

Es decir que el criterio para tramitar embargos depende de la orden de llegada y de la prelación que tenga en embargo según la clase del crédito así:

- El que primero llegue si son de la misma clase.
- El de mayor prelación sin importar orden de llegada.
- El de mayor prelación desplaza a los anteriores.



Consecuencias para el empleador o pagador que no tramita las órdenes de embargo.

El empleador o pagador, por disposición legal tiene la obligación de tramitar las órdenes de embargo, retener los valores respectivos y consignarlos a disposición del juzgado que lo ordena.

Si el empleador o pagador hace caso omiso a esa obligación puede ser responsable solidario respecto los descuentos no realizados en ocasión a la orden de embargo.

Por ejemplo, el numeral 9 del artículo 593 del código general del proceso que regula la forma en que se debe efectuar un embargo, señala:

«El de salarios devengados o por devengar se comunicará al pagador o empleador en la forma indicada en el inciso primero del numeral 4 para que de las sumas respectivas retenga la proporción determinada por la ley y constituya certificado de depósito, previniéndole que de lo contrario responderá por dichos valores.»

Por su parte en el numeral 1 del artículo 130 de la ley 1098 de 2016 encontramos que:

«El incumplimiento de la orden anterior, hace al empleador o al pagador en su caso, responsable solidario de las cantidades no descontadas.»

Al empleador no le queda otra opción que cumplir con las órdenes de embargo hasta los límites permitidos por la ley.

Si el empleador no puede tramitar un embargo debido a que hay otros embargos con prelación y se ha alcanzado el límite del salario a embargar, debe comunicárselo al juzgado respectivo justificando la razón por la que no ha procedido con la orden de embargo y de esa manera evitar que se tramite



un incidente en su contra.

Embargo del salario y embargo de la cuenta de nómina.

Cuando se embarga un salario se suele presentar una situación muy particular que complica la vida al trabajador, pues además de embargar el salario el juez puede embargar la cuenta de nómina donde el trabajador recibe el salario.

Si bien son asuntos independientes y el empleador nada tiene que ver con la orden de embargo a la cuenta de nómina, se debe tener en cuenta que, si la parte del salario que se paga al trabajador se consigna en la cuenta de nómina embargada, el trabajador se quedará sin sueldo y eso no es culpa ni del empleador ni del banco, y es un asunto que debe resolver el trabajador en el proceso judicial en que se decretó el embargo.

Lo que hacen algunos empleadores con ánimo de colaborarle al trabajador, es pagarle el remanente del salario en efectivo, pero el empleador no está obligado a ello, y en ocasiones es difícil hacerlo por las restricciones que la ley tributaria ha impuesto a los pagos en efectivo, en la medida en que prohíbe deducir del impuesto a la renta los pagos que no se tramiten por intermedio del sistema financiero.

En casos así, el trabajador eventualmente puede verse privado de la totalidad de su salario, viéndose obligado a renunciar si no puede conseguir una de dos cosas: que el empleador le pague en efectivo o que el juzgado levante el embargo de la cuenta de nómina.

Consecuencias para el empleador o pagador que no tramita las órdenes de embargo.

El empleador o pagador, por disposición legal tiene la obligación de tramitar



las órdenes de embargo, retener los valores respectivos y consignarlos a disposición del juzgado que lo ordena.

Si el empleador o pagador hace caso omiso a esa obligación puede ser responsable solidario respecto los descuentos no realizados en ocasión a la orden de embargo.

Por ejemplo, el numeral 9 del artículo 593 del código general del proceso que regula la forma en que se debe efectuar un embargo, señala:

«El de salarios devengados o por devengar se comunicará al pagador o empleador en la forma indicada en el inciso primero del numeral 4 para que de las sumas respectivas retenga la proporción determinada por la ley y constituya certificado de depósito, previniéndole que de lo contrario responderá por dichos valores.»

Por su parte en el numeral 1 del artículo 130 de la ley 1098 de 2016 encontramos que:

«El incumplimiento de la orden anterior, hace al empleador o al pagador en su caso, responsable solidario de las cantidades no descontadas.»

Al empleador no le queda otra opción que cumplir con las órdenes de embargo hasta los límites permitidos por la ley.

Si el empleador no puede tramitar un embargo debido a que hay otros embargos con prelación y se ha alcanzado el límite del salario a embargar, debe comunicárselo al juzgado respectivo justificando la razón por la que no ha procedido con la orden de embargo y de esa manera evitar que se trámite un incidente en su contra.



Descuentos de salario por herramientas y errores del trabajador.

Al trabajador no se le pueden hacer descuentos de nómina o de salario por perder sus herramientas, dañarlas, por cometer errores o por causar pérdidas a la empresa.

La prohibición de hacer descuentos por daño y pérdida de herramientas.

El artículo 59 del código sustantivo del trabajo prohíbe descontar sumas al trabajador sin la autorización expresa de este, y señala una serie de excepciones entre las que no está el descuento por daños o perjuicios causados por el trabajador.

Por su parte el artículo 113 del código sustantivo del trabajo, que hace parte del capítulo que regula las sanciones y multas que se pueden imponer al trabajador, expresamente prohíbe imponer multas o sanciones económicas, excepto por retrasos o faltas al trabajo, lo que descarta la posibilidad de imponerle el pago de herramientas o de perjuicios causados por errores del trabajador.

Finalmente, el artículo 28 del código sustantivo del trabajo dispone que el trabajador nunca debe participar de las pérdidas o riesgos de la empresa, y uno de esos riesgos inherentes a toda empresa, es el daño o pérdida de herramientas.

Es claro que el empleador no puede descontar al trabajador ningún valor por daños de herramientas o equipos, o por la pérdida o extravío de estas, y menos descontarle los faltantes o pérdidas de dinero, inventarios o bienes por culpa del trabajador, pues en todos los posibles en que el trabajador pueda causar daños o perjuicios al empleador se aplica la misma prohibición.



Cuando hacer descuentos por daño o pérdida de herramientas.

La ley prohíbe al empleador de forma unilateral hacer descuentos al trabajador por daño o pérdida de herramientas o por perjuicios que el trabajador cause, pero existe la posibilidad de hacer estos descuentos si el trabajador lo autoriza.

Recordemos lo que dice el numeral primero del artículo 59 del código sustantivo del trabajo:

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

La ley deja abierta la posibilidad de que se hagan descuentos en dos situaciones:

1. Cuando el trabajador lo autorice.
2. Cuando lo decrete una autoridad judicial.

Como señalamos más adelante, el trabajador puede causar daños y perjuicios al empleador sin querer queriendo, por negligencia o por dolo, y si una vez ocurrido el daño o pérdida de la herramienta, o causado el perjuicio cualquiera que sea, se determina la responsabilidad del trabajador, este eventualmente puede convenir con el empleador el pago de la herramienta o la indemnización del perjuicio causado, y en tal evento procede el descuento de nómina de valor aceptado por el trabajador, en los montos y cuotas acordadas por este, pero se insiste en que se requiere la autorización expresa y por escrito del trabajador para hacer el descuento.



El daño y pérdida de herramientas en manos del trabajador.

En toda actividad o empresa las herramientas y equipos se dañan, o se pierden, y es importante determinar la causa y origen de estas situaciones, porque de ese origen dependen las consecuencias que sufre el trabajador, que en ningún caso es el descuento de salarios.

Errores si intención del trabajador.

Un trabajador sin intención y sin culpa, por un error puede perder una herramienta, o puede dañarla. También puede cometer errores que lleven a que a empresa pierda dinero, o que se presenten faltantes de mercancías o de dinero, etc.

Esas son situaciones que suelen ocurrir con normalidad y obedecen a los riesgos inherentes a toda actividad económica y laboral, o a las condiciones mismas de las herramientas que por su desgaste natural fallan, se dañan o no funcionan como deberían hacerlo, y en tales sucesos es evidente que el trabajador no tiene responsabilidad y no debe asumir consecuencias, y menos una ilegal como el descuento de salario.

Negligencia del trabajador.

Los daños y errores pueden tener su origen en la negligencia del trabajador, por descuido o por no seguir las instrucciones dadas por el empleador, situación que cambia respecto a su responsabilidad y respecto a las consecuencias para el trabajador, pero dicha consecuencia no será el descuento de las herramientas del salario del trabajador como ya se ha indicado hasta la saciedad.



Dolo en el trabajador.

Las herramientas también se pueden dañar o perder porque el trabajador actúa de forma premeditada, quien, obrando malintencionada y conscientemente, decide dañar las herramientas o perderlas, o robárselas, etc., situación que tiene incidencia en las consecuencias que debe asumir el trabajador.

Las consecuencias para el trabajador que daña o pierde herramientas o comete errores.

Dejando claro que las pérdidas, daños, perjuicios y errores pueden ocurrir por situaciones fortuitas y normales, por negligencia o dolo por parte del trabajador, las consecuencias pueden ser disciplinarias o la terminación del contrato de trabajo.

El artículo 59 del código sustantivo del trabajo impone al trabajador el deber de conservar los instrumentos y herramientas que le hayan facilitado, y le impone el deber de acatar y seguir las instrucciones y recomendaciones que disponga el empleador, y en apego al principio de la ejecución de buena fe de los contratos, tiene la obligación de ser diligente y cuidadoso con los elementos con los que desempeña su trabajo, de lo que se deduce que no debe actuar con negligencia sino con diligencia, y si por ausencia de esa diligencia se cometen errores, se dañan o pierden las herramientas, es natural que debe asumir las consecuencia pertinentes, que bien pueden ser sanciones disciplinaria que contenga o reglamento de trabajo, o directamente el despido.

Respecto al despido del trabajador encontramos el sustento en el artículo 64 del código sustantivo del trabajo que contiene dos comportamientos (numerales 4 y 6) relacionados con el daño a las herramientas, y que pueden ser causal de terminación del contrato de trabajo.



Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.

Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

En ese sentido se pronunció el Ministerio de Trabajo en su concepto 10647 del 16 de junio de 2014:

«... el empleador no puede exigir al trabajador el pago o la reparación de cualquier pérdida ocasionada o no por éste, ya que esta prohibición se encuentra contemplada de forma taxativa en el Código Sustantivo del Trabajo, sin embargo el empleador, haciendo uso de sus facultades subordinantes y disciplinarias sí puede exigir del trabajador el cumplimiento de sus obligaciones y/o prohibiciones, pudiendo aplicar el proceso interno disciplinario respectivo y hasta la terminación del contrato de trabajo por justa causa comprobada cuando considere que existió una falta grave por parte del trabajador, conforme a lo establecido por los numerales 4 y 6 del literal A) del artículo 62 del C.S.T.»

Si el trabajador actúa con negligencia, o peor aún, con dolo, y como consecuencia de ello se dañan o pierden herramientas o se cometen errores que causan grave perjuicio al empleador, puede ser despedido con justa causa, y en razón a esa posibilidad es que el trabajador, si el empleador está de acuerdo, puede en su lugar aceptar su responsabilidad y autorizar los descuentos de nómina pertinentes.



Descuentos por libranzas.

Los descuentos de nómina por libranza permiten que el empleador o pagador descuento del salario del trabajador los pagos que este haya autorizado al adquirir crédito por libranza.

¿En qué consiste la libranza?

La libranza es una orden o autorización de descuento que el trabajador o contratista libra en favor de la operadora de libranzas, quien es la entidad que concede el crédito al trabajador.

La libranza está regulada por la ley 1527 de 2012.

Contrato de libranza.

El contrato de libranza es aquel que firma la operadora de libranzas con el pagador o empleador, esto es, con la empresa que hará el descuento de la nómina a los trabajadores.

También se conoce como acuerdo de libranza, y sin dicho documento no es posible efectuar descuentos por libranza.

Requisitos para hacer los descuentos de nómina por libranza.

Para que el empleador o pagador efectúe el descuento de la nómina por libranza, se deben cumplir dos requisitos esenciales:

- Que existe un acuerdo o contrato de libranza entre la empresa y la operadora.
- Que el trabajador haya autorizado de forma expresa e irrevocable la autorización del descuento.



Adicionalmente, el artículo 3 de la ley 1527 de 2012 exige que en los descuentos por libranza se cumplan las siguientes condiciones:

- Que exista autorización expresa e irrevocable por parte del beneficiario del crédito a la entidad pagadora de efectuar la libranza o descuento respectivo de conformidad con lo establecido en la presente ley.
- Que en ningún caso la tasa de interés correspondiente a los productos y servicios objeto de libranza, supere la tasa máxima permitida legalmente.
- Que la tasa de interés pactada inicialmente sólo sea modificada en los eventos de novación, refinanciación o cambios en la situación laboral del deudor beneficiario, con su expresa autorización.
- Que para adquirir o alquilar vivienda, el deudor beneficiario podrá tomar un seguro de desempleo, contra el cual eventualmente podrá repetir la entidad operadora en los casos de incumplimiento.
- Que la libranza o descuento directo se efectúe, siempre y cuando el asalariado o pensionado no reciba menos del cincuenta por ciento (50%) del neto de su salario o pensión, después de los descuentos de ley. Las deducciones o retenciones que realice el empleador o entidad pagadora, que tengan por objeto operaciones de libranza o descuento directo, quedarán exceptuadas de la restricción contemplada en el numeral segundo del artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo.

Límites al descuento por libranza.

El numeral 5 del artículo 3 de la ley 1527 señala que el descuento por libranza se puede hacer siempre que el trabajador no reciba menos del 50% del salario después de los descuentos de ley.

Para ello las entidades financieras solicitan a la empresa o empleador un



certificado laboral que indique la capacidad de endeudamiento que tiene el empleado por descuentos de nómina, pues una vez realizados los descuentos de ley y la libranza, el trabajador debe recibir no menos del 50% del salario.

Es importante señalar que el mismo numeral afirma que los descuentos por libranza quedan excluidos de la restricción del numeral 2 del artículo 149 del código sustantivo del trabajo, que señala:

«Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por la ley.»

Es decir que por concepto de libranzas se puede afectar el salario mínimo.

Pagos sobre los que se efectúa el descuento por libranza.

La ley 1527 habla de descuentos del salario que recibe el trabajador, por lo que se entiende que dichos descuentos se deben hacer sobre todos los pagos que tengan naturaleza salarial.

Al respecto señaló el ministerio del trabajo en concepto 4103 del 13 de febrero de 2019:

«La Ley 1527 de 2012 “Por medio de la cual se establece un marco general para la libranza o descuento directo y se dictan otras disposiciones” , en su Artículo 1º señala que el objeto de la libranza es posibilitar la adquisición de productos y servicios financieros o bienes y servicios de cualquier naturaleza, acreditados con el salario, los pagos u honorarios o la pensión.

Con el fin de aclarar su inquietud es preciso explicar que pagos



constituyen salario en Colombia a la luz del Código Sustantivo de Trabajo, en adelante C.S.T., en su Artículo 127 se dispuso:

ARTÍCULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”

De la norma preinserta se observa que la remuneración recibida por el trabajador en dinero o en especie como retribución directa de sus servicios, sea cual sea su denominación se constituyen como salario, por lo que entendería esta oficina que los descuentos por libranza se efectúan sobre todo lo que corresponde a la connotación de salario plasmada en el Artículo 127 del C.S.T.»

De acuerdo al ministerio del trabajo, los descuentos se deben hacer sobre todos los pagos a que se refiere el artículo 127 del código sustantivo del trabajo, quedando la duda de si es procedente o no hacer descuentos sobre los pagos que no constituyen salario según el artículo 128 del código sustantivo del trabajo.

En todo caso, como la ley no lo prohíbe de forma expresa, algunos empleadores hacen descuentos sobre esos pagos, e incluso se exige al trabajador incluirlos en la autorización que otorgue para los descuentos.

Descuentos por libranza no se puede hacer sobre prestaciones sociales.

La ley 1527, como ya se indicó, al señalar los descuentos que proceden por libranza se refiere a salario sin hacer referencia a las prestaciones sociales,



por lo tanto, el ministerio del trabajo en concepto 161689 de 2014 afirmó que no se pueden hacer descuentos por libranza sobre las prestaciones sociales:

«Ahora bien, la Ley 1527 de 2012 y el Código Sustantivo del Trabajo no regulan nada en lo relativo a las prestaciones sociales y en particular en lo referente a la aplicación de descuentos a la liquidación final que procede ante la terminación del vínculo contractual, por lo que considera esta Oficina Asesora que, al no referirse expresamente la precitada Ley 1527 a dichos conceptos, y en consideración a la objeción presidencial en el trámite legislativo de la misma, en virtud de la cual, al permitir el descuento sobre prestaciones sociales se desnaturaliza el concepto mismo para el cual fueron creadas, la obligación de retener y descontar las sumas de dinero que el beneficiario (trabajador) adeude al operador, no es permitida respecto de las prestaciones sociales.»

Recordemos que las cesantías deben ser consignadas por el empleador al fondo de cesantías, de modo que legalmente no es posible que de ellas se puedan descontar pagos por libranza, en consecuencia, la duda surge es respecto a la prima de servicios que sí debe ser entregada directamente al trabajador.

Descuentos por libranza en el pago de las vacaciones.

En opinión del ministerio de trabajo en concepto 4103 del 13 de febrero de 2019, sí se pueden hacer descuento por libranza en los pagos por vacaciones:

«Para dar respuesta a su pregunta, es preciso hacer claridad que las vacaciones no son una prestación social, sino que es un descanso remunerado y que es considerado salario, por lo que el dinero recibido por concepto de vacaciones se tratará como cualquier salario;



por tanto, se deberán hacer aportes a seguridad social, parafiscales e inclusive prestaciones sociales sobre él, tal y como lo dispone el Artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo.»

Es una interpretación razonable que se ajuste a la naturaleza de las vacaciones.

Incapacidades no pueden ser afectadas con descuentos por libranza.

Respecto a las incapacidades laborales, en el mismo conceto 4103 de 2019 el ministerio del trabajo señala que no es viable el descuento por libranza sobre el pago de las incapacidades:

«Lo primero que se debe mencionar, para mayor claridad del consultante, es que cuando un trabajador se encuentra incapacitado, bien sea por la EPS o la ARL, según sea el caso dependiendo de la naturaleza y el origen del problema de salud que origina la incapacidad, en este caso al trabajador no se le pagara salario como tal, sino que lo que se le reconoce al trabajador incapacitado es el pago de un auxilio económico que como se reitera no tiene la connotación de salario, lo anterior, teniendo en cuenta que el auxilio por incapacidad, se define como el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las EPS o ARL según sea el caso, a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo en que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual.

En atención a lo anterior, considera esta oficina que no seria procedente realizar descuentos sobre un auxilio por incapacidad dado que la Ley 1527 de 2012 de manera expresa señala que la libranza se ampara con el salario, los pagos u honorarios o la pensión,



únicamente.»

Lo anterior libera al empleador o pagador de la obligación de hacer el descuento, pero no libera al trabajador de pagar la deuda, de manera que, si no es procedente el descuento directo, el trabajador deberá pagar directamente el valor de sus obligaciones pues de lo contrario entrará en mora con la entidad financiera.

Recordemos que este tipo de obligaciones se deben pagar periódicamente, no importa cómo se satisfaga el pago, y si no se hace por la razón que sea, el crédito o la obligación entra en mora.

Descuentos por libranzas en la licencia de maternidad.

Bajo el mismo argumento para afirmar que no se pueden hacer descuentos por libranza en el pago de las incapacidades laborales, se puede afirmar que tampoco se pueden hacer descuentos sobre la licencia de maternidad.

Es así porque la licencia de maternidad tiene la misma naturaleza que las incapacidades laborales, pues no constituyen salario sino un auxilio económico reconocido por el sistema de salud a cargo de la EPS.

Descuentos por libranza en licencias no remuneradas.

El pagador o empleador debe aplicar los descuentos por libranza sobre el salario que debe pagar al trabajador, y si no hay salario qué pagar, la empresa no puede hacer descuento alguno.

En una licencia no remunerada el trabajador no recibe salario, y por tanto es físicamente imposible que la empresa pueda descontar la libranza sobre un pago inexistente, y la empresa no está obligada a financiar el descuento por libranza, es decir, a transferir a la operadora un descuento que no se pudo



hacer al trabajador por no existir recursos qué descontar.

En este caso le corresponde al trabajador hacer el pago directo al acreedor para no entrar en mora con la obligación.

Descuentos por libranza de la liquidación del trabajador.

Cuando el trabajador se retira de la empresa y aún debe parte del crédito, la empresa o empleador puede descontar la libranza que le sea posible del valor de la liquidación del trabajador.

Si bien la norma no lo señala expresamente, es posible hacerlo porque las condiciones de los créditos están sujetas a las políticas de la operadora (banco, o acreedor), y ésta siempre exige al trabajador que autorice el descuento de la liquidación.

En los contratos de libranza podemos encontrar cláusulas como la siguiente:

«En caso de retiro del trabajador LA EMPRESA llamará a EL BANCO para saber el saldo insoluto de la deuda proyectada a la fecha del retiro, con el fin de descontar estas sumas de la respectiva liquidación, conforme a la autorización impartida por el trabajador.»

Como media una autorización expresa del trabajador, la empresa debe descontar la libranza del valor de la liquidación, pues a eso se compromete en el contrato de libranza.

Si es el caso, el 100% de la liquidación puede ser descontada, excepto el salario del último mes que está sujeto a la regla del 50%, pero el resto de la liquidación, como prestaciones sociales e indemnizaciones, pueden ser descontadas por la empresa.

Frente a este tema resulta pertinente transcribir lo dicho por la



SuperSociedades en oficio 220 – 0002840 del 19 de enero de 2015:

«De tal manera que si el beneficiario es un trabajador retirado del servicio y no adquiere un nuevo empleo, un contrato o accede a la condición de pensionado, le correspondería según la norma al empleador o entidad pagadora retener o efectuar los descuentos sobre las sumas de dinero que haya de pagar a su beneficiario y que correspondan a la entidad operadora, de acuerdo con los términos técnicos establecidos en el acuerdo que deberá constituirse con la entidad operadora, en virtud a la voluntad y decisión que toma el beneficiario al momento de escoger libremente su operadora de libranza y en el cual se establecerán las condiciones técnicas y operativas necesarias para la transferencia de los descuentos. Sin embargo, en el evento en que el beneficiario no adquiera una nueva vinculación laboral, contractual o adquiera la condición de pensionado, a juicio de esta Oficina y son perjuicio obviamente de lo que diga el Ministerio del Trabajo frente al caso en particular, podría el empleador, retener de las sumas de dinero que haya de pagar a sus asalariados, todos los emolumentos que reciba el trabajador como consecuencia de la terminación del contrato.

Lo anterior toda vez que de aceptarse la continuidad del negocio sin que medie el descuento por conducto de una entidad pagadora, dejaría de corresponder a una libranza, por faltar un elemento esencial del mismo, cual es el descuento directo, tal como se desprende del artículo segundo de la referida ley, que señala las definiciones aplicables a los servicios financieros adquiridos mediante libranza o descuento directo.»

Aquí no se debe perder de vista que siempre existe una autorización expresa del trabajador para que le descuenten de la liquidación los saldos insoluto de la deuda, y la empresa en el contrato de libranza se ha obligado a lo



mismo, lo que reviste de legalidad el descuento pues se erige de un contrato que contiene la voluntad expresa de las partes intervenientes, y ya sabemos que los contratos son una ley para las partes.

Libranza en el contrato de prestación de servicios.

Si bien la libranza se utiliza principalmente en los asalariados, esto es, en quienes están vinculados con un contrato de trabajo o en pensionados, también es posible en la contratación por servicios.

Esto al tenor de lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 2 de la ley 1527 de 2012:

«Para efectos de la presente ley, se entiende como asalariado aquel que tenga un contrato laboral vigente suscrito entre el deudor que autoriza los descuentos y la entidad pagadora, como contratista aquel que tenga un contrato u orden de prestación de servicios vigente...»

Y del inciso primero del artículo 4 de la misma ley:

«En cualquier caso el beneficiario tiene derecho de escoger libre y gratuitamente cualquier entidad operadora para efectuar operaciones de libranza, así como aquella a través de la cual se realiza el pago de su nómina, honorarios o pensión.»

Casi todas las operadoras de libranza otorgan libranzas a quienes tienen contratos de prestación de servicios que no reciben salario sino honorarios.

Obligaciones del empleador o pagador.

El empleador, contratante o pagador tiene la obligación de aplicar los descuentos y transferir los recursos a la operadora de libranzas (banco o empresa que hace el crédito o presta la financiación).



Si el empleador no cumple con esta obligación debe responder solidariamente por los descuentos no realizados conforme lo señala el parágrafo primero del artículo 6 de la ley 1527 de 2012:

«Si el empleador o entidad pagadora no cumple con la obligación señalada en el presente artículo por motivos que le sean imputables, será solidariamente responsable por el pago de la obligación adquirida por el beneficiario del crédito.»

En otras palabras, si la empresa no hace el descuento de nómina, el banco puede cobrarle a la empresa las cuotas que el trabajador no pague.

Descuento de permisos laborales al trabajador.

Los trabajadores regularmente piden permisos de unas horas, medio día, un día o varios días, y en caso de ser concedidos surge la duda de si la empresa debe remunerar ese tiempo no laborado, o puede descontarlo del sueldo, o exigirle al trabajador que lo compense con trabajo ejecutado por fuera de la jornada laboral.

En primer lugar, hay que diferenciar entre permisos obligatorios que debe otorgar el empleador y los permisos que dependen de su voluntad otorgarlos.

Permisos obligatorios.

Los permisos a que tiene derecho el trabajador, y que en razón a ello el empleador está en la obligación de otorgarlos, son los que señala el artículo 57 del código sustantivo del trabajo colombiano:

- Permiso o licencias relacionadas con el sufragio.
- Para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación.
- Licencia por grave calamidad doméstica.



- Para desempeñar comisiones sindicales.
- Licencia por luto.
- Licencia de maternidad.
- Licencia de paternidad.
- Permisos para citas médicas.

Las licencias de maternidad, paternidad y por luto son remuneradas por lo tanto no se pueden descontar del sueldo del trabajador, y menos exigir al trabajador que reponga ese tiempo.

En cuanto a la grave calamidad doméstica, la Corte constitucional en sentencia C-930 de 2009 afirma que, si el tiempo de licencia es razonable, no se puede descontar del salario del trabajador, pero si el permiso otorgado por concepto supera «lo razonable», se puede descontar del sueldo o compensar con tiempo laborado por fuera de la jornada laboral.

Respecto a los permisos o licencias para cargos oficiales temporales de obligatoria aceptación, como jurados de votación, o para ejercer el derecho al voto o comisiones sindicales, dice la corte en la misma sentencia que no pueden ser descontados ni compensados con trabajo.

La parte resolutiva de la sentencia referida señala:

«En el reglamento de trabajo se señalarán las condiciones para las licencias antedichas» , contenida en el numeral 6º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo» , condicionada a que se entienda que para el caso de la licencia por grave calamidad doméstica debidamente comprobada, habrá un lapso razonable de permiso remunerado cada mes; y para las licencias obligatorias que se conceden al trabajador para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación, distintos de jurado electoral, clavero o escrutador; las licencias obligatorias para que los trabajadores del sector privado desempeñen comisiones sindicales



inherentes a la organización; y las licencias obligatorias para que los trabajadores asistan al entierro de sus compañeros, el tiempo empleado no podrá descontarse del salario del trabajador ni obligarse a compensar con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria.»

Recordemos que el numeral 6 del artículo 57 del código sustantivo del trabajo permitía al empleador descontar este tipo de licencias, pero esa parte de la ley que fue declarada inexistente por la Corte constitucional en la sentencia C-930 de 2009.

Permisos voluntarios.

Cuando se trata de permisos voluntarios que se otorgan al trabajador como puede ser el permiso para que haga una diligencia en alguna oficina, o para que se vaya para un matrimonio, cumpleaños, etc., el asunto es un tanto distinto.

En este caso, como no es una obligación que la ley impone al empleador, ni es un derecho que la ley concede al trabajador, el empleador no debe cargar con el costo de esos permisos, de manera que ese costo puede ser trasladado al trabajador, pues ha sido su decisión no trabajar.

Frente a este tema resulta oportuno recurrir a la misma sentencia antes referida en el siguiente aparte:

«No obstante, la misma ley laboral ha distinguido entre las diversas circunstancias que podrían impedir al trabajador prestar sus servicios, para establecer que cuando la no prestación se ha originado sin culpa del empleado, sino por disposición del empleador, se debe en todo caso el salario[54]. Si, en cambio, la no prestación del servicio se debe a razones imputables al trabajador, en principio no habrá obligación de pagar el salario.



Como se dijo, la anterior regla general resulta conforme a los postulados de justicia y equidad en las relaciones entre particulares, pues aunque en la relación laboral hay una parte dominante -el empleador- y una subordinada -el trabajador-, en todo caso las obligaciones recíprocas se justifican por el efectivo cumplimiento de lo convenido por ambas partes. Además, la Constitución Política en su artículo 53 incluye dentro de los principios fundamentales del trabajo aquel según el cual la remuneración debe ser "proporcional a la cantidad y calidad de trabajo", por lo cual si no hay trabajo por causas imputables al trabajador, resulta ajustado a la Carta que no haya salario a cargo del empleador.»

En ese orden de ideas, si el trabajador solicita un permiso para asuntos personales que nada tienen que ver con las obligaciones que la ley le impone al empleador, resulta posible considerar que ese permiso no debe ser remunerado.

Y si ese permiso no debe ser remunerado, entonces se abre la posibilidad de descontar el tiempo no laborado del sueldo del trabajador, o en su defecto, que este pueda compensar ese tiempo laborando el mismo tiempo por fuera de la jornada laboral.

La compensación del tiempo no laborado dentro de la jornada laboral por tiempo laborado por fuera de la jornada laboral, la creemos posible en vista a que primigeniamente el artículo 57 consideraba esa posibilidad, que si bien fue declarada inexequible por la Corte, dicha inexequibilidad se basó en que se trataba de permisos que por obligación debían ser otorgados por el empleador, y que en ningún caso correspondían a la culpa o a la voluntad del trabajador, por lo que el fin perseguido con esa medida luce razonable en este caso.

En todo caso, para evitar complicaciones lo más adecuado es descontar del salario el permiso, en razón a que cualquier trabajo que exceda la jornada



laboral se considera suplementario, y podría dar lugar a mal entendidos o reclamaciones.

Auxilio de transporte.

El auxilio de transporte es un pago que se realiza a los trabajadores que tienen un salario de hasta dos salarios mínimos mensuales (\$2.320.000 para el 2023, y que fue instituido por la ley 15 de 1959, que para el 2023 es de \$140.606.

Naturaleza del auxilio de transporte.

El auxilio de transporte tiene como finalidad reembolsar al trabajador parte los gastos de transporte en que incurre para desplazarse a su sitio de trabajo, por lo tanto, su naturaleza no es salarial en tanto no tiene como finalidad remunerar los servicios prestados por el trabajador.

En consecuencia, el auxilio de transporte no constituye salario excepto para efectos de calcular las prestaciones sociales como más adelante se precisa.

Trabajadores que tienen derecho al auxilio de transporte.

Al auxilio de transporte tiene derecho todo trabajador que tenga un sueldo de hasta dos salarios mínimos mensuales.

El salario del trabajador para determinar si tiene derecho o no al auxilio de transporte, es aquel que corresponda la jornada laboral ordinaria, es decir, no se tienen en cuenta los pagos por trabajo extra, dominical ni festivo.

El recargo nocturno se tiene en cuenta sólo si hace parte de la jornada laboral ordinaria, pues si corresponde a trabajo extra en horas nocturnas, no se



considera.

Casos en que no se debe pagar el auxilio de transporte.

¿En qué casos el empleador no está obligado a pagar el auxilio de transporte a sus trabajadores?

Una de las inquietudes más comunes relacionadas con el auxilio de transporte tiene que ver con los casos en que no es obligatorio su reconocimiento y pago.

Por ganar más de dos mínimos.

La empresa debe pagar el auxilio de transporte a los trabajadores que devengan hasta dos salarios mínimos mensuales, de manera que, si el trabajador devenga más de esos dos salarios, no hay lugar al pago del dicho concepto.

Luego surge la duda respecto a las causas que hacen que un trabajador devengue más de dos salarios mínimos mensuales.

Por ejemplo, puede que un trabajador devengue más de dos salarios mínimos porque recibe comisiones sobre el salario básico, y en tal caso no hay que pagar el auxilio de transporte.

Sucede que los decretos que cada año fijan el auxilio de transporte, afirman que este derecho lo tienen los trabajadores «...que devenguen hasta dos (2) veces el Salario Mínimo Legal Mensual Vigente...», y como la norma utiliza el término devengado, se debe interpretar que se deben considerar todos los pagos que tenga naturaleza salarial, excepto los que están por fuera de la jornada laboral.



Cuando se vive el sitio de trabajo.

Respecto al segundo caso, la doctrina ha considerado que, si el trabajador vive en el mismo lugar de trabajo, no hay lugar al pago del auxilio de transporte en vista a que no se cumple el principio que dio origen a esta prestación, que no es otro que reintegrar lo que el trabajador ha gastado en transporte, y como no debe movilizarse por vivir en el mismo lugar de trabajo, pues no hay lugar a reconocer ningún gasto.

Cuando la empresa suministra el transporte.

Si la empresa suministra gratuitamente el servicio de transporte, tampoco hay lugar al reconocimiento del auxilio de transporte, pero este debe ser completo, es decir, que debe recoger al trabajador en su casa y llevarlo hasta la empresa.

Esta aclaración es importante porque algunas empresas fijan un punto de encuentro, y el trabajador debe pagar transporte hasta ese punto, por lo que el servicio de transporte de la empresa es parcial obligando a que el trabajador tenga que pagar parte del transporte, razón por la cual la empresa debe reconocer el auxilio de transporte en su totalidad.

Por vivir cerca del trabajo.

Anteriormente la norma consideró como referencia 1.000 metros lo que ha quedado en desuso, de manera que lo se tiene en cuenta es si el trabajador debe gastar en transporte o no, esté a más o a menos de 1.000 de distancia.

Algunas empresas en todo caso suelen reconocer el auxilio de transporte aun cuando el trabajador vive cerca y va caminando hasta su trabajo.

Frente a los anteriores criterios es oportuno señalar lo dijo la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 20232 del 27 de junio de 2003 con



ponencia del magistrado Luis Gonzalo Toro:

«Dado que no está demostrado que el actor hubiera necesitado de este auxilio, en virtud de que tuviera que desplazarse del lugar de su domicilio al de su trabajo, acorde con jurisprudencia de esta Sala, se absolverá de este concepto.»

Recordemos que el objetivo del auxilio de transporte es reembolsar lo que el trabajador ha gastado en transporte, y si este no tiene que gastar dinero en transporte no hay lugar al pago del auxilio de transporte, y esa ha sido la opinión histórica de la Corte suprema de justicia.

¿Y cuando no hay prestación del servicio público de transporte?

Existe duda respecto a si el empleador está obligado o no a pagar el auxilio de transporte en aquellos sitios donde no existe un servicio público de transporte.

Esta duda surge porque el decreto que cada año fija el auxilio de transporte tiene una partecita que dice:

«...que se pagará por los empleadores en todos los lugares del país donde se preste el servicio público de transporte.»

Pero el ministerio del trabajo en concepto 222146 del 23 de diciembre de 2014 señaló:

«Este Despacho acogiendo el criterio de la Insigne Corte Suprema de Justicia, entendería que cuando un Trabajador cumpla con el presupuesto legal de devengar hasta dos (2) salarios mínimos legales vigentes, habría lugar al pago del Auxilio de transporte independientemente de si en el lugar de su residencia sea prestado el servicio de transporte público urbano - rural y deban utilizarlo para



desplazarse, así como tampoco se tiene en cuenta la distancia ni las sumas que deba pagar por conceptos de pasajes.»

Lo anterior tiene sentido en la misma naturaleza del auxilio de transporte, que como ya se dijo, tiene como objetivo reembolsar lo gastado por el empleado en transporte, y si bien no hay servicio público de transporte, se debe pagar auxilio en la medida en que el trabajador deba gastar dinero en transportarse.

Cuando en un sitio no hay servicio de transporte público las personas se movilizan en vehículos particulares (transporte informal), y deben pagar por ese servicio, por lo tanto, es preciso reconocer el auxilio de transporte.

Todo queda reducido a si el trabajador debe pagar por transportarse al sitio de trabajo, independientemente de si lo hace en servicio de transporte público, informal o privado.

Por no ir a trabajar.

Si el trabajador falta al trabajo uno o más días el empleador puede descontarle lo que corresponde a esos días, lo que se puede llamar como un pago proporcional del auxilio de transporte de acuerdo a los días trabajado.

Lo que no se puede descontar son los días de descanso obligatorio, de suerte que, para descontar los días laborales no trabajados, el valor del auxilio de transporte se divide entre 30 y luego se multiplica por los días trabajados, que resultan de descontar los días en que se faltó al trabajo.

Por ejemplo, si el trabajador faltó dos días al trabajo, se descuentan dos días a los 30 que tiene el mes, de manera que el cálculo será:

Valor del auxilio/30 x 28

El cálculo se hace sobre 30 días para todos los meses ya que la norma



dispone que para efectos labores el mes se entiende de 30 días, como una manera de estandarizar procesos.

En períodos de incapacidad no se paga auxilio de transporte.

Como ya lo venimos señalando, no hay lugar al pago del auxilio de transporte cuando el trabajador no labora, y ese es el caso de las incapacidades laborales.

La obligación de pagar no se materializa porque la condición que obliga a su pago no se causa: que el trabajador se desplace hasta el lugar de trabajo y además deba incurrir en gastos de transporte en ese propósito.

Casos en que se paga auxilio de transporte a empleados que ganan más de dos salarios mínimos.

Es claro que los trabajadores que tengan un salario superior a dos mínimos no tienen derecho al auxilio de transporte, pero hay casos que causan dudas pues el total devengado resulta superior a dos salarios mínimos.

Cuando el total devengado supera los dos salarios mínimos se debe pagar el auxilio de transporte sólo si el exceso de dos salarios mínimos obedece al pago de horas extras, trabajo dominical o trabajo festivo.

El devengo de estos conceptos por parte del trabajador no hace que pierda el derecho al auxilio de transporte, por cuanto los dos salarios mínimos hacen referencia a la jornada laboral ordinaria, de modo que lo que se cause por fuera de ella no hace que se pierda el derecho al auxilio de transporte.



¿Para qué conceptos de nómina se tiene en cuenta el auxilio de transporte?

Cuando se procede a liquidar la nómina surge la duda respecto a qué conceptos se incorpora el auxilio de transporte para liquidarlos.

El auxilio de transporte no constituye salario, de manera que no se incluye en la liquidación de aportes parafiscales ni aportes a seguridad social.

El auxilio de transporte en las prestaciones sociales.

Respecto a las prestaciones sociales, por expresa disposición legal sí se incluyen, pero no porque constituya salario sino porque la ley que creó el auxilio de transporte creó también esa excepción legal.

En consecuencia, el auxilio de transporte se debe incluir en la liquidación de la prima de servicios y el auxilio de cesantías, es decir, forma parte de la base de las prestaciones sociales.

En auxilio de transporte en la liquidación de las vacaciones.

En la liquidación de las vacaciones no se tiene en cuenta el auxilio de transporte porque no constituye salario, y además durante las vacaciones el trabajador no debe incurrir en gastos de transporte que el empleador deba reembolsas por medio de esta figura.

Recordemos que las vacaciones se remuneran con el salario que estaba devengando el trabajador al momento de salir a disfrutarlas, y dentro de ese salario no se incluye el auxilio de transporte.



En el pago de indemnizaciones no se incluye el auxilio de transporte.

El auxilio de transporte al no constituir salario no se incluye en el cálculo de ninguna de las indemnizaciones que se derivan del contrato de trabajo.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 26556 del 17 de julio de 2006 con ponencia del magistrado Gustavo José Gnecco señaló:

«No encuentra la Corte una equivocación ostensible del Tribunal si no incluyó la suma correspondiente a transporte para determinar el salario de liquidación de la sanción moratoria, pues es razonable que, al no especificarse a qué concepto con exactitud correspondía el concepto “TRANSP”., allí consignado, entendiera que esa suma podría ser constitutiva del auxilio de transporte que, pese a que debe colacionarse para liquidar prestaciones sociales, no tiene naturaleza salarial, de tal manera que no debe incluirse en los cálculos para determinar el salario que sirve de parámetro para fijar el monto de una indemnización moratoria.»

Las diferentes indemnizaciones que pueden derivarse del incumplimiento de las obligaciones surgida del contrato de trabajo por parte del empleador, tienen como común denominador el salario, es decir, los pagos que son de naturaleza salarial.

Así, no se incluye el auxilio de transporte para el pago de la indemnización por despido injustificado, ni por mora en el pago de salarios y prestaciones en la liquidación del contrato de trabajo, ni por la consignación fuera de plazo del auxilio de cesantías, etc.

Auxilio de transporte en jornadas de medio tiempo.

Cuando un empleado trabaja media jornada o medio tiempo, la



jurisprudencia y la doctrina han considerado que se debe pagar el auxilio de transporte completo, puesto que el trabajador igual debe movilizarse para ir hasta la empresa a trabajar y luego regresarse a su residencia.

Ahora, si el trabajador labora 15 días en el mes, en ese caso se paga el auxilio proporcional al número de días trabajados, que en este caso sería la mitad.

Auxilio de transporte cuando el trabajador devenga un salario variable.

Un interrogante reiterativo por parte de nuestros lectores tiene que ver con el auxilio de transporte cuando se devenga un salario variable.

En primer lugar, resulta pertinente aclarar que el salario es variable cuando su monto cambia en cada período de pago, y esa variación obedece al pago de comisiones u otra figura remunerativa en función del desempeño o rendimiento del trabajador.

Cuando el salario varía como consecuencia de pago de comisiones o primas de rendimiento o productividad, significa que cada mes se debe determinar si el empleado tiene o no derecho al auxilio de transporte.

Recordemos que un trabajador tiene derecho al auxilio de transporte cuando su salario no excede de dos salarios mínimos mensuales, de manera tal que, si en un mes el trabajador devenga más de dos salarios mínimos por cuenta de comisiones o similares, no hay lugar al pago del auxilio de transporte.



PRESTACIONES SOCIALES.

Las prestaciones sociales corresponden a pagos adicionales que el empleador debe realizar al trabajador y que no corresponden a una remuneración por su trabajo, razón por la cual no se consideran salario.

Las prestaciones sociales al no ser salario no forman parte de la base para el cálculo de seguridad social, aportes parafiscales, y naturalmente que tampoco para el cálculo de los demás conceptos correspondientes a las prestaciones sociales.

Las prestaciones sociales se deben reconocer a todo trabajador vinculado mediante contrato de trabajo sin importar su duración.

Se exonera el pago de prestaciones sociales a las empresas que contratan empleados mediante la figura de salario integral, puesto que este ya incluye un factor prestacional.

Prima de servicios.

La prima de servicios es una prestación económica creada por el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, que la empresa debe pagar a sus empleados y que no constituye salario según el mismo artículo.

La prima de servicios debe ser pagada por toda empresa o persona natural que ocupe uno o más empleados.

Los únicos trabajadores que no tenían derecho a la prima de servicios eran los del servicio doméstico, situación que cambió desde la promulgación de la ley 1788 del 7 de julio de 2016.

Hasta el año 2006 no se pagaba prima de servicio a los trabajadores



transitorios u ocasionales, excepción que fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-825 de 2006, por tanto, desde esa fecha es obligatorio pagar la prima de servicios a estos trabajadores.

Valor de la prima de servicios.

Por concepto de prima de servicios se debe pagar un mes de salario por cada año trabajado o proporcional si el tiempo trabajado es menor a un año.

Así, si un trabajador gana \$2.000.000 mensuales, por cada año de trabajo tendrá derecho a \$2.000.000. Si ha trabajado sólo 6 meses, tendrá derecho a la mitad, esto es a \$1.000.000.

Salario base para el cálculo de la prima de servicios.

Para el cálculo de la prima de servicios se tiene en cuenta el promedio devengado en el semestre correspondiente, o el tiempo que llevare trabajando si es menor a los seis meses.

Pagos que se incluyen en la base para liquidar la prima de servicios.

Se debe incluir todo pago que tenga como finalidad remunerar al trabajador, y que no constituya salario, ya sea por la naturaleza del pago o por acuerdo entre las partes.

Así, dentro de la base para calcular la prima de servicio, adicionalmente al sueldo básico se incluye el valor recibido por concepto de horas extras, recargos nocturnos, festivos y dominicales, así como los pagos por comisiones.

Se incluye también dentro de la base para el cálculo de la prima de servicios,



los pagos recibidos en especie.

Por expresa disposición legal, y aunque no constituye salario, el auxilio de transporte se debe incorporar a la base para el cálculo de la prima de servicios.

La prima de servicios cuando el salario es variable.

Cuando el trabajador tiene un sueldo variable o a variado en el semestre objeto de liquidación, es preciso determinar el ingreso promedio obtenido por el trabajador durante el respectivo semestre.

Respecto a la base que se ha de tener en cuenta para el cálculo de la prima de servicios, la ley guardó silencio. Se limitó a señalar que el trabajador tiene derecho a un mes de salario por año de trabajo. En cambio, la ley definió la base claramente en las vacaciones y cesantías.

Ha sido la doctrina y la jurisprudencia los encargados de fijar la base para el cálculo de la prima de servicios, y esta se ha entendido como el promedio de lo devengado en el semestre respectivo.

La prima de servicios se liquida semestralmente, el 30 de junio y el 20 diciembre, y para ello se promedia lo devengado por el trabajador en el respectivo semestre, o si el trabajador no ha estado vinculado en el semestre completo, se promedia en los meses que correspondan, sea 2, 4 o 5, etc.

En consecuencia, así el salario sea variable o fijo, o haya tenido variación o no, se promediarán los valores correspondientes.

Fecha de pago de la prima de servicios.

Según el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, la prima de servicios se debe pagar en dos partes: la mitad hasta el último día del mes de junio, y



la otra mitad en los primeros 20 días del mes de diciembre.

La prima de servicios se debe pagar aun en los casos en que para la fecha de realizar el pago el trabajador lleve trabajando menos de seis meses. No importa cuál sea el tiempo laborado, igual se debe pagar la proporción que corresponda a dicho tiempo.

Cálculo de la prima de servicios.

Para el cálculo de la prima de servicios se utiliza la siguiente fórmula:

Salario base x días trabajados/360.

Supongamos un trabajador que ingresó el 01 de enero de 2022, y trabajó hasta el 31 de mayo de 2022, y ha devengado los siguientes valores:

- Enero: 1.200.000.
- Febrero: 1.150.000.
- Marzo: 1.250.000.
- Abril: 1.200.000.
- Mayo: 1.100.000.
- Salario promedio: 1.180.000.

Luego,

$$1.180.000 \times 150 / 360 = 491.667.$$

En este caso se ha realizado un cálculo proporcional al tiempo laborado que fue de 150 días. Igual se hace si el tiempo laborado es una semana, puesto que el trabajador tiene derecho a la prima de servicios sin importar el tiempo que lleve laborado.

Además, tenga en cuenta que cuando el trabajador ha estado vinculado todo el año, la prima se paga en dos cuotas, una en junio y la otra en diciembre, de manera que cada semestre se liquida con 180 días quedando la fórmula



así:

$$(\text{Salario} * 180) / 360$$

Es así porque se está liquidando la prima de medio año, ya sea la de junio o la de diciembre.

El único caso en que se utiliza 360 en días trabajados es cuando en junio no se liquidó la prima de servicios, de modo que en diciembre es preciso liquidar la prima completa por todo el año, y en tal caso la fórmula sería la siguiente:

$$(\text{Salario} * 360) / 360$$

Por supuesto que esto no sería lo correcto, puesto que la ley fija unas fechas precisas en las que se debe pagar la prima de servicios.

Primas extralegales.

Como su nombre lo indica, la prima extralegal está por fuera de la ley, es decir, no está contemplada por la ley, por lo que su pago depende absolutamente de la libertad y de la voluntad de las partes firmantes de un contrato de trabajo.

Prima extralegal o convencional.

La ley laboral contempla la llamada prima de servicios para todos los trabajadores, y en el caso de los trabajadores del estado, contempla una prima de vacaciones, que son legales porque la ley lo ordena.

Sin embargo, algunas empresas, ya sea de forma voluntaria, producto de un acuerdo colectivo con los sindicatos, paga primas adicionales que no están contempladas por la ley, por lo tanto, son extralegales, siendo entonces convencionales por acuerdo entre las partes.



Esto quiere decir que ningún empleado, desde el punto de vista legal tiene derecho a la prima extralegal, en el sentido que la ley no obliga a que a un determinado empleado se le pague dicha prima, pero sí tiene derecho desde el punto de vista contractual o convencional.

Obligatoriedad de la prima extralegal.

Una vez que las partes involucradas en un contrato de trabajo aprueben o acuerden el pago de una prima extralegal, el trabajador adquiere el derecho a que se le pague esa prima, pues es una obligación adquirida y derivada de un contrato que es obligatorio en todas sus partes para los firmantes.

Se puede decir entonces, que un empleado tiene derecho a una prima extralegal, cuando así se ha pactado en el contrato de trabajo.

Se puede dar el caso también que la prima extralegal no esté contenida en el contrato de trabajo y el empleador por mera liberalidad decida otorgarla, y en tal caso no es un derecho del empleado, sino un acto voluntario y espontáneo del empleador.

Naturaleza de las primas extralegales.

Las primas extralegales se pueden pactar como un ingreso no constitutivo de salarios, en razón a que no tienen carácter remunerativo, sino que corresponde a una prestación social extralegal, pero tal naturaleza debe pactarse expresamente para evitar reclamaciones futuras.

Eliminación de las primas extralegales.

Las primas extralegales que se hayan pactado en el contrato de trabajo o en una convención colectiva, no se pueden suprimir unilateralmente por parte del empleador, siendo necesario un acuerdo con el trabajador.



En el caso en que se trate de primas extralegales otorgadas por mera liberalidad por parte del empleador, este podrá suprimirlas a su arbitrio.

Cesantías.

El auxilio de cesantías consiste en un salario mensual por cada año de trabajo o proporcional si el tiempo de trabajo es menor.

Si el trabajador tiene un salario mensual de \$2.000.000 y trabaja un año completo, recibirá \$2.000.000 por concepto de cesantías. Si trabaja medio año recibirá 1.000.000, etc.

Trabajadores que tienen derecho al auxilio de cesantías.

Todos los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo tienen derecho al auxilio de cesantías, incluido el servicio doméstico, los trabajadores ocasionales o accidentales, los que estén en periodo de prueba, etc.

¿Quién paga las cesantías?

Las cesantías las debe pagar el empleador, pues es una prestación social a su cargo.

Por regla general las cesantías se deben consignar al fondo de cesantías al que esté afiliado el trabajador, y no se debe pagar las cesantías directamente al trabajador, excepto en los casos señalados a continuación.



Entrega de las cesantías directamente al trabajador.

¿Cuándo se le pueden entregar las cesantías directamente al trabajador?

Decíamos que mientras el contrato de trabajo esté vigente, el empleador no le debe entregar las cesantías al trabajador, sino que debe consignarlas en el fondo de cesantías, a no ser que concurren las siguientes situaciones.

Casos en los que el empleador puede pagar directamente al trabajador las cesantías.

Como ya lo decíamos, existen dos casos en que el empleador tiene la facultad para entregar directamente al trabajador las cesantías:

- Terminación del contrato de trabajo.
- Inversiones relacionadas con vivienda.

La primera realmente no requiere explicación. Al terminar el contrato de trabajo el empleador debe liquidar y pagar al trabajador las cesantías a que haya lugar.

El segundo caso es un poco más complejo y está regulado por el artículo 256 del código sustantivo del trabajo y los artículos 2.2.1.3.2 y 2.2.1.3.3 del decreto 1072 de 2015 y corresponde básicamente a los siguientes casos:

- Adquisición de vivienda.
- Adquisición de lote o terreno para construir la vivienda.
- Construir vivienda sobre terreno de propiedad del trabajador o de su cónyuge.
- Ampliar, modificar y reparar la vivienda propiedad del trabajador o de su cónyuge.
- Pago de hipotecas.
- Pago de impuestos que afecten realmente la casa como el impuesto predial.



Sólo en los anteriores casos el trabajador puede pagar directamente al trabajador las cesantías, y cuando el retiro sea para inversiones relacionadas con vivienda, el empleador debe verificar que el trabajador efectivamente invirtió las cesantías en lo que debía de acuerdo a la ley.

En el siguiente artículo precisa cómo y cuándo el trabajador puede retirar sus cesantías.

Sanción por pagar irregularmente las cesantías directamente al trabajador.

El artículo 254 del código sustantivo del trabajo señala claramente que está prohibido efectuar el pago parcial de las cesantías al trabajador antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos señalados por la ley (arriba abordados), y en caso de hacer esos pagos parciales directos, se perderán las sumas pagadas sin que se pueda repetir lo pagado, y eso equivale a tener que pagar dos veces las cesantías si el trabajador se lo propone.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 42752 del 2 de abril de 2014 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo manifestó lo siguiente:

«La obligación de pago de esta prestación social recae sobre el empleador, quien de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 debe consignar su valor liquidado antes del 15 de febrero del año siguiente, en una cuenta individual que para tales efectos escoja el trabajador en un fondo de cesantía. Sin embargo, puede ocurrir que el empleador incurra en el pago irregular de esta prestación, esto es, que no las consigne en un fondo sino que las entregue directamente al trabajador. Para esta clase de situaciones que no siguen los lineamientos que al respecto ha señalado la ley laboral, existe una



sanción específica que se encuentra en el artículo 254 del C.S.T. y que lo es la pérdida de lo pagado por ese concepto.»

El trabajador que reciba directamente las cesantías de forma irregular puede (no de buena fe por supuesto) exigir que el empleador consigne las cesantías al fondo como debió hacerlo inicialmente, y con seguridad lo conseguirá porque a ley es absolutamente clara en eso. De allí la recomendación de no entregar al trabajador las cesantías sino consignarlas en el fondo como lo establece la ley.

¿Quién elige el fondo de cesantías?

La ley 50 de 1990 en el numeral 3 del artículo 99 establece que será el trabajador quien deba elegir el fondo de cesantías al que se quiere afiliar, y el empleador deberá consignar allí las cesantías respectivas en los plazos previstos por la ley.

Se ha llegado a creer que al ser la empresa quien paga de su bolsillo el 100% de las cesantías, esta es quien debe elegir el fondo respectivo, lo cual no es cierto.

Es natural que las cesantías, al ser recursos del trabajador, este debe tener la facultad de elegir el fondo que personal e individualmente más le convenga.

Pérdida del derecho a al auxilio de cesantías.

La legislación laboral colombiana contempla que en determinadas situaciones un trabajador puede perder el derecho a recibir el auxilio de cesantías.

El código sustantivo del trabajo, en su artículo 250 expresa lo siguiente:

«Perdida del derecho. 1. El trabajador perderá el derecho al auxilio de



cesantía cuando el contrato de trabajo termina por alguna de las siguientes causas:

- a) Todo acto delictuoso cometido contra el patrono o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad, o el personal directivo de la empresa.*
- b) Todo daño material grave causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y*
- c) El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio grave para la empresa.*

En estos casos el patrono podrá abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta que la justicia decida.»

La existencia de los anteriores hechos no significa que por sí mismo autoricen al empresario a retener o desconocer el auxilio de cesantías al trabajador que se vea involucrado en tales comportamientos.

El empleador sólo puede retener o desconocer el derecho a las cesantías a un trabajador, una vez la denuncia penal haya hecho trámite en el juzgado penal, y será el juez quien en definitiva decida sobre la existencia o no del hecho delictuoso imputable al trabajador, y por cuya existencia éste pierde su derecho al auxilio de cesantías.

Esto quiere decir que para que el empleador pueda retener el auxilio de cesantías invocando las causales contempladas en el artículo 250 del código sustantivo del trabajo, debe primero haber interpuesto la denuncia penal ante la autoridad competente, y mientras el juez decide, entonces el empleador puede retener el respectivo pago.

Por otro lado, es preciso aclarar que la pérdida de las cesantías es efectiva



cuando el contrato de trabajo termina por las causales previstas en el artículo 250 del código sustantivo del trabajo, por lo que si a pesar de haberse presentado una de las causales mencionadas, el contrato de trabajo no se termina, el derecho a las cesantías no se pierde.

En consecuencia, para que el trabajador pierda el derecho a las cesantías el empleador debe primero dar por terminado el contrato de trabajo aduciendo las justas causas contempladas en el artículo 250 del código sustantivo del trabajo, para luego si argumentar las mismas causales para justificar su decisión de no pagar el auxilio de cesantías a que tiene derecho el trabajador.

Por regla general, los conflictos laborales son de la competencia de un juez laboral, pero en este caso específico, en el que se aduce un hecho penal, la competencia sobre la falta penal le compete exclusivamente al juez penal, pues así lo ha dicho la jurisprudencia (Corte suprema de justicia, Sentencia de noviembre 15 de 1974).

Liquidación de las cesantías.

El auxilio de cesantías es una prestación social en favor de los trabajadores que periódicamente se debe liquidar.

En algunos casos las cesantías se van provisionando mensual o quincenalmente, pero en determinados casos hay que hacer una liquidación definitiva.

¿Cuándo se deben liquidar las cesantías?

Las cesantías se deben liquidar cuando ocurra uno de los siguientes casos:

1. Cuando el contrato de trabajo termine.
2. Cuando el trabajador pase de tener un salario normal a un salario integral.



3. Cada año al con corte a 31 de diciembre.

¿Cuándo se pagan las cesantías?

El plazo para consignar las cesantías es hasta el 14 de febrero de cada año. Cuando el 14 de febrero cae en un día no hábil, el gobierno suele extender este plazo hasta el siguiente día hábil.

Cada año a 31 de diciembre se debe hacer la liquidación de las cesantías, y el valor resultante se debe consignar en fondo de cesantías al que está afiliado el trabajador.

Cuando el contrato de trabajo termina por cualquier razón, las cesantías deben ser pagadas directamente al trabajador el mismo día en que se termine y liquide el contrato de trabajo.

Veamos lo que dice el artículo 99 de la ley 50 de 1990 sobre este tema:

El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1a. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2a. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador



que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

4a. Si al término de la relación laboral existieron saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

(...)»

Aquí queda claro que:

- El plazo máximo es el 14 de febrero (antes del 15 dice la norma), o a la fecha de la terminación del contrato de trabajo.
- Si el empleador entra en mora deberá pagar un día de salario por cada día de mora.
- La consignación se debe hacer en la cuenta del fondo de cesantías que el empleado elija.

Respecto a la sanción por mora se debe precisar que esta se paga cuando el juez laboral lo ordena, por lo que es extraño que un empleador la pague voluntariamente a pesar de lo clara y precisa que es la ley.

Salario base para liquidar las cesantías.

El salario base sobre el que se deben calcular o liquidar las cesantías está dado por el artículo 253 del código sustantivo del trabajo que señala:

«Para liquidar el auxilio de cesantía se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre que no haya tenido variación en los tres (3) últimos meses. En el caso contrario y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicio o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año.»



Según la norma transcrita se pueden presentar tres situaciones diferentes:

- Salario fijo sin variación o modificación.
- Salario fijo con variación o modificación en los últimos tres meses.
- Salario variable.

Si el salario es fijo y no ha variado en los últimos tres meses, la base para la liquidación de las cesantías será el salario del último mes laborado.

Cuando el salario es variable, o cuando ha sufrido una variación en los últimos tres meses antes de la liquidación de las cesantías, es preciso promediar el salario por el último año de trabajo, o si no se ha trabajado el año completo, por la fracción de año que corresponda.

Así se liquidan las cesantías.

Ahora viene el proceso de liquidación de las cesantías. Ya se tiene la base y el monto de las cesantías, así que es hora de liquidarlas para lo cual se utiliza la siguiente formula:

Salario base x días laborados/360

El salario base se multiplica por los días trabajados, y ese resultado se divide entre 360, que son los días del año laboral.

Si el trabajador ha laborado todo el año, los días trabajados es igual a 360 y $360/360$ es igual a 1, por lo que podemos simplemente multiplicar el salario base x 1 y tendremos las cesantías de un año.

Supongamos un salario mensual de \$1.200.000 y 360 días trabajados. Con la formula sería:

$1.200.000 \times (360/360)$ y reduciendo esa fórmula tendríamos:

$1.200.000 \times 1 = 1.200.000$ donde 1 viene $360/360$



Cuando las cesantías se liquidan por períodos inferiores al año, es donde resulta útil el número de días trabajados, pues es la parte de la fórmula que determina la proporcionalidad.

Supongamos el mismo sueldo, pero con 180 días trabajados.

$$1.200.000 \times (180/360)$$

$$1.200.000 \times 0.5 = 600.000 \text{ donde } 0.5 \text{ viene de } 180/360.$$

Simplemente se dividen los días trabajados entre 360 y el resultado es el factor por el que se multiplica la base.

Ejemplo práctico del cálculo de las cesantías.

El trabajador ingresa el 15 de febrero con un salario de \$1.600.000. Liquidar las cesantías a 31 de diciembre.

Concepto:	Valor
Salario base:	1.600.000
Días laborados:	315
Cálculo:	$(1.600.000 \times 315) / 360 = 1.400.000$



Sanción por no consignar las cesantías.

Cada año a corte de 31 de diciembre el empleador debe liquidar las cesantías y consignarlas en el fondo de cesantía dentro del plazo que fija la ley, y de no hacerlo, se impone una sanción o indemnización moratoria.

Esta sanción moratoria está contemplada en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990, y consiste en un día de salario por cada día de mora en la consignación.

¿Sanción moratoria o indemnización moratoria?

Coloquialmente se utiliza el término sanción moratoria pero lo más indicado es referirnos a la indemnización moratoria, pero se ha impuesto utilizar los dos términos indistintamente para significar la misma: la consecuencia para el empleador por no consignar las cesantías.

¿En qué consiste la indemnización moratoria o sanción moratoria por no consignar las cesantías?

La sanción moratoria por no consignar oportunamente las cesantías en el fondo consiste en un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías.

Se precisa que esta sanción aplica exclusivamente cuando el empleador no consigna las cesantías en el fondo de cesantías cuando debe hacerlo, pues cuando debe pagarlas directamente al trabajador y no lo hace, aplica es la sanción del artículo 65 del código sustantivo del trabajo, como cuando se termina el contrato de trabajo.



Liquidación de la sanción o indemnización moratoria en el pago de las cesantías.

Para determinar el monto de la sanción o indemnización moratoria tomamos el salario mensual, lo dividimos entre 30 y el resultado se multiplica por el número de días de retardo en la consignación.

Así se liquida la indemnización moratoria por no consignar las cesantías.

Salario mensual	3.000.000
Valor del día de salario	3.000.000/30 = 100.000
Número de días de mora	180
Valor de la indemnización	18.000.000.

Sanción cuando la mora en la consignación de las cesantías corresponde a más de un periodo.

Supongamos que el empleador no consignó las cesantías por los años 2019, 2020, 2021 y 2022.

En ese evento no se calcula la sanción moratoria por cada uno de los años, sino que se unifican los periodos contando desde el primer periodo en mora.

En ese caso, se contabilizan los días que transcurren desde el 15 de febrero de 2020 cuando inicia la mora del primer periodo hasta cuando se realice la consignación, como por ejemplo el 20 de febrero de 2019, es decir 1.100 días.

En ese caso, la sección segunda del Consejo de estado en sentencia 18992014 del 12 de octubre de 2016, dice que se toma como base el último salario devengado por el trabajador.

La Corte suprema de justicia calcula la sanción individualmente por cada año con el sueldo de cada año, y suma los resultados. Ejemplo.

Para el 2015 se liquida con el salario de 2015 desde el 15 de febrero de 2016



cuando venció el plazo para consignarlas, hasta por 365 días. Para el 2016 toman desde el 15 de febrero de 2017 por 365 y así sucesivamente. El número de días es igual, pero como el salario cambia el resultado es el mismo.

A continuación, una tabla tomada de la sentencia 49738 del primero de marzo de 2017 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas:

Fecha	Salario	Moratoria
De 19/12/03 a 14/2/04	\$2'000.000 (f.º 178)	\$3'733.333
De 15/2/04 a 14/2/05	\$2'300.000 (f.º 176)	\$27'600.000
De 15/2/05 a 14/2/06	\$2'308.573 (f.º 180)	\$27'702.876
De 15/2/06 a 19/5/06	\$2'535.520 (f.º 181)	\$7'944.629
Total		\$66'980.838

Como en el sector privado quien condena es la justicia laboral cuya última instancia es la Corte suprema de justicia, se puede aplicar su criterio, y cuando se trate de trabajadores oficiales como docentes se aplica el criterio del Consejo de estado. Aquí se aprecia que cada año se liquida individualmente con el salario de cada año.

Lo que no se hace es: para el 2015 tomar desde el 15 de febrero de 2016 hasta el 20 de febrero de 2019, y para el 2016 tomar desde el 15 de febrero de 2017 hasta el 20 de febrero de 2019.

Si se trata de un solo periodo se causarán tantos días como corresponda al tiempo de mora, pues allí no se considera el máximo de 365 días.

Requisitos para que proceda la sanción moratoria en la consignación de cesantías.

Para que la sanción moratoria por no consignar las cesantías proceda, es necesario que la actitud del empleador esté revestida de mala fe.



Así lo ha expresado la sala laboral de la Corte suprema de justicia en reiterada jurisprudencia, de manera que esta sanción no procede de forma automática ni va a ser reconocida de oficio por el empleador.

Ha dicho la corte en la sentencia referida unas líneas atrás:

«En lo que toca con las sanciones moratorias consagradas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del Código Sustantivo de Trabajo, le corresponde a la Sala precisar, si el actuar de las empresas apelantes, estuvo o no precedido de la buena fe.

(...)

Bajo tales premisas, a más de lo decidido en sede de casación, estima la Sala que el actuar de las demandadas no estuvo acompañado de la buena fe.

Desde este punto de vista, la conducta de las demandadas, no fue recta y leal, puesto que no es comprensible que la contratación fraudulenta y extendida en el tiempo, en lo que tiene que ver con las condiciones de uso del servicio temporal de colaboración a cargo de las EST y el desbordamiento de los límites establecidos en la Ley 50 de 1990, así como liquidación y pago directo de las cesantías resultado de la aparente terminación de los contratos de trabajo y, en consecuencia, por períodos inferiores a los que correspondía, está desprovista de la buena fe, que no exime de las condenas indemnizatorias, por mora impetradas.»

En consecuencia, el trabajador tendrá que demandar al empleador para poder cobrar esa sanción y si el empleador no desvirtúa la mala fe en su proceder, el juez lo condenará a su pago.



Sanción moratoria por el no pago de las cesantías prescribe.

Como todas las deudas laborales, la sanción o indemnización moratoria por no consignar las cesantías están sujetas al fenómeno de la prescripción, por lo tanto, el derecho debe ejercerse oportunamente.

El momento de la prescripción empieza a correr desde la fecha en que vence el plazo para consignar las cesantías al fondo.

¿Hasta cuándo se debe pagar la sanción moratoria en las cesantías?

La sanción por la no consignación de las cesantías corre hasta la fecha en que se consigne en el fondo, o hasta que la sanción prescriba por el paso del tiempo.

Cuando termina contrato de trabajo deja de causarse la sanción moratoria y empieza a correr la indemnización moratoria por no pagar la liquidación del contrato de trabajo, por cuanto a partir de ese momento se aplica el artículo 65 del código sustantivo del trabajo.

Es decir que las dos sanciones no son concurrentes, sino que termina una empieza la otra, como se advierte en la misma sentencia antes referida:

«Por último, en lo que corresponde a la «doble condena por el mismo concepto» a que alude la alzada, en virtud a que el fallo de primer grado dispuso la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, ambas a partir del 20 de mayo de 2006, tiene razón la parte pasiva y, en tal sentido, se modificará la decisión impugnada.»

La corte tumbó esa doble sanción impuesta en primera instancia por improcedente.



¿A quién se paga la sanción moratoria?

La sanción moratoria se paga al trabajador directamente junto con las demás condenas que imponga el juez.

Si bien las cesantías se deben consignar en el fondo de cesantía durante la ejecución del contrato, la sanción aplicable por su no consignación se paga al empleado, y nunca se consignan en el fondo.

Sanción por no consignar las cesantías en pagos parciales de las cesantías.

El hecho de consignar parcialmente tiene la misma incidencia que no consignar nada, por lo que el hecho sancionable sigue existiendo.

Así lo ha recordado la Sala Laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia del 3 de julio de 2009, expediente 40509 con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos:

«No sería acorde con este principio, ni con el aludido propósito implícito de la citada disposición que hace parte del conjunto normativo que regula el sistema de cesantías sin retroactividad, si se aceptase la distinción establecida por el a quo consistente en que se exceptúan los efectos sancionatorios, de forma automática, para el caso de la consignación deficitaria de las cesantías al igual que si se hubiese hecho esta de forma total. Ni que decir de las consecuencias perversas que esta interpretación podría traer, pues bastaría con que el empleador consignase cualquier valor por cesantías, para enervar los efectos de la norma, no obstante que con dicho proceder se estaría perjudicando al trabajador y al sistema de administración de cesantías. Con tal interpretación se debilitaría la protección que el legislador quiso dar a las cesantías en el nuevo sistema, en compensación a la pérdida de la retroactividad, porque se estaría flexibilizando el plazo



que, de forma perentoria, fijó la ley para realizar la consignación; es claro que la norma ordena la consignación del valor de las cesantías correspondientes a 31 de diciembre de cada año, antes del 14 de febrero del año siguiente; si, a esta fecha, solo se efectúa un pago parcial, no se está atendiendo el plazo legal, pues es bien sabido que el pago parcial no extingue la obligación. Por lo anterior, esta Sala se aparta de la interpretación del ad quem que conlleva la exclusión de la aplicación de los efectos contenidos en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el caso de la consignación deficitaria de cesantías. En esta dirección, se ha de decir que la consecuencia contenida en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 está prevista tanto para el pago parcial como para el no pago.»

Vale decir que el monto de la sanción no se disminuye en proporción a los valores efectivamente consignados, por cuanto la base para calcular la sanción no es el valor de las cesantías sino el monto del salario, ya que la sanción es un día de salario por cada día de retardo.

Retiro de las cesantías por parte del trabajador.

El trabajador puede retirar sus cesantías si cumple los requisitos que la ley ha considerado y que a continuación señalamos. El retiro puede ser parcial o total.

Recordemos que las cesantías constituyen un ahorro del trabajador para cuando quede cesante (desempleado), pero la ley autoriza que se puedan hacer retiros anticipados o parciales de las cesantías para determinados usos.

¿Cuándo puedo retirar las cesantías?

Usted puede retirar las cesantías cuando termine el contrato de trabajo, pues



la finalidad de las cesantías es que el trabajador tenga un ahorro precisamente para cuando termine de trabajador, y cuando requiera destinarlas para los usos que la ley ha autorizado.

Retiro parcial o anticipado de las cesantías.

Cuando el contrato de trabajo está vigente usted puede retirar parcialmente las cesantías en los siguientes casos:

- Para financiar vivienda.
- Para financiar la educación.
- Para comprar acciones en las empresas del estado

Requisitos para el retiro parcial de las cesantías.

Dependiendo del por qué o para qué retira las cesantías así mismo son los requisitos que se deben cumplir y los documentos que se deben anexar.

Retiro de las cesantías para financiar vivienda.

El trabajador puede retirar las cesantías para los siguientes usos según el artículo del decreto 1072 de 2015:

- Adquisición de vivienda con su terreno o lote.
- Adquisición de terreno o lote solamente.
- Construcción de vivienda, cuando ella se haga sobre lote o terreno de propiedad del trabajador interesado, o de su cónyuge.
- Ampliación, reparación o mejora de la vivienda de propiedad del trabajador o de su cónyuge.
- Liberación de gravámenes hipotecarios o pago de impuestos que afecten realmente la casa o el terreno edificable de propiedad del trabajador, o su cónyuge.



- Adquisición de títulos de vivienda sobre planes de los empleados o de los trabajadores para construcción de las mismas, contratados con entidades oficiales, o privadas.

La vivienda puede ser del trabajador o de su cónyuge o compañero permanente.

No se pueden retirar las cesantías para financiar la vivienda de padres ni hermanos, ni otro familiar; este beneficio es exclusivo para el cónyuge y por su puesto para el trabajador.

Documentos y requisitos.

A continuación, se presentan los documentos y requisitos que se requieren para las distintas solicitudes de retiro que se pueden presentar.

En la compra de vivienda nueva o usada.

- Formato de retiro de las cesantías.
- Promesa de compraventa
- Carta del empleador autorizando el retiro de las cesantías.
- Promesa de compraventa (Con firmas autenticadas de ambas partes)
- Certificado de libertad y tradición, no superior a 30 días de expedición
- Fotocopia de la carátula del inmueble.
- Fotocopia de la cédula del empleado y vendedor.

En construcción o mejoramiento de vivienda.

- Formato de retiro de las cesantías.
- Carta del empleador autorizando el retiro de las cesantías.
- Contrato civil de obra con el que se construirá o remodelará la vivienda.



- 3 cotizaciones.
- Certificado de libertad y tradición, no superior a 30 días de expedición.
- Fotocopia de la carátula del inmueble.
- Fotocopia de la cédula del empleado
- Certificado de extracto o certificado de saldos según el fondo que corresponda

En el pago o amortización de créditos hipotecarios.

- Formato de retiro de las cesantías.
- Carta del empleador autorizando el retiro de las cesantías.
- Certificado bancario de la deuda o extracto bancario.
- Fotocopia de la cédula del empleado.
- Certificado de libertad y tradición no superior a 30 días de expedición.
- Certificado de extracto o certificado de saldos según del fondo de cesantías.

Retiro de las cesantías para financiar educación.

Las cesantías se pueden retirar para pagar educación en los siguientes usos:

- Estudios superiores
- Estudios de programas técnicos conducentes a certificados de aptitud ocupacional, debidamente acreditados, que imparten educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano del empleado.
- Pago de deudas al ICETEX.
- Pago o compra de seguros educativos.

Los beneficiarios de estos pagos serán:

- El trabajador.



- Cónyuge, compañero o compañera permanente.
- Hijos.

Documentos y requisitos:

- Formato de retiro de las cesantías diligenciado.
- Carta del empleador autorizando el retiro de las cesantías.
- Copia del recibo de pago de la institución educativa o certificación de la institución educativa donde conste: nombre del estudiante, nombre de la carrera, valor de la matrícula o semestre a realizar.
- Resolución de aprobación donde indique que es una entidad de educación para el trabajo y el desarrollo humano.
- Estado de cuenta que emite el ICETEX o movimiento de cuenta en la cual se refleje el nombre del estudiante y valor de la deuda.

Retiro de cesantías para estudios en el exterior.

La ley permite retirar las cesantías para financiar estudios en el exterior.

Documentos y requisitos:

- Solicitud de retiro de cesantías debidamente diligenciada.
- Documento de identificación del trabajador.
- La institución de educación superior en el exterior debe expedir una certificación en donde conste:
- Admisión al programa educativo del beneficiario.
- Área específica de estudio.
- Recibo original pendiente de pago de la matrícula.
- Certificación original emitida por el ente estatal que le corresponda, en el país sede de la institución de educación superior a la que se va a ingresar, en donde se acredite que la institución es técnica profesional, institución universitaria, escuela tecnológica o universidad.



Los documentos que estén en otro idioma deben tener traducción oficial.

Retiro de cesantías para la compra de acciones del estado.

Las cesantías pueden ser retiradas parcialmente para comprar acciones de empresas del estado como Ecopetrol.

Documentos y requisitos.

- Formulario de solicitud de retiro de cesantías.
- Comprobante de adjudicación de acciones indicando el valor y los datos del vendedor o comisionista de bolsa según el caso.
- Documento de identificación original del consumidor financiero o apoderado.
- Copia del documento de identificación del trabajador.

Retiro total de las cesantías.

En los siguientes casos el trabajador puede retirar la totalidad de las cesantías que tenga acumuladas en el respectivo fondo.

- Terminación del contrato de trabajo.
- Cambio a salario integral.
- Fallecimiento del trabajador.

Retiro de las cesantías por la terminación del contrato de trabajo.

Cuando se termina el contrato de trabajo se materializa el objetivo para el que fueron creadas las cesantías, por lo tanto, surge para el trabajador el derecho a retirar la totalidad de las cesantías ahorradas.



Documentos y requisitos.

- Solicitud de retiro de las cesantías.
- Autorización del empleador para retirar las cesantías.
- Constancia o certificación de la terminación del contrato de trabajo.
- Documento de identidad del trabajador.

Retiro de las cesantías por cambio a salario integral.

Cuando el trabajador está remunerado con un salario normal y pasa a un salario integral, se liquidan las cesantías a la fecha y se le entregan al trabajador conforme el numeral 4 del artículo 132 del código sustantivo del trabajo.

Esto en razón a que el salario integral ya incluye el auxilio de cesantías, así que en adelante no recibirá más cesantías pudiendo retirar las que se hayan acumulado a la fecha de cambio de modalidad de salario.

Documentos y requisitos.

- Solicitud de retiro de cesantías.
- Autorización del empleador para el retiro de las cesantías donde se certifique el cambio a salario integral.
- Copia del documento de identidad del trabajador.

Retiro de cesantías por fallecimiento del trabajador.

Las cesantías deben ser retiradas por los herederos que tengan derecho así que la documentación exigida es más estricta.

Documentos y requisitos.

- Solicitud de retiro de cesantías.
- Documento de identificación del afiliado fallecido



- Documento de identificación de los beneficiarios que reclaman.
- Registro civil de defunción.
- Documentos que acrediten la calidad de beneficiario:
 - Cónyuges: registro civil de matrimonio.
 - Compañeros permanentes: dos declaraciones extra juicio hechas ante notario, donde se especifique el tiempo y lugar de convivencia.
 - Padres: registro civil de nacimiento del afiliado.
- Carta del empleador notificando el fallecimiento del Afiliado y los nombres de sus beneficiarios.
- Dos edictos en original o copia según lo dispuesto por el Artículo 212 del CST.

Dependiendo del fondo de cesantías y del empleador, los documentos que se solicitan pueden cambiar, y lo mismo el contenido de estos, por lo tanto, lo aquí expuesto es apenas orientativo.

Retiro de cesantías por emergencia Covid – 19

En ocasión a la emergencia social causada por el Coronavirus o Covid – 19, el gobierno emitió el decreto 488 de 2020 que permite a los trabajadores retirar parte de sus cesantías a fin de solventar su eventual pérdida de ingresos, con una menor exigencia de requisitos.

Trabajadores que pueden retirar las cesantías por la emergencia social.

Los trabajadores que pueden retirar las cesantías en ocasión a la emergencia social derivada del Covid – 19, son aquellos que hayan visto disminuidos sus ingresos precisamente por causa de la emergencia.

Es decir, aquellos trabajadores que han sido despedidos, o aquellos que no han sido despedidos pero que han visto disminuidos sus ingresos por disminución de horas de trabajo, o disminución de salario por acuerdo con



el empleador, etc.

Requisitos para retirar las cesantías por la emergencia social.

Para poder retirar las cesantías argumentando la emergencia social, el único requisito que se exige es la certificación de pérdida o disminución de ingresos expedida por el empleador.

El empleador debe certificar el monto o valor en el que el trabajador ha visto disminuido sus ingresos, en función del salario que devengaba normalmente el trabajador.

Si la causa es el haber quedado desempleado, se entiende que se debe adjuntar la carta de despido.

Monto de las cesantías que puede retirar el trabajador.

El trabajador no puede retirar la totalidad de las cesantías que tenga en el fondo; se le permite retirar mensualmente un monto igual al salario que ha perdido, es decir, el equivalente al monto en que se disminuyeron sus ingresos por cuenta de la emergencia social.

Así, el trabajador que fue despedido y tenía un salario de \$1.200.000 mensuales, podrá retirar mensualmente la suma de \$1.200.000.

Si el trabajador tenía un salario mensual de \$2.000.000 y pasó a devengar \$1.000.000, podrá retirar cesantías por un monto mensual de hasta \$1.000.000, a fin de que pueda compensar con las cesantías el ingreso perdido por cuenta de la emergencia social.

Retiro se permite solo en fondos privados de cesantías.

El artículo 3 del decreto 488 del 2020 señala que esa disposición aplica exclusivamente para retiros de los fondos administrados por entidades privadas, de manera que quienes tengan sus cesantías en el fondo nacional de ahorro, por ejemplo, no podrán retirarlas alegando esta causa.



El retiro de las cesantías en estas condiciones será posible por el tiempo que permanezcan las condiciones que dieron origen a la situación de emergencia, según lo señala el artículo 3 del decreto 488 de 2020.

Intereses sobre cesantías.

El empleador debe pagar a sus empleados intereses sobre las cesantías que tenga acumuladas a 31 de diciembre, a una tasa del 12% anual.

Los intereses se deben pagar a más tardar al 31 de enero, y se pagan directamente al empleado, esto es, que a diferencia de las cesantías que se deben consignar en un fondo, en el caso de los intereses sobre cesantías se deben pagar al empleado.

Cuando se liquida un contrato de trabajo, o cuando se hace una liquidación parcial de cesantías, los intereses sobre cesantías se deben pagar a más tardar antes de finalizar el mes siguiente a la fecha de liquidación de las cesantías.

En cualquier caso, los intereses sobre las cesantías se calculan sobre el saldo acumulado a la fecha en que se haga la liquidación.

Los intereses sobre cesantías son del 12% anual, o proporcional por fracción de año. Este punto es muy importante puesto que no se puede aplicar un 12% sobre el saldo acumulado a 31 de diciembre, cuando el empleado solo ha laborado seis meses, por tanto, en este caso se debe aplicar el interés según la proporción del tiempo laborado.

Supongamos un empleado que inició a trabajar el 01 de julio y a 31 de diciembre tiene cesantías acumuladas de \$1.000.000.

Si aplicáramos directamente el 12% sobre el saldo, esto es \$1.000.000, tendríamos unos intereses de \$120.000.



Aplicando la proporción según el tiempo laborado que es lo correcto, se tiene que el empleado sólo trabajó 180 días, por tanto, la liquidación será:

$$(1.000.000 \times 180 \times 0,12) / 360 = 60.000.$$

Por último, es importante aclarar que los intereses sobre cesantías son diferentes a los rendimientos financieros que deben reportar los fondos que administran las cesantías del empleado.

¿A quién se pagan los intereses sobre cesantías?

Contrario al auxilio de cesantía, que se debe consignar en el respectivo fondo de cesantías, los intereses sobre cesantías se pagan directamente al trabajador dentro del mes siguiente a la fecha de liquidación.

Así se desprende de la lectura del numeral 2 del artículo 99 de la ley 50 de 1990:

«El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.»

La norma claramente señala que ese valor se cancelará al trabajador, contrario a lo que la ley señala para el caso del auxilio de cesantías, donde el numeral 3 del mismo artículo dice:

«El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.»



No que duda entonces que los intereses sobre cesantías se pagan directamente al trabajador, lo que se puede hacer junto con la nómina respectiva.

Intereses sobre cesantías y rendimientos financieros.

El fondo de cesantías debe pagar unos rendimientos financieros sobre el saldo de cesantía que el trabajador tiene acumulado en el fondo, rendimientos que son diferentes a los intereses sobre cesantías que el empleador debe pagar al trabajador.

En consecuencia, una cosa son los intereses sobre las cesantías que el empleador debe pagar directamente al trabajador, y otra cosa muy diferente son los rendimientos financieros (intereses) que el fondo de cesantías debe liquidar sobre los saldos que el trabajador tiene en su cuenta.

Cada uno, empleador y fondo de cesantías, debe pagar lo que le corresponde. El primero paga directamente al trabajador y el segundo abona los intereses a la cuenta individual donde el trabajador tiene sus cesantías.

Sanción o indemnización por no pagar oportunamente los intereses sobre las cesantías.

Si el empleador incumple con la obligación de pagar al trabajador los intereses sobre las cesantías dentro de los plazos establecidos por la norma, debe pagar una sanción o indemnización equivalente al 100% del valor de los intereses.

Así lo dispone el artículo 2.2.1.3.8 del decreto 1072 de 2015:

«Si el empleador no pagare los intereses dentro de los plazos señalados en el presente capítulo, deberá pagar al trabajador, a título de indemnización y por cada vez que incumpla, una suma adicional



igual a dichos intereses, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes.»

Recordemos que el plazo para pagar los intereses sobre las cesantías vence el 31 de enero siguiente cuando la liquidación se hace a 31 de diciembre, que es la fecha normal de liquidación.

Si por terminación del contrato de trabajo la liquidación de los intereses sobre las cesantías se hace en una fecha distinta al 31 de diciembre, estos se deben pagar a la terminación del contrato.

Base para el cálculo de los intereses sobre cesantías.

En cualquier caso, los intereses sobre las cesantías se calculan sobre el saldo cumulado a la fecha de liquidación, sea esta el 31 de diciembre o cualquier otra por cuestión de terminación del contrato de trabajo.

Los intereses sobre cesantías son del 12% anual, o proporcional por fracción de año cuando el tiempo a calcular sea inferior a un año. Este punto es muy importante, puesto que no se puede aplicar un 12% sobre el saldo acumulado a 31 de diciembre cuando el empleado sólo ha laborado seis meses, por ejemplo, por tanto, en este caso se debe aplicar el interés según la proporción del tiempo laborado.

Fórmula para calcular los intereses sobre cesantías.

La fórmula para calcular los intereses sobre cesantías es la siguiente:

(Cesantías acumuladas x días trabajados x 0.12) /360

El punto es que en la fórmula para liquidar los intereses sobre cesantías se toman tres variables a considerar:

- Variable 1. Valor acumulado de las cesantías a la fecha de corte o de



liquidación de los intereses.

- Variable 2. Periodo que se va a calcular. Esto es el tiempo que el trabajador ha estado vinculado, o el tiempo que ha pasado desde el último corte y cálculo de intereses. En esta variable se escribe 360 días si ese periodo ha sido de un año, o los que corresponden si se periodo es inferior a un año.
- Variable 3. Tasa o porcentaje de interés que es del 12%, que convertido a decimales es 0.12

Todo lo anterior se divide entre 360 para determinar el interés que corresponde. Descargue fórmula en Excel donde sólo hay que reemplazar el saldo acumulado de cesantías y los días a calcular.

Recuerde que antes de aplicar esta fórmula debe liquidar las cesantías, pues como su nombre lo indica, los intereses sobre cesantías se calculan es sobre las cesantías, de manera que estas se han de calcular y liquidar con anterioridad.

Los intereses sobre cesantías se deben provisionar mensualmente cada vez que se liquida la respectiva nómina [Puede hacerse quincenal o semanalmente, según sea el periodo de pago], y para ello, todo lo que se debe hacer es aplicar el 12% sobre el valor de las cesantías determinadas en cada liquidación mensual. El resultado final será el mismo que si se aplicara el 12% sobre el acumulado a final de año, siempre que no haya variado el salario base sobre el cual se calculan las cesantías, pues de existir variación en los últimos tres meses, las cesantías se deben calcular sobre el promedio mensual.

En todo caso la provisión se puede ajustar al valor real al realizar la liquidación definitiva de los intereses sobre las cesantías.



Ejemplo de intereses sobre cesantías.

Supongamos un empleado que inició a trabajar el 01 de julio y a 31 de diciembre tiene cesantías acumuladas de \$1.000.000.

Si aplicáramos directamente el 12% sobre el saldo, esto es \$1.000.000, tendríamos unos intereses de \$120.000, lo que es incorrecto por cuanto el trabajador sólo ha estado trabajando por 6 meses.

Aplicando la proporción según el tiempo laborado, que es lo correcto, tendremos que el empleado sólo trabajó 180 días, por tanto, la liquidación será:

$$(1.000.000 \times 180 \times 0,12) / 360 = 60.000.$$

Como podemos observar, \$60.000 es exactamente la mitad de lo que le hubiera correspondido si hubiera trabajado todo el año, pero como no trabajó sino medio año, únicamente le corresponde la mitad.

En nuestro ejemplo hemos tomado como base unas cesantías acumuladas de \$1.000.00 a 31 de diciembre, es decir, que hemos omitido el proceso de determinar el valor de las cesantías, que se supone ya están calculadas al momento de calcular los intereses sobre las cesantías.

En ese ejemplo de \$1.000.000 acumulado no hemos considerado el salario, pues es un paso previo del que no nos ocupamos en esta nota, y del que nos ocupamos en la nota ¿Cómo se liquidan las cesantías?

Sanción por consignar extemporáneamente las cesantías en el fondo está supeditada a la existencia de mala fe.

El numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1999 dispuso que antes del 15 de febrero se deben consignar las cesantías que se deben liquidar a 31 de



diciembre, y por su incumplimiento contempla como sanción el pago de un día de salario por cada día de retardo, pero dicha sanción no es automática, sino que procederá sólo si el retardo se ha producido a que el empleador ha actuado de mala fe.

Así lo ha afirmado infinidad de veces la sala laboral de la Corte suprema de justicia, quien ha considerado que para la sanción a que se refiere el artículo 99 de la ley 50 de 1990, opera el mismo principio aplicado a la sanción contemplada por el artículo 65 del código sustantivo del trabajo.

En la sentencia del 21 de abril de 2009, radicación 35414 con ponencia del magistrado Luis Javier Osorio López, la sala laboral de la Corte suprema de justicia manifestó:

«En segundo (SIC) lugar, cabe decir, que en lo referente a estas dos clases de indemnizaciones moratorias, por la no consignación al fondo de cesantías consagrada en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la causada a la terminación de la relación laboral por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales debidas dispuesta en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, como lo pone de presente la censura, que es criterio de la Sala que ambas por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador.»

De acuerdo a ese criterio jurisprudencial, para que el trabajador al que le han consignado tarde las cesantías puede hacer efectiva la sanción que se merece el empleador, debe recurrir a una demanda laboral para que el juez entre a valorar si en la conducta del empleador existió mala fe, lo que hace imposible que en la mayoría de los casos se penalice al empleador que consigne extemporáneamente las cesantías, puesto que mientras el



trabajador esté vinculado a la empresa no se arriesgará a iniciar una reclamación judicial. Nadie que tenga la suerte de tener un trabajo se pondrá a demandar a la empresa porque se le demoró un mes o más en consignar sus cesantías. Las demandas sólo se presentarán luego de terminado el contrato de trabajo, por lo que resulta obvio que el criterio de la Corte no es para nada garantista con los derechos del trabajador.

Este criterio puede ser razonable respecto al artículo 65 del código sustantivo del trabajo, donde la demanda se puede presentar únicamente después de terminado el contrato, no en el caso que nos ocupa en donde se debe demandar estando vigente la relación laboral.

Sanción por no consignar cesantías y por no pagar la liquidación a la terminación del contrato no son concurrentes.

La sanción por no consignar las cesantías al fondo elegido por el trabajador dentro del plazo fijado por la ley (hasta el 14 de febrero de cada año), y la sanción por no pagar la “liquidación” a la terminación del trabajo contemplada por el artículo 65 del código sustantivo del trabajo no son concurrentes.

Dice el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990:

«El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.»

A su turno dice el artículo 65 del código sustantivo del trabajo:

«Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador



los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. (...)»

Puede suceder que el empleador durante los últimos años no haya consignado las cesantías y se haga merecedor de la sanción contemplada por la ley 50 de 1990, y que al terminar el contrato de trabajo tampoco pague oportunamente los valores adeudados por salarios y prestaciones sociales conceptos que popularmente se conocen como liquidación, y en razón a ello se haga merecedor a la sanción a que se refiere el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, pero ocurridos los dos casos, las dos sanciones no pueden concurrir y la segunda reemplaza la primera, como lo ha explicado la sala laboral de la Corte suprema de justicia en varia sentencias, entre ellas la 14379 del 27 de marzo de 2001, con ponencia del magistrado Luis Gonzalo Toro:

«Existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, con la que surge frente a la falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando finaliza el contrato de trabajo y no ha habido consignación oportuna de saldos de cesantía por uno o varios años anteriores, la indemnización moratoria ocasionada por ello, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, será pagadera solo hasta el momento en que se termina la relación laboral, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios, porque en caso de incumplimiento en este



último evento la que opera es la moratoria contenida en el artículo 65 ya citado. Es importante advertir y reiterar que la sanción moratoria originada en la falta de consignación oportuna de la cesantía causada a 31 de diciembre, en los términos del artículo 99 de la ley 50 de 1990, cesa cuando empieza a pagarse la moratoria derivada del artículo 65 del C.S.T., pues aquella rige mientras está vigente el contrato y está a partir de cuando fenece. Es que no puede decirse que si por no pagar la totalidad de la cesantía, por la cual se impone una indemnización (art. 65 C.S.T.), pueda seguir corriendo aquella que viene derivada de la falta de consignación de una parte de dicha cesantía. (art.99 Ley 50 de 1990).»

Esta posición jurisprudencial fue reiterada en sentencia de la sala laboral de la Corte suprema de justicia número 35603 del 01 de febrero de 2011, con ponencia del magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas.

Quiere decir esto que la sanción por no consignar las cesantías oportunamente se aplica hasta la terminación del contrato, y seguidamente se aplica la sanción contemplada en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo. Tampoco se debe entender que el empleador queda exonerado de la sanción por la no consignación de las cesantías, pues esta se aplica hasta la terminación del contrato de trabajo.

Por último, vale recordar que ninguna de las sanciones opera de forma automática o de pleno derecho, sino que corresponde al juez que la imponga analizar y determinar si existió mala fe del empleador que incurrió en los hechos sancionables.

Sanción por no consignar las cesantías aplica aun cuando se hayan consignado parcialmente.

Como ya lo hemos visto, la sanción que contempla el numeral 3 del artículo



99 de la ley 50 de 1990 por la no consignación de las cesantías oportunamente en el respectivo fondo, consistente en un día de salario por cada día de retardo aplica también en los casos en que no se consignan los valores completos.

El hecho de consignar parcialmente tiene la misma incidencia que no consignar nada, por lo que el hecho sancionable sigue existiendo.

Así lo ha recordado la Sala Laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia del 3 de julio de 2009, expediente 40509 con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos:

«No sería acorde con este principio, ni con el aludido propósito implícito de la citada disposición que hace parte del conjunto normativo que regula el sistema de cesantías sin retroactividad, si se aceptase la distinción establecida por el a quo consistente en que se exceptúan los efectos sancionatorios, de forma automática, para el caso de la consignación deficitaria de las cesantías al igual que si se hubiese hecho esta de forma total. Ni que decir de las consecuencias perversas que esta interpretación podría traer, pues bastaría con que el empleador consignase cualquier valor por cesantías, para enervar los efectos de la norma, no obstante que con dicho proceder se estaría perjudicando al trabajador y al sistema de administración de cesantías. Con tal interpretación se debilitaría la protección que el legislador quiso dar a las cesantías en el nuevo sistema, en compensación a la pérdida de la retroactividad, porque se estaría flexibilizando el plazo que, de forma perentoria, fijó la ley para realizar la consignación; es claro que la norma ordena la consignación del valor de las cesantías correspondientes a 31 de diciembre de cada año, antes del 14 de febrero del año siguiente; si, a esta fecha, solo se efectúa un pago parcial, no se está atendiendo el plazo legal, pues es bien sabido que el pago parcial no extingue la obligación. Por lo anterior, esta Sala se



aparta de la interpretación del ad quem que conlleva la exclusión de la aplicación de los efectos contenidos en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el caso de la consignación deficitaria de cesantías. En esta dirección, se ha de decir que la consecuencia contenida en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 está prevista tanto para el pago parcial como para el no pago.»

Vale decir que el monto de la sanción no se disminuye en proporción a los valores efectivamente consignados, por cuanto la base para calcular la sanción no es el valor de las cesantías sino el monto del salario, toda vez que la sanción es un día de salario por cada día de retardo.

Pérdida del derecho a las cesantías.

Según el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo el empleado pierde el derecho a las cesantías en los siguientes casos:

- «a) Todo acto delictuoso cometido contra el patrono o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad, o el personal directivo de la empresa.*
- b) Todo daño material grave causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y*
- c) El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio grave para la empresa».*

Cuando exista desacuerdo respecto de las causas que originan la pérdida del auxilio de cesantías, el empleador podrá abstenerse del pago de las cesantías hasta que la autoridad competente decida.



En un proceso laboral no se puede exigir el pago de las cesantías retenidas por el empleador a causa de una conducta punible endilgada al trabajador.

Cuando el trabajador incurre en una conducta punible que afecte los intereses del empleador, este puede retener las cesantías (artículo 250 CST) y proceder a entablar una demanda penal contra el trabajador, y mientras se resuelve la demanda penal, el trabajador no puede exigir el pago de esas cesantías retenidas por medio de una demanda laboral, puesto que el juez laboral no puede decidir hasta tanto el juez penal decida sobre la culpabilidad o no del trabajador.

La finalidad que persigue la norma al facultar al empleador que retenga las cesantías al trabajador, es permitir que éste pueda recuperar por lo menos parte de lo que ha perdido por culpa del trabajador, de manera que esa retención no tiene la naturaleza de sanción sobre la que pueda decidir el juez laboral, sino que es un mecanismo de reparación o indemnización sobre el que debe decidir la justicia penal.

En una antigua sentencia (octubre 10 de 1991, expediente 4470 MP Hugo Suescún Pujols), aún vigente por cuando la norma sobre la que se sustenta sigue vigente, la sala laboral de la Cortes suprema de justicia se pronunció sobre este tema de la siguiente forma:

«Lo cierto es que la justicia penal, que es la competente, no ha perdido su capacidad para pronunciarse sobre si existió o no el delito, no podría en el proceso laboral anticiparse una condena por una prestación social que no puede decirse todavía que el empleador esté obligado a pagar, o por lo menos no se sabe en qué monto, puesto que de la suma que resultara del auxilio de cesantía habría que deducir lo correspondiente a la indemnización de que trata el artículo 12 de la Ley 6a. de 1.945, el cual dispone: "En caso de delitos contra la empresa o contra sus directores o trabajadores, por causa y con ocasión de



trabajo, así como en el caso de graves daños causados a la empresa, el patrono podrá retener el correspondiente auxilio de cesantía hasta que la justicia decida sobre la indemnización que el trabajador deba pagar, a la cual se aplicarán en primer término los auxilios retenidos".»

Una vez interpuesta la demanda penal, al trabajador no lo queda otro camino que esperar la decisión de la justicia penal para proceder en consecuencia.

En lugar de exigir el pago de las cesantías retenidas mediante un proceso judicial, lo que el trabajador debe hacer es defenderse en la instancia penal para conseguir que desaparezca la razón que permitió al empleador retener las cesantías.

Dotación.

La dotación es una prestación social a la que tienen derecho los trabajadores y que los empleadores están obligados a entregar en las fechas previstas por la ley.

La dotación está regulada por los artículos 230 y siguientes del código sustantivo del trabajo.

Trabajadores que tienen derecho a la dotación.

Tienen derecho a la dotación todos los trabajadores que devenguen hasta dos salarios mínimos mensuales.

Además, para tener derecho a la dotación dice el artículo 230 del código sustantivo del trabajo que a la fecha de la entrega de la dotación el trabajador debe llevar más de tres meses vinculado con la empresa.



«Tiene derecho a esta prestación el trabajador que en las fechas de entrega de calzado y vestido haya cumplido más de tres (3) meses al servicio del empleador.»

Es de precisar que todos los trabajadores tienen derecho a la dotación, es decir, a los operativos, administrativos, comerciales, vendedores, etc., y la dotación se debe adaptar a las necesidades de cada uno según el trabajo que desarrollan.

Dotación en trabajadores que no tienen derecho a ella.

Si un trabajador por ley no tiene derecho a la dotación, pero el empleador quiere que la utilice, debe suministrársela y no puede cobrarle ni descontarle valor alguno al trabajador.

Esa dotación voluntaria para el empleador tiene sentido cuando este quiere que todos en la empresa estén uniformados, y esa es una decisión autónoma del empleador y este no le puede trasladar al trabajador ninguna consecuencia o costo.

¿Trabajadores que laboran por días tienen derecho a la dotación?

Hay trabajadores que laboran por días, ya sea 1 o 2 días a la semana, o incluso 1 o 2 días al mes. ¿Estos trabajadores tienen derecho a la dotación?

Respecto a los trabajadores que laboran por días no hemos encontrado doctrina ni jurisprudencia que aborden este tema, así que expondremos nuestra opinión al respecto, aunque se puede tomar como referencia el concepto del ministerio del trabajo número 21784 del 14 de febrero de 2013,



donde se aborda la obligación de suministrar la dotación en los contratos de trabajo de medio tiempo.

En ese concepto dice el ministerio:

«En ese orden de ideas, nuestra legislación no hace ningún tipo de pronunciamiento sobre la jornada de trabajo, para hacer diferencia sobre la obligación del empleador de entregar dotación al trabajador, lo que conlleva a que existan solo dos exigencias para que el trabajador tenga derecho a su dotación, la primera, que tenga un salario inferior a DOS (2) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, y que el tiempo de vinculación a la empresa no sea inferior a cuatro meses.»

Por analogía podemos aplicar esa interpretación al caso en que se labore sólo unos días al mes o a la semana, caso en el cual, según podemos interpretar del concepto transcrita, se toma como referencia el sueldo mensual que se devengue el trabajador y si ese no supera los dos salarios mínimos, hay lugar a entregar la dotación, sin que haya lugar a determinar proporciones según el número de días trabajados en el mes, es decir que en el supuesto abordado en este artículo, sí se debería suministrar dotación al trabajador.

Dotación en los trabajadores que laboran medio tiempo.

La respuesta está dada en el párrafo anterior, donde queda claro que se le debe entregar la dotación a los trabajadores que laboren medio tiempo en vista a que la norma no hizo distinción alguna para estas jornadas.



Allí precisó el Ministerio del trabajo que sólo se deben observar dos requisitos:

- Salario que nos sea superior a dos mínimos.
- Que a la fecha de entrega el trabajador lleve vinculado más de tres meses cumplidos.

Satisfechos estos requisitos el trabajador tiene derecho a la dotación sin considerar jornada laboral ni días trabajados en el mes.

Dotación cuando el empleado devenga un salario variable.

Ya sabemos que la dotación se le ha de entregar a los trabajadores que devenguen hasta dos salarios mínimos mensuales, pero ¿qué sucede con un trabajador que tiene salario variable y en unos meses gana más de dos salarios mínimos en otros menos?

Algunas personas opinan que se toma como referencia el sueldo del mes en que se debe entregar la dotación, de suerte que si en ese mes el sueldo percibido por el trabajador fue superior a dos salarios mínimos no se entrega la dotación; en caso contrario se debe entregar.

En nuestro criterio, el procedimiento más justo y razonable, sería promediar el salario devengado por el trabajador desde la última vez que recibió dotación, esto es, en los últimos 4 o 3 meses, según corresponda. Si el promedio supera los dos salarios mínimos mensuales no hay lugar al suministro de la dotación, y si el promedio es igual o menor a dos salarios mínimos, habrá lugar al suministro de la dotación.



Elementos que componen la dotación.

La dotación está compuesta por un par de zapatos y un vestido de labor, lo que se debe entender como un pantalón y una camisa, o un vestido para el caso de las mujeres.

La dotación debe corresponder a la actividad que desarrolla el trabajador y al medio ambiente en que se desempeña.

No es lógico que un trabajador en la costa se le entregue como dotación un vestido de paño que es adecuado para clima frío.

Existe una antigua norma del ministerio del trabajo que puede ilustrarnos respecto a los elementos y condiciones que debe tener una buena dotación.

Se trata de la resolución 46 de 1952 que en su artículo 2 dice:

«Los overoles o vestidos de trabajo de que trata el artículo 232 del Código Sustantivo de Trabajo deben ser apropiados para la clase de labores que desempeñen los trabajadores y de acuerdo con el medio ambiente en donde ejercen sus funciones, de acuerdo con la siguiente clasificación:

- a) Overol, liviano sin mangas o con mangas cortas, para trabajadores de clima cálido;*
- b) Overol completo de una sola pieza de dos piezas, para trabajadores de clima frío;*
- c) Blusas o chompas para trabajadores de oficina, y*
- d) Blusas o delantales para trabajadores.»*

Como se puede advertir, la dotación no se debe entregar de forma



caprichosa, sino que se deben observar las características que la misma reglamentación del artículo 230 del código sustantivo del trabajo establece.

Calidad y cualidades de la dotación.

La ley no contempla la calidad o cualidades de la dotación, no determina marcas ni precios, de suerte que, si el trabajador quiere mejorar la calidad de esa dotación, tendrá que hacerlo por su cuenta, por cuanto el empleador no está obligado cumplir unas condiciones específicas respecto a las características de la dotación.

Lo que se exige es que la dotación sea acorde acordes con la naturaleza de la labor realizada y las condiciones medioambientales en las cuales se trabaja.

Diferencia entre dotación y elementos de seguridad y protección industrial.

Aquí es importante señalar que una cosa es la dotación en los términos que señala el artículo 230 del código sustantivo del trabajo, y otra muy distinta son los elementos de seguridad y protección industrial, que deben ser entregados a todos los trabajadores sin considerar el sueldo que tengan.

Sobre este punto el ministerio del trabajo se pronunció en concepto

«Los empleadores están obligados a suministrar a sus trabajadores elementos de protección personal, cuya fabricación, resistencia y duración estén sujetos a las normas de calidad para garantizar la seguridad personal de los trabajadores en los puestos o centros de trabajo que lo requieran.



Entre los elementos de protección que el empleador debe proveer se encuentran los cascos, botas, guantes y demás elementos que protejan al trabajador, permitiéndole desarrollar eficientemente su labor y garantizando su seguridad personal.

Las Administradoras de Riesgos Profesionales asesorarán a los empleadores, sin ningún costo y sin influir en la compra, sobre la selección y utilización de los elementos de protección personal, teniendo en cuenta la actividad, la exposición a factores de riesgo y necesidades de los mismos.

En el marco de las disposiciones precitadas, es clara la obligación de todo empleador (público o privado) de suministrar a todo trabajador independientemente del salario que devenga y el cargo que desempeñe, los elementos de protección industrial necesarios para la protección de los riesgos derivados de su actividad.»

Los elementos de protección se deben entregar a todos los trabajadores que lo requieran, entre otras cosas porque la ARL lo exige, y si la empresa no cumple con esta obligación, en caso de un accidente laboral es probable que la ARL alegue que el empleador tuvo culpa en ello y que es suya la responsabilidad.

Entre los elementos de seguridad o protección personal podemos encontrar los siguientes:

- Zapatos o botas con punta de acero.
- Arnés de seguridad.
- Botas plásticas.
- Casco de seguridad.
- Guantes



- Audífonos protectores de ruido.
- Gafas.
- Filtro o respirador.
- Etc.

Los elementos de seguridad industrial o protección personal no pertenecen al trabajador sino a la empresa, por lo que una vez terminado el contrato de trabajo debe entregarlos, a no ser que la empresa decida lo contrario respecto a ciertos elementos de uso personal.

Lo anterior diferencia los elementos de protección personal de la dotación como tal, pues esta última es una prestación social.

Los elementos de protección personal se deben suministrar al trabajador desde el primer día de trabajo, contrario a la dotación que se entrega en fechas determinadas.

Fechas en que se debe entregar la dotación.

Se deben entregar 3 dotaciones al año en las siguientes fechas:

Primera entrega	30 de abril.
Segunda entrega	31 de agosto.
Tercera entrega	20 de diciembre.

Lo anterior ha llevado a que nuestros lectores nos pregunten con frecuencia lo que pasa con los trabajadores nuevos. ¿Se les debe entregar la dotación desde el primer día?

De acuerdo a la ley no es necesario, por cuanto la dotación se entrega en unas fechas determinadas, y las recibe el trabajador que en esa fecha tenga más de tres meses trabajando, de suerte que sólo en el evento en que la



empresa así lo decida, entregará la dotación a los empleados nuevos, que lo normal cuando la empresa uniforma a todo su trabajador.

¿Qué pasa si el trabajador no utiliza la dotación?

Si el trabajador no hace uso de la dotación que le suministre el empleador pierde derecho a recibirlas en el siguiente periodo de entrega.

Dice el artículo 233 del código sustantivo del trabajo:

«El trabajador queda obligado a destinar a su uso en las labores contratadas el calzado y vestido que le suministre el {empleador}, y en el caso de que así no lo hiciere éste quedara eximido de hacerle el suministro en el período siguiente.»

Recordemos que hay tres fechas (periodos) de entrega de dotación, de manera que, si en la primera no la utilizó, en la segunda no se le entrega, pero en la tercera sí, y si tampoco la usa el ciclo inicia de nuevo.

Dotación no se puede compensar en dinero.

Cuando el contrato de trabajo finaliza y el empleador no entregó las dotaciones que correspondían, el empleador no debe compensar en dinero la dotación no entregada.

Al respecto dijo la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 49941 del 21 de noviembre de 2018 con ponencia del magistrado Gerardo Botero Zuluaga:

«Debe sumarse a lo anterior, que conforme a lo dicho por esta Sala, no hay lugar a ordenar el pago de la compensación en dinero de las



dotaciones, en razón a que las mismas tienen como objetivo que sean utilizadas en vigencia del contrato; tampoco se invocó la cláusula extralegal con base en la cual se hubiera podido disponer su indemnización monetaria, para lo cual era necesario aportar elementos de juicio que demostraran los perjuicios sufridos por las actoras como consecuencia del incumplimiento de la obligación.»

En consecuencia, lo que debe reclamarse es una indemnización por los perjuicios causados por la negativa del empleador a entregar la dotación, y esos perjuicios se causan por la necesidad del trabajador de utilizar su propio vestido para prestar sus servicios al empleador.

Pero esa indemnización debe ser solicitada en el proceso laboral y deben probarse los perjuicios causados, por lo que una reclamación de este tipo no tiene muchas probabilidades de tener éxito, aunque es evidente que el trabajador sufre una merma económica al desgastar su ropa de calle o de fiesta en las labores de la empresa.

¿El trabajador debe devolver la dotación al terminar el contrato de trabajo?

La dotación es una prestación social, por tanto, una vez entregada al trabajador pasa a ser propiedad de este, en consecuencia, el trabajador no debe devolver la dotación al finalizar el contrato de trabajo.

Uno de los pocos eventos en que el trabajador debe devolver la dotación o los elementos de vestir que se le entregaron, es en el caso de las empresas de vigilancia por razones de seguridad ciudadana.

De otra parte, la persona que una vez se retire de la empresa y haga mal uso



de la dotación que le fue entregada, deberá responder por ello si con esa utilización se perjudica a terceros o a la empresa, pero es un asunto diferente que merece un espacio aparte.

Sanciones para el empleador que no entrega la dotación al trabajador.

La ley no contempla una sanción para el empleador que se rehúsa a entregar la dotación al empleado, de manera que no hay una consecuencia directa ni se ha finado un procedimiento administrativo para sancionar esta práctica.

Empero, considerando que la entrega de la dotación es una obligación del empleador, este de incumplirla estará incumpliendo con el mandato del artículo 55 del código sustantivo del trabajo, que obliga al empleador a cumplir con sus obligaciones de buena fe, y de no hacerlo podría darse aplicación al artículo 62 sobre la terminación del contrato por incumplimiento del empleador, pero a decir verdad, no se conoce un caso en que por no suministrar la dotación se considere una renuncia motivada o despido indirecto.

Otra consecuencia que podría haber es que en una demanda laboral el empleador se vea obligado a indemnizar al trabajador por no haberle suministrado la dotación tal como se enunció unas líneas atrás.

Vacaciones.

En primer lugar, valga hacer claridad que las vacaciones no son una prestación social, sino que es un descanso remunerado y que es considerado salario, por lo que el dinero recibido por concepto de vacaciones se tratará



como cualquier salario; por tanto, se deberán hacer aportes a seguridad social, parafiscales e inclusive prestaciones sociales sobre él.

Las vacaciones se han incluido dentro de las prestaciones sociales por simplicidad, y como una forma de agrupar conceptos similares, no porque tengan la naturaleza de prestación social.

Sobre las vacaciones dice el artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo:

«1. Los trabajadores que hubieren prestado sus servicios durante un (1) año tienen derecho a quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas.

2. Los profesionales y ayudantes que trabajan en establecimientos privados dedicados a la lucha contra la tuberculosis, y los ocupados en la aplicación de rayos X, tienen derecho a gozar de quince (15) días de vacaciones remuneradas por cada seis (6) meses de servicios prestados».

Es clara la diferencia que hace la norma respecto a los trabajadores de algunos sectores de la salud, quienes tendrán derecho a los mismos 15 días, pero cada seis meses.

Obsérvese que la norma habla de 15 días hábiles, es decir laborables, por lo que no se cuentan ni los domingos ni festivos.

El sábado se cuenta como día hábil sólo si ese día es laborado por el trabajador de forma regular, de lo contrario no se tiene en cuenta para contabilizar los 15 días de vacaciones.

Así, si el horario pactado en el contrato de trabajo fue de lunes a viernes, el sábado no se contará dentro de los 15 días de vacaciones, y en esa situación un trabajador estará tres semanas en vacaciones, pues cada semana tendrá 5 días hábiles y las vacaciones son 15 días hábiles.



Época de las vacaciones.

Las vacaciones se deben conceder una vez se haya obtenido el derecho a ellas, esto es, una vez se haya cumplido un año de trabajo.

El empleador es quien tiene la facultad para decidir la fecha en que sus empleados iniciarán el disfrute de sus vacaciones según el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo y El 2.2.1.2.2.1 del decreto 1072 de 2015 dice al respecto:

«INDICACIÓN FECHA PARA TOMAR LAS VACACIONES 1. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente y ellas deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador, sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso.

2. El empleador tiene que dar a conocer al trabajador, con quince (15) días de anticipación, la fecha en que le concederá las vacaciones.

3. Todo empleador debe llevar un registro especial de vacaciones, en el que anotará la fecha en que ha ingresado al establecimiento cada trabajador, la fecha en que toma sus vacaciones anuales y en que las termina y la remuneración recibida por las mismas.»

El empleador cuenta con un año contado desde la fecha de causación de las vacaciones para otorgarlas, y serán otorgadas de oficio o por petición del trabajador.

Si después de un año de causadas las vacaciones el empleador no las otorga, el trabajador puede entonces exigirlas, pero mientras no pase el año de plazo que tiene el empleador para otorgar las vacaciones, el trabajador solo podrá solicitarlas, que es diferente a exigirlas.

Por regla general las vacaciones son acordadas por las partes, de manera que tanto la empresa como el empleado queden satisfechos.



En caso de que las vacaciones sean otorgadas de oficio por el empleador este deberá dar aviso al empleado con una anticipación de 15 días a la fecha en que se concederán.

De presentarse alguna razón justificada la empresa puede llamar al trabajador a laborar y obligarle a interrumpir las vacaciones; en este caso el trabajador conserva el derecho a reanudarlas una vez la situación de emergencia que ocasionó su interrupción sea superada.

¿En cuántos períodos se pueden dividir las vacaciones?

Un trabajador tiene derecho a 15 días hábiles de vacaciones por cada año de trabajo, pero eventualmente el trabajador, o el empleador quieran o necesiten fijar esos 15 días de vacaciones en varios períodos, y allí es la inquietud: ¿cuántos períodos se pueden pactar?

De acuerdo con lo estipulado por el artículo 190 del Código Sustantivo del Trabajo, se puede concluir que el trabajador como mínimo debe descansar durante 6 días hábiles continuos anualmente, luego para saber en cuantos períodos se pueden dividir los 15 días de vacaciones bastará con una simple operación aritmética.

$$15/6 = 2.5.$$

Se podría decir que los 15 días se pueden dividir en 2.5 períodos de 6 días hábiles, pero según lo interpretado del artículo 190 del Código Sustantivo del Trabajo, el período mínimo de vacaciones por año no puede ser inferior a 6 días hábiles, por lo que ese 0.5 no es legal, concluyendo forzadamente que las vacaciones se pueden dividir como máximo en dos períodos, uno de 7 días y otro de 8, o uno de 6 días y otro de 9.

Por último, recordemos que según el numeral 4 del artículo 190 del Código



Sustantivo del Trabajo, cuando un trabajador solo disfruta de 6 días hábiles durante el año, se presume que los días restantes se acumulan.

Acumulación de las vacaciones.

De los 15 días hábiles como vacaciones a que el trabajador tiene derecho se pueden acumular 9, pues según el artículo 190 del Código Sustantivo del Trabajo el trabajador tiene el derecho a gozar de por lo menos 6 días hábiles continuos de vacaciones anualmente, días que en ningún momento pueden ser acumulables.

Esos 9 días hábiles acumulables se pueden acumular hasta por dos años; sin embargo, tratándose de empleados técnicos, de confianza de manejo o de extranjeros que laboren en lugares distintos a los de residencia de su familia, la acumulación se podrá hacer hasta por 4 años.

Aunque la ley no lo contempla, algunos empleados prefieren acumular la totalidad de sus vacaciones para disfrutarlas en años posteriores, situación que no implica perder las vacaciones acumuladas siempre que el tiempo acumulado no implique la prescripción del derecho a las vacaciones.

La acumulación de vacaciones no aplica para trabajadores menores de 18 años según lo dispone el artículo .2.1.2.2.3 del decreto 1072 de 2015, de manera que estos deben disfrutar efectiva sus vacaciones necesariamente dentro del año siguiente a la causación del derecho.

No se pueden acumular las vacaciones de los trabajadores menores de edad.

Tratándose de trabajadores menores de edad, no es posible acumular las vacaciones debiéndose disfrutar en su totalidad dentro del año siguiente a la causación del derecho.



Así se advierte de la lectura del artículo 2.2.1.2.2.3 del decreto 1072 de 2015:

«Prohibición acumulación para menores de edad. 1. Quedan prohibidas la acumulación y la compensación, aún parcial de las vacaciones de los trabajadores menores de diez y ocho (18) años durante la vigencia del contrato de trabajo, quienes deben disfrutar de la totalidad de sus vacaciones en tiempo, durante el año siguiente a aquél en que se hayan causado.

2. Cuando para los mayores de diez y ocho (18) años se autorice la compensación en dinero hasta por la mitad de las vacaciones anuales, este pago solo se considerará válido si al efectuarlo el empleador concede simultáneamente en tiempo al trabajador los días no compensados de vacaciones.»

La norma contempla dos prohibiciones y una obligación para el empleador respecto a las vacaciones de los trabajadores menores de 18 años:

Prohibiciones:

1. No se pueden acumular
2. No se pueden compensar

Obligación:

Se deben otorgar necesariamente en el año siguiente al año en que se causó el derecho.

Reemplazo en vacaciones en trabajadores de manejo, dirección y confianza.

Cuando se trata de empleados de dirección o manejo, la salida a vacaciones de estos puede resultar traumática para la empresa, razón por la cual la ley ha contemplado la posibilidad de reemplazarlos temporalmente por otro de



la confianza tanto de la empresa como del empleado que sale a vacaciones.

Prevé el artículo 191 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Empleados de manejo. El empleado de manejo que hiciere uso de vacaciones puede dejar un reemplazo, bajo su responsabilidad solidaria, y previa aquiescencia del patrono. Si este último no aceptare al candidato indicado por el trabajador y llamare a otra persona a reemplazarlo, cesa por este hecho la responsabilidad del trabajador que se ausente en vacaciones».

No es obligación del trabajador de manejo conseguir una persona para que lo reemplace, puesto que la norma dice “puede” y no “debe”, por lo tanto, es optativo para el trabajador, sobre todo si quiere salir a vacaciones en tiempos en los que el empleador no estuviere de acuerdo.

Remuneración de las vacaciones.

Sobre la remuneración que se debe pagar a un trabajador que disfruta sus vacaciones dice el artículo 192 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Remuneración. 1. Durante el período de vacaciones el trabajador recibirá el salario ordinario que esté devengando el día en que comience a disfrutar de ellas. En consecuencia, solo se excluirán para la liquidación de vacaciones el valor del trabajo en días de descanso obligatorio y el valor del trabajo suplementario o de horas extras.

2. Cuando el salario sea variable las vacaciones se liquidarán con el promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se concedan». [Negrilla del autor].

Es claro que el salario que se pagará en vacaciones es el mismo que se



devengue el día en que salga a vacaciones, siempre que no se trate de un salario variable, caso en el cual habrá que promediar el último año.

En cualquiera de los casos no se tiene en cuenta los recargos dominicales o festivos, ni el trabajo en horas extras.

La ley solo excluye de forma expresa el trabajo suplementario y el descanso obligatorio, mas no excluye el recargo nocturno, por lo tanto, se supone que este se debe incluir, siempre que ese trabajo nocturno no implique a su vez trabajo extra o dominical o festivo.

Si el trabajador es remunerado mediante la figura de comisiones, hará que su sueldo sea variable mes a mes en vista de que la realización del supuesto que da derecho a las comisiones puede ser diferente en cada mes, lo que obligará a promediar el salario devengado durante el último año, o lo que llevare trabajando si es un tiempo menor a un año para determinar la base sobre la que se deben remunerar las vacaciones.

En el caso del salario integral, la base para la liquidación y remuneración de las vacaciones es la totalidad del salario, esto es incluyendo el factor prestacional [Decreto 1174 de 1991, artículo 1].

Tratándose de la compensación en dinero de las vacaciones no disfrutadas, éstas se liquidan con el último salario devengado por el trabajador, pues así lo dispuso de forma expresa el artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo:

«(...) 3. Para la compensación en dinero de las vacaciones, en el caso de los numerales anteriores se tomará como base el último salario devengado por el trabajador».

Es importante aclarar que el numeral 2 del artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo fue derogado y a la vez recogido por el artículo 1º de la ley 995 de 2005, norma que trata de la compensación de las vacaciones en dinero



cuando el trabajador termina el contrato de trabajo sin haber disfrutado de sus vacaciones.

Resulta claro entonces que en el caso de las vacaciones compensadas en dinero, su base por estar regulada de forma específica por el artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo, y por no contemplar esta norma la exclusión de ningún concepto, se calculará sobre la totalidad de los pagos que constituyan salario, incluida las horas extras y los domingos y festivos laborados, pagos que sí se excluyen cuando las vacaciones son disfrutadas a la luz del artículo 192 del Código Sustantivo del Trabajo.

Respecto al auxilio de transporte, este no se tiene en cuenta para el cálculo de las vacaciones, puesto que el objetivo del auxilio de transporte es reconocer el trabajador el dinero que gasta para trasladarse a su lugar de trabajo, traslado que no deberá hacerse mientras disfruta de sus vacaciones.

¿Para calcular las vacaciones cuándo hay que promediar el salario?

Existen diferentes criterios respecto a la necesidad de promediar el salario para determinar la remuneración del trabajador cuando disfruta de sus vacaciones.

Del artículo 192 del Código Sustantivo del Trabajo se pueden interpretar dos situaciones:

1. Salario fijo
2. Salario variable

En el primer caso, dice la norma, la remuneración será el salario que el trabajador esté devengando al momento de entrar a disfrutar las vacaciones.

En el segundo caso, la norma ordena promediar el salario del último año.



Aquí hay que tener presente que el concepto de salario variable es distinto a variación del salario, como ya lo expusimos ampliamente capítulos atrás.

Por ejemplo, cuando se tiene un salario fijo pero el trabajador labora horas extras, el total devengado es diferente en cada mes, y no se debe entender que por ello estamos ante un salario variable.

El salario variable, en esencia, es aquel que se remunera mediante comisiones, o mediante unidades de producción.

Esto para significar que, si el salario cambia mes a mes por conceptos como horas extras, recargos dominicales y festivos, etc., no se debe promediar el salario para determinar la remuneración de las vacaciones.

La razón es que las vacaciones son un descanso remunerado, que se remunera de acuerdo con lo que normalmente gana el trabajador en su jornada ordinaria, de modo que, si en vacaciones trabajara, ganaría lo que normalmente gana según la jornada acordada.

Si un trabajador tiene un sueldo fijo de \$1.000.000 por una jornada diaria de 8 horas, pero eventualmente labora horas extras y puede ganar hasta \$1.200.000, cuando salga a vacaciones, se tendrá en cuenta lo que gana en su jornada ordinaria, de allí que no se deben promediar esos \$200.000.

Cuando se trata de un salario variable el asunto es distinto, ya que el trabajador para una misma jornada ordinaria de 8 horas puede obtener una remuneración diferente cada mes, y al no poder determinar con exactitud la remuneración por esas 8 horas diarias debido a su constante cambio, lo correcto es promediarlo.

Vacaciones en el salario integral.

Cuando se trate de salario integral las vacaciones se pagarán sobre el total del salario integral, pues así lo dispuso el artículo 01 del decreto 1174 de



1991:

«Salario integral. El salario integral a que se refiere el numeral segundo del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, será una sola suma convenida libremente y por escrito entre el trabajador y el empleador, suma que será la base para las cotizaciones del Instituto de Seguros Sociales, la liquidación de las indemnizaciones a que se refiere el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y la remuneración por vacaciones».

Recordemos que el salario integral está compuesto por un factor remuneratorio y un factor prestacional, por tanto, en el caso de las vacaciones se pagará sobre el total incluyendo el factor prestacional, tratamiento que difiere al dado a los aportes parafiscales y a seguridad social.

Cálculo de las vacaciones.

Cuando se trata de las vacaciones a las que el trabajador ha adquirido derecho por cumplir un año de servicios, su cálculo es sencillo porque será el equivalente a 15 días de salario, es decir a medio sueldo. [Vale aclarar que esto es muy relativo porque dependiendo de la época de vacaciones, estas se pueden extender por 17 días o más si existe algún festivo debido a que las vacaciones son 15 días hábiles].

Cuando se trata de las vacaciones por fracción de año, como en el caso de terminarse un contrato de trabajo antes de cumplir con el año de servicios, se utiliza la siguiente fórmula:

Salario base x días trabajados/720

Supongamos un empleado con un salario de \$2.000.000 mensuales que inició labores el 01 de julio de 2013 y fue liquidado el 31 de diciembre de



2013.

El señor trabajó 180 días, luego la proporción de sus vacaciones será de:

$$2.000.000 \times 180 / 720 = 500.000.$$

No se debe olvidar que el auxilio de transporte no hace parte de la base sobre la cual se calculan las vacaciones.

¿Puede la empresa cancelar las vacaciones de un empleado a última hora?

Una vez que la empresa y el trabajador han acordado la fecha de las vacaciones, ¿puede la empresa unilateralmente cancelarlas a última hora?

La ley laboral no se pronuncia al respecto, pero por sentido común esta situación no debería presentarse, puesto que podría ocasionarle dificultades y problemas al trabajador, y en consecuencia si las circunstancias exigen que la empresa decida suspender las vacaciones a última hora, el trabajador debería ser compensado por los perjuicios que tal decisión le llegara a causar.

Cuando un trabajador planea sus vacaciones suele tomar muchas decisiones personales y familiares e incurrir en variados gastos, como tiquetes, alojamiento y compra de implementos.

Si luego de incurrir en una serie de gastos destinados al disfrute de sus vacaciones, la empresa se las cancela, es posible que el trabajador pierda parte de ese dinero, en razón a que, en algunos casos, y después de un tiempo determinado, no es posible cancelar reservaciones, por ejemplo.

Es de suponer que, si por una decisión unilateral de la empresa el empleado pierde dinero, debería la empresa ofrecerle alguna compensación, puesto que indudablemente ha ocurrido un perjuicio que afecta la economía del



trabajador, e incluso puede afectarse emocionalmente a su familia y a él mismo.

Puede que la ley no impida a la empresa cancelarle las vacaciones a último momento al trabajador, pero si por necesidades operativas la empresa debe hacerlo, es justo reconocer el impacto económico que esa decisión pudiere tener sobre el trabajador y su familia.

Valor de las vacaciones cuando hay salario en especie.

Cuando se paga al trabajador parte de su salario en especie como suele suceder con las empleadas del servicio doméstico, surge la inquietud respecto al valor o monto de sus vacaciones, debido a que suele existir duda si el valor en especie se incluye o no.

El artículo 192 del código sustantivo del trabajo señala que el trabajador recibirá como remuneración en el periodo de vacaciones el salario ordinario que esté devengando el día en que comience a disfrutar de las vacaciones, y en ese sentido es adecuado concluir que siendo el pago en especie parte del salario, naturalmente que se debe incluir.

Por ejemplo, si el empleado tiene un sueldo de \$500.000 en efectivo más \$200.000 en especie, lo correcto es pagar las vacaciones con base a \$700.000 que es su salario real, el que se pactó en el contrato. El salario sigue siendo salario, aunque parte de él se pague en especie, y no se pierde la calidad de salario por el hecho de ser pagado en especie, pues tal supuesto no está permitido y tampoco cabe dentro de los presupuestos que contempla el artículo 128 del código sustantivo del trabajo que se refiere a los pagos que no constituyen salario. Según el artículo 129 del código sustantivo del trabajo, los pagos en especie constituyen salario en la medida en que corresponden a una contraprestación directa del servicio, y en efecto el salario en especie lo es.



Adicionalmente el artículo 192 del código sustantivo del trabajo a referirse a la remuneración de las vacaciones, dice clara y perentoriamente que «...sólo se excluirán para la liquidación de vacaciones el valor del trabajo en días de descanso obligatorio y el valor del trabajo suplementario en horas extras.»

En nuestro criterio no hay alternativa legal alguna que permita suponer o concluir que el salario en especie se debe excluir para calcular la remuneración en el periodo de vacaciones.

¿Para calcular las vacaciones cómo se considera el sábado cuando las empresas no laboran ese día?

Cuando en una empresa no se labora el sábado surge la inquietud de si se debe computar el sábado como día hábil o inhábil para efecto de las vacaciones.

El artículo 186 del código sustantivo del trabajo señala claramente que por cada año de trabajo corresponden 15 días hábiles de vacaciones, y es allí donde surge la confusión en el caso de las empresas que no trabajan el sábado, puesto que la ley laboral considera el sábado como hábil, pero algunas empresas no lo consideran hábil al no laborar ese día.

Frente a este el Ministerio de la protección social, hoy ministerio del trabajo ha conceptuado lo siguiente:

Respecto del sábado, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en Sentencia de abril 29 de 1983 hizo la siguiente precisión:

«Días hábiles e inhábiles, Los sábados son días hábiles salvo disposición en contrario. "La sala considera ésta una buena oportunidad para precisar el alcance de las disposiciones sobre los días hábiles e inhábiles, Por regla general los sábados son días hábiles, pero si la administración ha dictado alguna norma general que



considera inhábiles los sábados éstos no pueden contarse en los términos de la ejecutoria, Es pues regla de excepción que se aplica al caso de autos".

De la normatividad y pronunciamientos jurisprudenciales antes expuestos se desprende que el día sábado no fue establecido por el Código Sustantivo del Trabajo como un descanso obligatorio remunerado (sólo domingos y festivos), y por tanto, será considerado como inhábil siempre y cuando se haya acordado así entre el empleador y el trabajador, o se haya dado la extensión de la jornada ordinaria entre los otros días de la semana, a fin de permitir el descanso en ese día.

En consecuencia, si se pactó entre el empleador y los trabajadores, o entre el empleador y el sindicato (por convención colectiva), o cuando el empleador voluntariamente y para efectos del reconocimiento del descanso computa el sábado como no hábil, los 15 días de vacaciones se contarán de lunes a viernes, excluyendo los sábados, domingos y festivos [Concepto 304007 de 2009].»

Resulta claro que, si la jornada laboral de la empresa va de lunes a viernes, el sábado y por supuesto el domingo se consideran días inhábiles para efecto de las vacaciones.

Hay empresas que sólo trabajan de lunes a viernes aun cuando no se complete la jornada máxima semanal legal. Otras empresas trabajan de lunes a viernes, pero extienden la jornada diaria conforme al artículo 164 del código sustantivo del trabajo con el fin de permitir al trabajador que se tome el sábado como día de descanso. En todo caso, y en cualquiera de los casos, para efecto del cálculo de las vacaciones el sábado se considera como día inhábil.



Compensación de las vacaciones en dinero.

La compensación de las vacaciones en dinero ocurre cuando el trabajador no las disfruta a pesar de tener derecho a ello, y en su lugar recibe su equivalente en dinero.

Casos en que procede la compensación de las vacaciones en dinero.

La regla general es que el trabajador debe disfrutar de sus vacaciones, por cuanto es un derecho que consagra expresamente la ley laboral que se corresponde con las necesidades físicas y de salud del trabajador, y sólo de forma excepcional se pueden compensar dichas vacaciones en los casos que a continuación se señalan.

Compensación parcial de las vacaciones durante la ejecución del contrato de trabajo.

El artículo 189 del código sustantivo del trabajo prevé que parte de las vacaciones se puedan compensar previo acuerdo entre las partes:

«Empleador y trabajador, podrán acordar por escrito, previa solicitud del trabajador, que se pague en dinero hasta la mitad de las vacaciones.»

Lo máximo que se puede compensar es la mitad de las vacaciones, lo que significa que el trabajador por derecho propio debe disfrutar parte de las vacaciones anualmente, que considerando lo dispuesto por el artículo 190, el disfrute no debe ser inferior a 6 días hábiles continuos.

El acuerdo sobre la compensación de las vacaciones en dinero debe constar por escrito, pues así lo dispone la norma, y lo escrito es la mejor prueba de que el trabajador no disfrutó de las vacaciones porque le fueron pagadas no



porque le fueron negadas.

Compensación de las vacaciones a la terminación del contrato de trabajo.

Cuando el contrato de trabajo se termina sin que el trabajador haya disfrutado de sus vacaciones, tiene derecho a que se le compensen en dinero.

Así lo dispone la ley 995 de 2005 en su artículo primero:

«Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.»

Terminado el contrato de trabajo se liquidan las vacaciones pendientes de disfrute en proporción al tiempo por el cual se adeudan, ya sea el año completo o unos cuantos meses.

Valor de las vacaciones que se compensan en dinero.

Al compensar las vacaciones en dinero la liquidación se hará con base al último salario del trabajador, como lo señala el numeral 3 del artículo 189 del código sustantivo del trabajo:

«Para la compensación de dinero de estas vacaciones, en el caso de los numerales anteriores, se tomará como base el último salario devengado por el trabajador.»

Básicamente es el salario que el trabajador tiene al día en que se liquida la



compensación de las vacaciones.

Salario base para liquidar la compensación de las vacaciones.

El salario base para liquidar la compensación de las vacaciones es el mismo que corresponde a las vacaciones, y respecto a este señala el artículo 192 del código sustantivo que señala dos situaciones:

Durante el período de vacaciones el trabajador recibirá el salario ordinario que esté devengando el día en que comience a disfrutar de ellas. En consecuencia, sólo se excluirán para la liquidación de vacaciones el valor del trabajo en días de descanso obligatorio y el valor del trabajo suplementario en horas extras.

Cuando el salario sea variable las vacaciones se liquidarán con el promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se concedan.

Cuando el salario es variable y el trabajador lleva menos de un año trabajando, el promedio se determina considerando los meses que lleve laborando, sean 2 o 10.

Determinación de los días a compensar. ¿Cómo se cuentan?

La norma dice que las vacaciones corresponden a 15 días hábiles por cada año laborado o proporcionalmente si el tiempo trabajador es menor a un año, luego partimos de los 15 días hábiles que es muy diferente a 15 días calendario.

Por lo general los empleadores compensan las vacaciones con 15 días nada



más, como si fueran días calendario lo que es incorrecto y perjudica al trabajador.

Para compensar correctamente las vacaciones en dinero, el día en que se hace la compensación, supongamos el día en que el trabajador es desvinculado, se cuentan a partir de allí 15 días hábiles, es decir, descontando domingos y festivos, y el resultado será diferente dependiendo del día en que comience la compensación.

Por ejemplo, si el contrato termina el 10 de abril de 2023, se compensarán los 15 días de vacaciones a partir del 11 de abril, y los 15 días hábiles llegan hasta el 2 de mayo de 2023, por cuanto en ese tramo de tiempo hay 3 festivos y 3 domingos, es decir que en total se han de compensar 21 días.

Suponiendo que el trabajador tiene un salario de \$1.200.000 al mes (40.000 diarios), tendremos que sus vacaciones compensadas equivalen a \$840.000.

Cada caso particular será diferente puesto que incluyen extremos temporales distintos.

Aportes parafiscales en la compensación de las vacaciones en dinero.

Cuando se compensan vacaciones en dinero es obligatorio realizar aportes parafiscales sobre dichos pagos, aunque estos no tienen naturaleza salarial como se ve más adelante.

En consecuencia, a pesar de no constituir salario se debe pagar aportes parafiscales por expresa disposición del artículo 17 de la ley 21 de 1982, en la parte que se refiere a los descansos remunerados:

«Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Escuela Superior de Administración Pública, (ESAP), Escuela Industrial e Institutos



Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de Ley y convencionales o contractuales.»

En ese mismo sentido se ha pronunciado en innumerables ocasiones la sección cuarta del Consejo de estado, entre ellas en la sentencia 21598 del 5 de abril de 2018 con ponencia del magistrado Jorge Octavio Ramírez, donde se reitera jurisprudencia desde la década de los años 90.

El pago de aportes parafiscales se debe hacer sobre cualquier compensación, ya sea al finalizar el contrato de trabajo, o durante la ejecución de este en que las partes acuerdan compensar una parte y descansar otra.

En el caso en que el trabajador no disfruta las vacaciones, sino que decide recibir su equivalente en dinero, en el periodo en que las compensa recibe doble asignación: el salario normal y el pago por la compensación de las vacaciones, de suerte que sobre esos dos pagos se debe aportar parafiscales cuando hay lugar a ello.

Aportes a seguridad social cuando se compensan las vacaciones en dinero.

De acuerdo con el ministerio del trabajo y al mismo consejo de estado sección cuarta (sentencia 20487 del 3 de agosto de 2016 con ponencia de la magistrada Martha Teresa Briceño), no es obligatorio pagar seguridad social sobre las vacaciones compensadas en dinero.

Es así porque contrario a lo que sucede con los aportes parafiscales donde una ley expresamente lo exigen, no sucede así con los aportes a seguridad social regulados por la ley 100 de 1993, y al no existir esa obligación expresa



no se puede incluir dentro de la obligación general de pagar seguridad social, por cuanto la compensación por vacaciones no tiene la naturaleza de salario en los términos del artículo 127 del código sustantivo del trabajo, únicos conceptos sobre los que se han de pagar aportes a seguridad social.

Naturaleza jurídica de la compensación de las vacaciones.

La compensación de las vacaciones no es salario ni prestación social, sino que tiene la connotación de indemnización, de compensación como su mismo nombre lo indica.

Respecto a la naturaleza no salarial de la compensación de vacaciones, señaló la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia del 27 de febrero de 2002, radicación No. 33.082:

«...también es verdad que tratándose de la compensación de las vacaciones, tal rubro no puede tenerse como factor de salario [...] pues es indiscutible que la misma, tal y como lo ha precisado la Corte, es una especie de indemnización que el empleador paga al trabajador cuando por las circunstancias excepcionales, que la propia ley consagra, no puede disfrutar del descanso remunerado y reparador, que las vacaciones implican.»

En consecuencia, al no tener carácter salarial, y al no existir una norma expresa que obligue a realizar aportes a seguridad social sobre las vacaciones compensas, no hay lugar a ello.

No obstante, como la liquidación se hace por medio de la planilla única donde se toma una misma base para liquidar los diferentes conceptos, en la práctica se termina pagando seguridad social sobre los mismos pagos respecto a los que se pagan aportes parafiscales.



Y, a decir verdad, muchos empleadores no pagan ni seguridad social ni aportes parafiscales sobre los pagos por compensación de vacaciones, en vista que estos por descuido son tratados como una indemnización y no como salario quedando por fuera de la base de liquidación.

Lo que se debe pagar en la compensación de vacaciones en dinero.

Para resumir lo que se debe pagar y no se debe pagar al compensar las vacaciones tenemos la siguiente tabla:

Lo que se debe pagar.	Lo que no se debe pagar.
La compensación propiamente dicha.	Seguridad social.
Los aportes parafiscales.	Prestaciones sociales.

Recordemos que la compensación de las vacaciones en dinero no constituye salario, de modo que sobre ese concepto no se pagan prestaciones sociales ni seguridad social, y por excepción legal se pagan aportes parafiscales.

Prescripción de las vacaciones compensadas en dinero.

La prescripción del derecho a las vacaciones compensadas en dinero al terminar el contrato de trabajo tiene un tratamiento de especial cuidado que a continuación explicamos.

Causación de las vacaciones y el derecho a exigirlas.

Para entender claramente la prescripción de las vacaciones se debe precisar cuándo se causan y cuándo se hacen exigibles.



Las vacaciones se causan luego de un año de trabajo, por cuanto estas se otorgan por cada año laborado, pero sólo se hacen exigibles un año después de causadas, en atención a lo dispuesto por el artículo 187 del código sustantivo del trabajo que da un año de plazo al empleador para conceder las vacaciones, y sólo después de vencido ese plazo es que el trabajador puede exigir las vacaciones.

Si el trabajador ingresó a laborar en enero 01 de 2022, las vacaciones se causan en diciembre 31 de 2022, pero sólo son exigibles para el trabajador a partir del 01 de enero de 2024.

Prescripción general de las obligaciones laborales.

Por regla general los derechos laborales prescriben a los tres años de haberse causado, según el artículo 488 del código sustantivo del trabajo, pero no es el caso de las vacaciones el asunto varía un poco.

Prescripción del derecho a las vacaciones.

Si bien el término de prescripción de las vacaciones es de 3 años, este término sólo se empieza a contar luego de un año de causado el derecho, de hacerse exigible para el trabajador, como ya se explicó.

Como el trabajador sólo puede exigir sus vacaciones un año después de haberse causado el derecho, el término de prescripción no es de 3 años sino de 4, pues el conteo de la prescripción inicia cuando el derecho se hace exigible para el trabajador.

Respecto a la compensación de las vacaciones en dinero al terminar el contrato de trabajo, la prescripción es de tres años contados desde el momento en que se hace exigible la compensación.

Para el caso en que se termina el contrato de trabajo, este derecho nace o se



causa en el momento en que el contrato de trabajo termina, y desde allí empieza a contar el término de la prescripción.

La prescripción de las vacaciones en todo caso es de tres años, lo que cambia es el momento o fecha en que estos tres años se cuentan:

- Disfrute de vacaciones: 1 año después de causadas.
- Compensación en dinero: Desde la terminación del contrato.

Esta diferenciación tiene importancia para determinar qué y cuándo prescribe, como pasa a señalarse.

La compensación de las vacaciones no revive las vacaciones prescritas.

Al terminar el contrato de trabajo se deben compensar las vacaciones que el trabajador no haya disfrutado, pero sólo se pueden compensar aquellas que aún no hayan prescrito.

La regla general es que se compensan las vacaciones proporcionales no causadas en el último año, pues las anteriores el trabajador debió disfrutarlas, pero hay casos en que el trabajador no las disfruta, sino que las acumula.

En consecuencia, al terminar el contrato de trabajo el empleador adeuda las vacaciones de varios años, vacaciones que debe compensar en dinero, siempre que esas vacaciones acumuladas no hayan prescrito, que como ya se indicó sucede a los 4 años de causadas.

Si bien a la terminación del contrato de trabajo se han de compensar las vacaciones adeudadas, las ya prescritas no reviven en ocasión al derecho de la compensación.

Así lo señala con claridad la sala laboral de la Corte suprema de justicia en



sentencia 71281 del 6 de febrero de 2019 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

«Paralelamente, ha de señalar la Sala que la compensación judicial en dinero de las vacaciones no revive periodos vacacionales prescritos, como lo entendió el Tribunal, al ordenar la compensación de todos las vacaciones exigibles en vigencia del contrato de trabajo, sin tener en cuenta el fenómeno extintivo de las obligaciones. En rigor, las únicas exigibles a la terminación del contrato de trabajo son las vacaciones proporcionales (aeti. 1º L. 995/2005), pues las causadas y exigibles durante la vigencia del contrato de trabajo prescriben paulatinamente conforme a lo explicado en el parágrafo anterior.

De acuerdo a lo expuesto, precisa la Corte que la compensación en dinero de las vacaciones no impide aplicar el fenómeno de la prescripción frente a las vacaciones exigibles en desarrollo del contrato de trabajo...»

De acuerdo con lo anterior, al terminar el contrato de trabajo sólo es viable exigir la compensación de las vacaciones correspondientes a los últimos 4 años, pues las del quinto y anteriores ya están prescritas.



SEGURIDAD SOCIAL.

Uno de los beneficios más importantes derivados de una relación laboral es la seguridad social, beneficio que debe ser garantizado al trabajador por el empleador y el Estado.

Sobre la seguridad social la Ley 100 expone en su preámbulo:

«El sistema de seguridad social integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad».

El sistema de seguridad social se basa en los principios contenidos en la Ley 100, los cuales buscan garantizar la seguridad social a todos los colombianos, aunque buena parte de su contenido no sea otra cosa que una buena intención del legislador.

Según la Ley 100 los siguientes son los principios generales que rigen la seguridad social:

«Artículo 1º-Sistema de seguridad social integral. El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de



las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro.

Artículo 2º-Principios. *El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:*

a) *Eficiencia. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;*

b) *Universalidad. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;*

c) *Solidaridad. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.*

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables;

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



e) *Unidad. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y*

f) *Participación. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.*

Parágrafo. -*La seguridad social se desarrollará en forma progresiva, con el objeto de amparar a la población y la calidad de vida.*

Artículo 3º-Del derecho a la seguridad social. *El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social.*

Este servicio será prestado por el sistema de seguridad social integral, en orden a la ampliación progresiva de la cobertura a todos los sectores de la población, en los términos establecidos por la presente ley.

Artículo 4º-Del servicio público de seguridad social. *La seguridad social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.*

Este servicio público es esencial en lo relacionado con el sistema general de seguridad social en salud. Con respecto al sistema general de pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones».



El sistema de seguridad social integral está conformado por los regímenes de salud, pensión y riesgos laborales.

Todo trabajador que esté vinculado mediante un contrato de trabajo tiene derecho a acceder a estos tres sistemas [salud, pensión y riesgos laborales].

La empresa es la responsable de afiliar al trabajador a los diferentes sistemas, y de no hacerlo, deberá asumir y responder directamente con su patrimonio por la salud y la pensión de sus trabajadores.

Sistema de seguridad social en salud.

La empresa tiene la obligación de afiliar a sus trabajadores a la EPS que el trabajador elija, EPS que deberá hacerse cargo de la salud del trabajador en cuanto a las enfermedades o accidentes que sufra el trabajador que no sean de origen profesional, caso en el cual, será la ARL quien deba asumir los costos de tratamientos y medicamentos.

Para que la EPS pueda garantizar al trabajador la salud, mensualmente hay que realizar un aporte equivalente al 12.5% del salario del trabajador, aporte que se distribuye entre el trabajador y el empresario, debiendo aportar el trabajador el 4% sobre el salario base y la empresa el restante 8.5%, siempre y cuando no cumpla con los presupuestos que la exoneran de esos aportes.

La EPS deberá garantizar el tratamiento y los medicamentos que requiera el trabajador para la atención de sus dolencias, lo mismo que deberá pagar las incapacidades que sufra el empleado.

El artículo 114-1 del estatuto tributario mantiene el cambio en la obligación de algunos empleadores de realizar estos aportes a salud como se expone a continuación.

El decreto 780 de 2016 reglamenta los procesos de afiliación de los usuarios



tanto del régimen contributivo como del régimen subsidiado y define reglas claras de afiliación y control.

¿Todas las empresas deben aportar a salud?

El artículo 114-1 del estatuto tributario, modificado por la ley 1943 de 2018, estableció que las empresas quedan exoneradas de realizar los aportes a salud contemplados en el artículo 204 de la ley 100 de 1993. Dicha exoneración aplica por trabajadores que devenguen menos de 10 salarios mínimos mensuales:

«EXONERACIÓN DE APORTEs. Estarán exoneradas del pago de los aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional del Aprendizaje (SENA), del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y las cotizaciones al Régimen Contributivo de Salud, las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Así mismo las personas naturales empleadoras estarán exoneradas de la obligación de pago de los aportes parafiscales al SENA, al ICBF y al Sistema de Seguridad Social en Salud por los empleados que devenguen menos de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Lo anterior no aplicará para personas naturales que empleen menos de dos trabajadores, los cuales seguirán obligados a efectuar los aportes de que trata este inciso.

Los consorcios, uniones temporales y patrimonios autónomos empleadores en los cuales la totalidad de sus miembros estén exonerados del pago de los aportes parafiscales a favor del



Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de acuerdo con los incisos anteriores y estén exonerados del pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en salud de acuerdo con el inciso anterior o con el parágrafo 4 ° del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, estarán exonerados del pago de los aportes parafiscales a favor del Sena y el ICBF y al Sistema de Seguridad Social en Salud correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

PARÁGRAFO 1. *Los empleadores de trabajadores que devenguen diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes o más, sean o no sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta y Complementarios seguirán obligados a realizar los aportes parafiscales y las cotizaciones de que tratan los artículos 202 y 204 de la Ley 100 de 1993 y los pertinentes de la Ley 1122 de 2007, el artículo 70 de la Ley 21 de 1982, los artículos 2° y 3° de la Ley 27 de 1974 y el artículo 1° de la Ley 89 de 1988, y de acuerdo con los requisitos y condiciones establecidos en las normas aplicables.*

PARÁGRAFO 2. *Las entidades calificadas en el Régimen Tributario Especial estarán obligadas a realizar los aportes parafiscales y las cotizaciones de que tratan los artículos 202 y 204 de la Ley 100 de 1993 y las pertinentes de la Ley 1122 de 2007, el artículo 7° de la Ley 21 de 1982, los artículos 2° y 3° de la Ley 27 de 1974 y el artículo 1° de la Ley 89 de 1988, y de acuerdo con los requisitos y condiciones establecidos en las normas aplicables.*

PARÁGRAFO 3. *Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, que liquiden el impuesto a la tarifa prevista en el inciso 1 ° del artículo 240-1 tendrán derecho a la exoneración*



de que trata este artículo.

PARÁGRAFO 4. Los contribuyentes que tengan rentas gravadas a cualquiera de las tarifas de que tratan los parágrafos 1, 2, 3 y 4 del artículo 240 del Estatuto Tributario, y el inciso 1º del artículo 240-1 del Estatuto Tributario, tendrán derecho a la exoneración de aportes de que trata este artículo siempre que liquiden el impuesto a las tarifas previstas en las normas citadas. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el parágrafo 3º del artículo 240-1.

PARÁGRAFO 5. Las Instituciones de Educación Superior públicas no están obligadas a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje.»

La norma dice expresamente que las personas naturales que tengan dos o más empleados no deben pagar aportes a seguridad social en salud por los trabajadores que devenguen menos de 10 salarios mínimos mensuales. Las personas naturales que sólo tengan un trabajador deben seguir aportando a seguridad social en salud, en cualquier caso.

Como se puede advertir la exoneración es parcial, y aplica solamente para la parte que debe pagar la empresa o empleador, esto es, el 8.5%, de manera que el trabajador debe seguir aportando el 4%, porcentaje que el empleador le debe deducir de su salario.

La exoneración es únicamente sobre los aportes a salud más no a los aportes al sistema de pensiones.

Salario base para el pago de los aportes a salud.

Para efectos de la liquidación de los aportes a salud se toman como base todos los conceptos que hagan parte del salario según el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.



En la base no se incluye el auxilio de transporte, las prestaciones sociales ni los pagos que no constituyen salario.

Cuando se trate de salario integral, la base será el 70% de la totalidad del salario y para determinar la totalidad del salario integral se multiplica por 0,7.

Recordemos que el salario integral mínimo no puede ser inferior a 10 salarios mínimos mensuales más un 30% como factor prestacional, es decir, que el salario integral no puede ser inferior a 13 salarios mínimos mensuales.

Así, si el salario integral es de \$15.000.000, la base para los aportes en salud será de $15.000.000 \times 0,7 = 10.500.000$.

El salario base para los aportes a salud no puede ser inferior al salario mínimo, lo que implica que en aquellos contratos de medio tiempo en donde se devenga menos de un salario mínimo, el aporte se debe realizar sobre el salario mínimo, debiendo tanto el trabajador como el empresario completar el valor faltante en las mismas proporciones.

Supongamos que el trabajador devenga un salario de \$1.000.000; al calcular los aportes a salud, la base no serán los \$1.000.000 sino el salario mínimo, que en el 2023 es de \$1.160.000, por lo tanto, el aporte de cada uno será de:

- Empleador: $\$1.160.000 \times 8.5\% = \98.600 .
- Trabajador: $\$1.160.000 \times 4\% = \46.400 .

Nota: No se debe olvidar que los aportes a salud que deben hacer las empresas (8.5%) no se hacen por aquellos trabajadores que devenguen menos de 10 salarios mínimos mensuales de acuerdo con el artículo 114-1 del estatuto tributario.

Grupo familiar en el sistema de seguridad social.

El grupo familiar en este caso hace referencia a las personas que el afiliado y



cotizante al sistema de seguridad puede afiliar o vincular como beneficiarios de este.

Este grupo está definido por el artículo 163 de la ley 100 de 1993 que fue modificado por la ley 1753 de 2015, y corresponde a las siguientes personas:

- a) El cónyuge.
- b) A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente.
- c) Los hijos hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad que dependen económicamente del afiliado.
- d) Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado.
- e) Los hijos del cónyuge o compañero permanente del afiliado que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales e) y d) del presente artículo.
- f) Los hijos de beneficiarios y hasta que dichos beneficiarios conserven su condición.
- g) Las personas identificadas en los literales e), d) y e) del presente artículo que están a cargo del afiliado familiar hasta el tercer grado de consanguinidad como consecuencia del fallecimiento o la ausencia de sus padres o la pérdida de la patria potestad por parte de estos.
- h) A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de este.
- i) Los menores entregados en custodia legal por la autoridad competente.

La ley afirma que se debe entender como dependencia económica cuando una persona recibe de otra los medios para subsistir, es decir, que puede ser una persona que a pesar de tener plenas capacidades no tiene trabajo y en consecuencia depende de otra para subsistir.

En cuanto a los hijos entre 18 y 25 años la ley presume que dependen



económicamente de sus padres por el sólo hecho de no estar cotizando ni como dependientes ni como independientes, de tal suerte que el cotizante no debe probar la dependencia económica de sus hijos, sino que bastará con que estos no estén cotizando al sistema de seguridad social, pues la ley lo ha presumido así.

Un aspecto importante que resaltar tiene que ver con la posibilidad de afiliar familiares hasta el tercer grado de consanguinidad, si dependen económicamente del cotizante, y entre estos tenemos:

1º Grado: Padres e hijos

2º Grado: Hermanos, nietos y abuelos

3º Grado: Tíos, sobrinos y biznietos

Sin duda un gran número de familiares que pueden ser afiliados como beneficiarios del cotizante.

Las graves consecuencias de omitir la afiliación de los empleados al sistema de seguridad social.

En un país con un alto grado de economía informal y una cultura muy arraigada de burlar los derechos laborales de los trabajadores, es común que muchos empleadores no afilien a sus trabajadores al sistema de seguridad social, lo cual puede tener graves consecuencias para el empleador.

Si el trabajador no está afiliado a una EPS, a una ARL o un fondo de pensión, en caso de enfermedad o accidente el empleador debe correr con todos los gastos médicos y hospitalarios, y además debe pagar las incapacidades correspondientes.

Y si el asunto es más grave aún y el trabajador queda con un alto grado de discapacidad por cuenta del accidente o de la enfermedad, el empleador



tendrá que asumir la pensión respectiva, que como ha de suponerse supone un gran esfuerzo económico.

Algunos empresarios creen que si el trabajador está afiliado al SISBEN se libran de todo riesgo, pero no es cierto.

Es posible que cualquier enfermedad en efecto sea cubierta por el SISBEN, pero el SISBEN no pagará incapacidades ni mucho menos pensión, así que es muy probable que el pequeño ahorro que buscó el empleador al no afiliar a sus trabajadores al sistema de seguridad social, pueda ser la causa de su ruina total, pues es muy probable que termine pagando elevadas cuentas que hubieran sido pagadas por el sistema de seguridad social de haber afiliado a sus trabajadores.

Es cierto que la mayoría de las veces nunca pasa nada, ¿pero qué garantía hay de que a usted no le pase algo?

Ponga a trabajar a sus empleados sólo cuando entre en vigor la afiliación al sistema de seguridad social.

Nunca haga que los trabajadores nuevos inicien actividades sin que antes estén cubiertos por el sistema de seguridad social, esto es, antes de que estén efectivamente vinculados al sistema.

Es costumbre de muchos empresarios vincular trabajadores nuevos y ponerlos a trabajar inmediatamente, sin antes hacer la respectiva afiliación a la EPS, ARL y fondo de pensión, lo que supone un gran riesgo.

Mientras afilia al trabajador, o mientras la afiliación se hace efectiva pueden suceder accidentes, y si al momento de sufrir el accidente la cobertura de la seguridad social aún no se ha hecho efectiva, toda la responsabilidad económica corre por cuenta del empleador.



El empleado sólo debe iniciar labores una vez la vinculación se hace efectiva, una vez el riesgo está asegurado, lo que generalmente ocurre al siguiente día de la afiliación a partir de las 00 horas.

Si el trabajador es vinculado el lunes y la afiliación se realiza el lunes en el transcurso del día, ese lunes no está cubierto. La vinculación iniciará a las 00 horas del martes, por lo tanto, hasta el martes no debería el trabajador iniciar labores.

Lo ideal es que el contrato de trabajo inicie el día siguiente de la afiliación, pues de esa forma el inicio del contrato coincide con el inicio de la cobertura que ofrece el sistema de seguridad social, de manera que, si llegara a ocurrir cualquier eventualidad, la empresa no tendrá que responder por ella.

Casos se han visto donde el trabajador fallece, se accidenta o se enferma horas antes de entrar en vigencia la afiliación a la ARL o al fondo de pensiones, lo que supone un grave problema para la empresa, pues si ese evento es causa de un accidente de trabajo ocurrido el primer día de labores, la empresa tendrá que asumir las responsabilidades económicas del caso.

Fechas o plazos para pagar la seguridad social.

El decreto 780 de 2016 en sus artículos 3.2.2.1, 3.2.2.2 y 3.2.2.3 señala los plazos que se tienen para pagar los aportes a seguridad social y aportes parafiscales cuando haya lugar a ellos.

Aportantes con 200 o más cotizantes:

Dos últimos dígitos del NIT o documento de identificación	Día hábil de vencimiento
---	--------------------------



00 al 10	1°
11 al 23	2°
24 al 36	3°
37 al 49	4°
50 al 62	5°
63 al 75	6°
76 al 88	7°
89 al 99	8°

Aportantes con menos de 200 cotizantes:

Dos últimos dígitos del NIT o Documento de identificación	Día hábil de vencimiento
00 al 08	1°
09 al 16	2°
17 al 24	3°



25 al 32	4°
33 al 40	5°
41 al 48	6°
49 al 56	7°
57 al 64	8°
65 al 72	9°
73 a179	10
80 al 86	11
87 al 93	12
94 al 99	13

Trabajadores independientes:

Dos últimos dígitos del documento de identificación	Día hábil de vencimiento
00 al 07	1 °



08 al 14	2°
15 al 21	3°
22 al 28	4°
29 al 35	5°
36 al 42	6°
43 al 49	7°
50 al 56	8°
57 al 63	9°
64 al 69	10
70 al 75	11
76 al 81	12
82 al 87	13
88 al 93	14
94 al 99	15

Si los pagos se hacer luego de vencido el plazo, el aportante debe pagar intereses moratorios, y los empleadores que hagan los pagos



extemporáneamente, deben responder por la totalidad de los intereses moratorios sin que pueda trasladárselos a los trabajadores.

Seguridad social en colaboradores o miembros de iglesias y comunidades religiosas.

En unas líneas anteriores se trató el tema relacionado con la existencia o no de una relación laboral entre las iglesias o comunidades religiosas, y las personas que colaboran con ellas, donde se precisaron los requisitos que esa relación debe cumplir para que no se configure un contrato de trabajo.

Se concluyó allí que, si bien no existe una relación laboral entre los colaboradores y la comunidad religiosa, esta sí debe garantizar el derecho a la seguridad social de quienes colaboran activamente dentro de la comunidad.

Como no se trata de contrato de trabajo, la comunidad religiosa debe garantizar la afiliación de sus colaboradores como independientes según lo advierte la sala laboral de la corte suprema de justicia en sentencia 51272 de fecha 21 de junio de 2017 con ponencia del magistrado Fernando Castillo Cadena:

«Así que, existiendo regulación sobre la materia y atendiendo la característica del derecho a la seguridad social, no podía simplemente considerársele que, aunque prestase una labor carismática exclusiva a la comunidad, no remunerada en términos del derecho del trabajo, podía excluirse de la garantía de la seguridad social, menos, se insiste, existiendo una disposición que hacia forzosa su vinculación al Sistema General de Pensiones.»

Recordemos que la norma que actualmente regula la afiliación de los miembros de las comunidades religiosas es el artículo 13 de decreto 3615 de



2005 modificado por los decretos 2313 de 2006, 2172 de 2009 y 692 de 2010:

«Congregaciones religiosas. Para efectos de la afiliación de los miembros de las comunidades y congregaciones religiosas al Sistema de Seguridad Social Integral, estas se asimilan a las asociaciones.

Para efectos de la afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral, los miembros religiosos de las comunidades y congregaciones de que trata el presente artículo, tendrán el carácter de trabajadores independientes.

Parágrafo 1º. A las comunidades y congregaciones religiosas, no les será exigible la acreditación del número mínimo de afiliados, ni el establecimiento del servicio de afiliación colectiva al Sistema de Seguridad Social Integral dentro de sus Estatutos.

Parágrafo 2º. La reserva especial de garantía mínima de que trata el artículo 9º del presente decreto, deberá constituirse por cada miembro de la comunidad o congregación a través de cualquiera de los mecanismos previstos en el mismo y deberá prever permanentemente el valor correspondiente a dos (2) meses de cotizaciones a cada uno de los Sistemas de Seguridad Social Integral a los que se encuentren afiliados de manera colectiva.»

Luego la corte en la misma sentencia continúa diciendo:

«En ese sentido, y siendo indiscutible que sobre tales agremiaciones religiosas recaía el deber de solidaridad derivado además de los principios de la seguridad social, del cual no es posible declinar, al tener el carácter de fundamental, es que no es posible deslindarlas de su obligación de asumir el pago de las cotizaciones, de allí que surgía patente que debía la demandada proteger al actor, aspecto que no podía soslayarse, con una lectura rígida, menos entendiendo el contexto particular de la relación debatida, en la que era imperativo



diferenciar los contenidos de la disciplina social.»

Se ha de precisar que ni la norma ni la jurisprudencia precisan en qué casos específicos la comunidad religiosa queda obligada a afiliar al sistema de seguridad social a sus miembros, lo que hace muy difícil determinar a partir de qué tipo de compromiso se accede a ese derecho.

No es lo mismo un presbítero que dedica casi todo el día a las actividades de su iglesia que una señora que colabora con las misas de vez en cuando, por lo que sigue existiendo ese vacío y las comunidades religiosas están expuestas a demandas de personas que poco o mucho han colaborado dentro de la comunidad.

Seguridad social en licencias no remuneradas.

En primer lugar, es pertinente recordar que la seguridad social está compuesta por riesgos laborales, salud y pensión, y cada uno tiene un tratamiento diferente en el caso de licencias no remuneradas.

Según el numeral 4º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato de trabajo se suspende cuando el empleador otorga una licencia o permiso temporal, lo que tiene efectos sobre la remuneración, pero no necesariamente sobre la seguridad social.

Respecto a riesgos laborales, estando el trabajador de licencia no incurre en ningún riesgo puesto que no está laborando, y por consiguiente no hay razón para pagar riesgos laborales.

Respecto a los aportes en salud, el artículo 71 del decreto 806 de 1998 establece lo siguiente:

«Cotizaciones durante el período de huelga o suspensión temporal del contrato de trabajo. En los períodos de huelga o



suspensión temporal del contrato de trabajo por alguna de las causales contempladas en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, no habrá lugar al pago de los aportes por parte del afiliado, pero sí de los correspondientes al empleador los cuales se efectuarán con base en el último salario base reportado con anterioridad a la huelga o a la suspensión temporal del contrato.

En el caso de suspensión disciplinada o licencia no remunerada de los servidores públicos no habrá lugar a pago de aportes a la seguridad social, salvo cuando se levante la suspensión y haya lugar al pago de salarios por dicho período».

De acuerdo con lo anterior se concluye que en caso de licencias no remuneradas la empresa tendrá la obligación de seguir aportando a salud, más no el trabajador.

En cuanto a los aportes a pensión, según el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo), no es obligatorio para la empresa realizar aportes cuando el contrato de trabajo se suspende, que es lo que precisamente sucede cuando un empleado goza de una licencia no remunerada.

En efecto dijo el Ministerio de Protección mediante concepto 256873 de noviembre de 2007:

«(...) De otra parte y en materia de pensiones, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, indica que durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

El segundo inciso de la norma en cuestión, establece que la



obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensiones por invalidez o anticipadamente.

Expuesto lo anterior, considera esta oficina que efectivamente lo previsto en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, es un mandato en virtud del cual, en tanto exista o se encuentre vigente una relación laboral persiste la obligación de efectuar los aportes al Sistema General de Pensiones

El criterio de no obligatoriedad de cotizar en pensiones durante una licencia no remunerada que tiene esta oficina, ha sido compartido igualmente por la Dirección General de Seguridad Económica y Pensiones de esta entidad, la cual en oficio No 103464 del 15 de mayo del presente año, en uno de sus apartes y previa consulta técnica a ella formulada por esta oficina, ha expresado:

"(...)

Ahora bien, el artículo 53 del código citado, precisa cuales son los efectos de la suspensión del contrato de trabajo:

"Artículo 53, Efectos de la suspensión. Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 57 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el empleador la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del empleador, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que te correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores, Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el empleador al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones, (Se



resalta)

De la lectura del artículo 53 citado, se determina que los períodos de suspensión del contrato de trabajo no constituyen tiempos válidos para el reconocimiento pensional, pues expresamente se autorizaba al empleador a descontar los mismos para efectos de la jubilación.

La pensión de jubilación a la que se refiere la norma en comento, corresponde en el Sistema General de Pensiones a la pensión de vejez.

Entonces, como quiera que durante la licencia no remunerada el trabajador no presta sus servicios Y Por consiguiente el empleador no está obligado a pagar los salarios durante el tiempo de la misma, y teniendo en cuenta que la norma laboral es muy clara en cuanto a las obligaciones que se mantienen vigentes en cabeza del empleador cuando se suspende el contrato de trabajo, consideramos que no le asiste la obligación a éste de realizar aportes en materia de pensiones.

Por lo anterior, los riesgos de invalidez y muerte podrían quedar descubiertos en la medida en que no se cumplan los requisitos de semanas mínimas de cotización que corresponden en ambos casos a 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al acaecimiento del fallecimiento o de la estructuración del estado de invalidez, y de fidelidad al Sistema General de Pensiones que exige un 20% de cotización al mismo, entre el momento en que el trabajador cumplió 20 años de edad y la fecha en que se presente alguno de los riesgos anotados, - por lo cual se recomienda que el trabajador asuma el pago de la cotización.

Ahora bien, hecha la aclaración anterior, esta oficina considera



frente a la situación planteada en su consulta, que existiendo el respectivo pago de aportes durante la suspensión del contrato de trabajo, no puede producirse la desafiliación o la suspensión del servicio de salud por Parte de la EPS, pues para que ello ocurra respecto de la suspensión, se necesitaría que se dejara de cotizar por más de un mes (art. 57 Decreto 806 de 1998) para que se produzca la desafiliación se requeriría que se dejara de cotizar más de tres meses, tal y como lo prevé el artículo 2 del Decreto 2400 de 2002 que modifica el Decreto 1703 del mismo año.

En cuanto al tema de las incapacidades, su reconocimiento estará sujeto a que efectivamente durante el período de suspensión del contrato de trabajo se continúe cotizando de forma completa e ininterrumpida, conforme los parámetros que para ello establece el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 y el artículo 9 del Decreto 783 de 2000 que modifica el numeral 1 del artículo 3º del Decreto 047 de 2000».

Es importante aclarar que, así como lo manifiesta el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo), el trabajador puede quedar descubierto del sistema de pensiones al no seguir aportando, lo cual significa un riesgo para la empresa puesto que a pesar de que el contrato de trabajo está suspendido, el vínculo laboral sigue existiendo y por ello la empresa podría eventualmente tener que asumir el riesgo no cubierto por el fondo de pensión debido a la ausencia de cotización.

Esto hace suponer que, aunque no exista obligación legal para la empresa el cotizar a pensión, sí es conveniente que lo haga, esto como una medida para evitar riesgos innecesarios que puedan llevar a pensionar eventualmente a un trabajador que goce de licencia no remunerada.



Seguridad social en trabajadores radicados en el exterior.

Uno de esos casos particulares, muy extraños, tiene que ver con los trabajadores que son vinculados por empresas colombianas y que luego son enviados a desempeñar sus labores en el exterior.

En estos casos, surge la inquietud sobre el tratamiento que se le debe dar a la seguridad social, por cuanto el trabajador estará viviendo en un país donde opera otro sistema, con normas diferentes y en donde el sistema colombiano no tiene cobertura.

Sobre el particular se ha pronunciado el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo) en concepto 302203 de septiembre 24 de 2009:

«En pensiones, el artículo 3º de la Ley 797 de 2003 modificadorio del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 establece que serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

1. En forma obligatoria: todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

2 En forma voluntaria: todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la presente ley.



Los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por ningún régimen de su país de origen o de cualquier otro. "

En este caso, debe señalarse que las anteriores disposiciones no han contemplado que el trabajador que se trasladó a laborar al exterior no se encuentra obligado a cotizar en pensiones, por lo contrario, esta oficina considera que al haberse celebrado el contrato en Colombia y al estar el mismo regido por la norma laboral colombiana, el trabajador en comento debe cotizar en pensiones, caso en el cual el empleador debe asumir de; 16% del aporte en pensiones el 75% y el trabajador el 25% restante.

En materia de salud, en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, se consagra entre otros principios o fundamentos del servicio público de salud, el siguiente.

2. Obligatoriedad. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleadora afiliación de sus trabajadores a este sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculos con algún empleador o capacidad de pago' ...

De otra parte, el artículo 157 literal A numeral 1 de la Ley 100 de 1993, señala que los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo 1 M titulo 111 de la Ley 100 de 1993.



Ahora bien, se tiene que el artículo 3 de la Ley 100 de 1993, dispone que el Estado garantizará a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social (el subrayado es nuestro).

De igual manera, el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, señala que se crea un plan obligatorio de salud, para que todos los habitantes del territorio nacional tengan acceso a él (el subrayado es nuestro).

Así las cosas, se concluye que el Sistema General de Seguridad Social en Salud está sujeto a un principio de territorialidad, según el cual, el sistema tiene por objeto la prestación de servicios de salud a todos los colombianos, en el territorio nacional, principio que no tiene un carácter absoluto, cuando el colombiano reside en territorio extranjero, razón por la cual, se considera que esta situación hace que esta persona se encuentre fuera del alcance de la Ley 100 de 1993, lo cual nos lleva a concluir frente al caso indicado en su comunicación, que el trabajador al prestar su actividad laboral en el exterior no está obligado a cotizar en salud y por ende ni el trabajador ni el empleador deben concurrir en el pago del aporte en comento.

En materia de riesgos profesionales, debe señalarse que ni el Decreto 1295 del 1994 ni ninguna otra disposición, han contemplado el cubrimiento del sistema en el extranjero, por tal razón, considera esta oficina que el trabajador que labora en el exterior no se encuentra obligado a afiliarse a una ARP.

En cuanto a los aportes parafiscales al SENA, LCBF y Subsidio Familiar, le sugerimos consultar lo pertinente ante cada entidad receptora del aporte, sea esta el propio SENA, LCBF o la Superintendencia de Subsidio Familiar».



Es clara la opinión del Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo) en el sentido de que en estos casos no existe la obligación para el empleado y para el empleador de realizar los aportes a seguridad social en salud, por cuanto el sistema no los podrá cubrir.

Sin embargo, hay que tener presente que en cualquier caso la empresa debe garantizar la seguridad social de sus trabajadores donde quiera que estos estén, puesto que, en caso de accidente, enfermedad o muerte, la empresa tendrá que responder con su patrimonio, lo que supone la necesidad de garantizar esa seguridad social ya sea en Colombia o en el exterior.

Esto supone la necesidad de afiliar al empleado al sistema de salud y riesgos laborales en el país correspondiente, de tal manera que el trabajador quede cubierto adecuadamente.

Ahora, si el trabajador no se traslada al exterior con su familia, esta quedará en Colombia y habrá que buscar la forma de que su familia quede protegida por el sistema de salud, lo que lleva a pensar que es necesario hacer los aportes a salud en el país en ese supuesto.

Respecto a los aportes de pensión no hay ningún inconveniente en que el trabajador, aun estando en el exterior, continúe realizando los aportes correspondientes, puesto por el hecho de trabajar en el exterior no representa un impedimento a la hora de reclamar la pensión llegado el momento.

Aportes a seguridad social en los trabajadores que trabajan por días.

Todo trabajador debe estar cubierto por el sistema de seguridad social así trabaje por días y trabaje unos pocos días al mes, como es el caso de las empleadas del servicio doméstico, o trabajadores que son contratados por



las empresas para que realicen algún trabajo puntual por algunos días cada mes.

En el caso de los trabajadores que laboran por días, el costo de la seguridad social plena resulta más elevado llegando a ser superior a los ingresos que el trabajador obtiene.

Por ejemplo, es el caso de la empleada del servicio doméstico que apenas labora un día a la semana. En tal caso, lo que la empleada devengue en un mes no le alcanzará para pagar la seguridad social, lo que impide que muchas personas puedan acceder al mercado laboral formal, aspecto que el gobierno solucionó permitiendo el pago de seguridad por días, dirigido a los trabajadores que laboran a tiempo parcial.

A continuación, exponemos con detalle el tema relacionado con los aportes a seguridad social cuando se labora por días o a tiempo parcial.

Seguridad social de los trabajadores independientes.

Los trabajadores independientes o por cuenta propia deben pagar aportes o cotizaciones a seguridad social.

El pago de aportes debe hacer quien tiene un contrato de prestación de servicios o quien tiene un negocio independiente, como el caso de los comerciantes.

¿Quiénes deben pagar seguridad social como independientes?

Toda persona que obtenga ingresos como independientes o por cuenta propia y tenga capacidad de pago según la ley, debe cotizar como independientes.



La 2277 de 2022 en su artículo 89 señala que todo trabajador independiente que obtenga ingresos netos mensuales iguales o superiores a un salario mínimo debe cotizar a seguridad social sobre el 40% de los ingresos mensuales.

Señala la norma referida:

«INGRESO BASE DE COTIZACIÓN (IBC) DE LOS INDEPENDIENTES. Los independientes por cuenta propia y los trabajadores independientes con contratos diferentes a prestación de servicios personales con ingresos netos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV) efectuarán su cotización mes vencido, sobre una base mínima de cotización del cuarenta por ciento (40%) del valor mensual de los ingresos causados para quienes están obligados a llevar contabilidad, o los efectivamente percibidos para los que no tienen dicha obligación, sin incluir el valor del impuesto sobre las ventas - IVA.

Sin perjuicio de lo anterior, quienes no están obligados a llevar contabilidad y decidan llevarla en debida forma, podrán tomar como ingresos para determinar la base de cotización el valor causado el efectivamente percibido. En estos casos será procedente la imputación de costos y deducciones siempre que se cumplan los criterios determinados en el artículo 107 del Estatuto Tributario y sin exceder los valores incluidos en la declaración de renta de la respectiva vigencia.

Los trabajadores independientes con ingresos netos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV) que celebren contratos de prestación de servicios personales, cotizarán mes vencido al Sistema de Seguridad Social Integral, sobre una base mínima del cuarenta por ciento (40%) del valor mensualizado del contrato, sin incluir el valor del impuesto sobre



/las ventas -IVA.

Cuando las personas objeto de la aplicación de la presente ley perciban ingresos de forma simultánea provenientes de la ejecución de varias actividades o contratos, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas por cada uno de los ingresos percibidos de conformidad con la normatividad aplicable.

PARÁGRAFO 1. Para efectos de la determinación del ingreso base de cotización de los trabajadores independientes por cuenta propia y para quienes celebren contratos diferentes de prestación de servicios personales que impliquen subcontratación y/o compra de insumos o expensas, la U.A.E. Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP deberá, atendiendo a los datos estadísticos producidos por la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN, por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE, por el Banco de la República, por la Superintendencia de Sociedades u otras entidades cuyas estadísticas fueren aplicables, determinar un esquema de presunción de costos.

No obstante, lo anterior, los obligados podrán establecer costos diferentes de los definidos por el esquema de presunción de costos de la UGPP, siempre y cuando cuenten con los documentos que soporten los costos y deducciones, los cuales deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario y demás normas que regulen las exigencias para la validez de dichos documentos.

PARÁGRAFO 2. La UGPP podrá aplicar el esquema de presunción previsto en el parágrafo anterior a los procesos de fiscalización en curso y a los que se inicien respecto de cualquier vigencia fiscal y a los que, siendo procedente y sin requerir el consentimiento previo, estén o llegaren a estar en trámite de resolver a través de revocación directa



y no dispongan de una situación jurídica consolidada por pago.»

Los ingresos netos por lo general son inferiores a los ingresos brutos, no debiéndose entender como utilidad (ingresos menos costos), sino ingresos brutos menos devoluciones y rescisiones.

Afiliación de los trabajadores independientes a seguridad social.

El trabajador independiente debe afiliarse a la EPS y al fondo de pensiones de su preferencia, y el contratante del trabajador independiente debe afiliarlo a la ARL.

Es decir que quien afilia al trabajador independiente a la ARL es quien lo contrata.

Cuando se tienen varios contratantes se hace una sola afiliación al trabajador en cada entidad, pero en el caso de la ARL, cada contratante debe afiliar al trabajador a su misma ARL, pues cada contrato puede conllevar un riesgo diferente que debe ser individualizado según el contratante.

Base de cotización en los trabajadores independientes.

El ingreso base de cotización a seguridad social en los trabajadores independientes depende del origen del ingreso o tipo de contratación.

Están los trabajadores independientes con contratos de prestación de servicios y los que se conocen como trabajadores por cuenta propia, concepto ampliable a comerciantes y en general a todo trabajador que obtenga ingresos diferentes a un contrato de servicios.



Base de cotización en el contrato de prestación de servicios.

En el caso del contrato por prestación de servicios en el que no se requieren insumos ni subcontratar personal, el ingreso base de cotización es el 40% sobre el valor de los ingresos mensuales.

El artículo 3.2.7.1 del decreto 780 de 2015 señala al respecto:

«El Ingreso Base de Cotización (IBC), al Sistema de Seguridad Social Integral del trabajador independiente con contrato de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante corresponde mínimo al cuarenta por ciento (40%) del valor mensualizado de cada contrato, sin incluir el valor total del Impuesto al Valor Agregado (IVA), cuando a ello haya lugar. En ningún caso el IBC podrá ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente ni superior a 25 veces el salario mínimo mensual legal vigente.

Cuando por inicio o terminación del contrato de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante resulte un periodo inferior a un mes, el pago de la cotización al Sistema de Seguridad Social Integral se realizará por el número de días que corresponda. El Ingreso Base de Cotización (IBC), no podrá ser inferior a la proporción del salario mínimo mensual legal vigente.

En los contratos de duración y/o valor total indeterminado no habrá lugar a la mensualización del contrato. En este caso los aportes se calcularán con base en los valores que se causen durante cada periodo de cotización.»

En este tipo de contrato no se puede descontar ni deducir ningún valor por cuanto la base no permite depuración alguna, y la base se determina simple y llanamente aplicando el 40% sobre el ingreso mensual, si en que el



resultado sea inferior a un salario mínimo mensual.

Base de cotización en trabajadores por cuenta propia y contratos diferentes al de servicios.

En las actividades diferentes a la prestación de servicios personales mediante contrato de servicios, donde se requiere de insumos o subcontratar personal, para determinar la base de cotización se pueden restar los costos y deducciones a que haya lugar en la medida en que cumplan los requisitos que contempla el artículo 107 del estatuto tributario.

Así, de los ingresos obtenidos en el mes se restan los costos y las deducciones que sean imputables a los ingresos generados y a ese resultado se le aplica el 40%.

En todo caso, el resultado no puede ser inferior al salario mínimo.

Esto aplica para los independientes como ingenieros, comerciantes y demás persona que ejerzan una actividad cualquiera que implique incurrir en costos y gastos para poder generar los ingresos.

Base de cotización en contratos indeterminados.

Cuando se tiene un contrato de valor indeterminado o tiempo indeterminado, ya no es necesario mensualizar el valor del contrato para determinar el ingreso base de cotización, sino que este será el que cada mes se cause realmente.

Es decir que ya no es necesario hacer promedios mensuales para determinar el IBC, pues este será el que dicte el desembolso real que se haga cada periodo.

Es así por disposición del artículo 3.2.7.1 del decreto 780 de 2016 modificado



por el decreto 1273 del 23 de julio de 2018.

Iva no se incluye para determinar la base de cotización en independientes.

Para determinar el ingreso base de cotización no se debe incluir el Iva que se cobra en el contrato, pues así lo dispone la norma expresamente.

En los contratos de servicios prestados por responsables del impuesto a las ventas se cobra el Iva, de manera que el contratista recibe mensualmente el valor del contrato más el Iva, pero sólo se tiene en cuenta los ingresos antes de impuestos para calcular el 40%.

Porcentaje o monto de los pagos a seguridad social de los independientes.

Los trabajadores independientes deben pagar por cuenta la totalidad de los aportes a seguridad social, que para el 2023 son:

Concepto	Porcentaje de aporte
Aportes a salud	12.5%
Aportes a pensión	16%
Aporte a riesgos laborales	Según nivel del riesgo.

En el caso de los aportes a riesgos laborales, cuando se trata de los niveles IV y V, el pago le corresponde al contratante. Para los riesgos I, II y III le corresponde al trabajador independiente asumir el pago total.

Fecha de pago de los aportes en los trabajadores independientes.

Los trabajadores independientes deben pagar sus aportes mes vencidos



según lo dice el artículo 2.2.1.1.1.7 de decreto 780 de 2015:

«El pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral de los trabajadores independientes se efectuará mes vencido, por periodos mensuales, a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) y teniendo en cuenta los ingresos percibidos en el periodo de cotización, esto es, el mes anterior.

Lo dispuesto en el presente artículo no afecta las coberturas de las prestaciones de cada uno de los Subsistemas del Sistema de Seguridad Social Integral que, conforme a la normativa vigente, las entidades administradoras de los mismos deben garantizar a sus afiliados.»

Los plazos para pagar los aportes son los siguientes.

Día hábil.	Dos últimos dígitos del NIT o documento de identificación
2º	00 al 07
3º	08 al 14
4º	15 al 21
5º	22 al 28
6º	29 al 35
7º	36 al 42
8º	43 al 49
9º	50 al 56
10	57 al 63
11	64 al 69
12	70 al 75
13	76 al 81
14	82 al 87
15	88 al 93



16

94 al 99

Aportes a seguridad social para trabajadores independientes que devengan menos del salario mínimo.

Aquellos trabajadores independientes que devenguen menos de un salario mínimo no están obligados a realizar aportes a seguridad social en vista a que no tienen capacidad de pago en los términos antes expuestos, y son estas personas las que deben afiliarse al régimen subsidiado de salud o Sisben.

No obstante, existe la posibilidad de que, sin afiliarse a salud, es decir, siendo beneficiarios del Sisben puedan aportar a pensión con el subsidio de parte de la cotización, información que encuentra en el siguiente artículo.

¿Se deben pagar aportes a seguridad social por ganancias ocasionales?

Cualquier persona que obtenga una ganancia ocasional se preguntará si debe pagar seguridad sobre ella como trabajador independiente.

¿Una persona natural debe realizar aportes a seguridad social como independientes sobre los ingresos por ganancias ocasionales?

A juzgar por la redacción del artículo 135 de la ley 1753 de 2015, sí se deberían relazar aportes a seguridad social sobre las ganancias ocasionales.

Dicha ley afirma que se deben realizar aportes sobre los ingresos, sin especificar qué tipo de ingresos, de manera que cualquiera sea el origen de los ingresos se deberían realizar aportes a seguridad social sobre ellos.

En tal caso el aporte se debería realizar sobre la ganancia ocasional neta o



utilidad.

Por ejemplo, si usted vende su casa en \$100.000.000 cuyo costo fiscal es de \$60.000.000, obtiene una ganancia neta de \$40.000.000; a ese valor le aplica el 40% dando \$16.000.000 y sobre ese valor pagaría la seguridad social, esto es aproximadamente \$4.560.000.

Como está redactada la ley nada le impide a la UGPP cobrar seguridad social sobre estos ingresos, lo que obligaría a la persona a planear mejor sus negocios.

Sin embargo, la UGPP en concepto N.^o 680071 del 27 de agosto 2018 indicó:

«De conformidad con lo establecido en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 3 de la Ley 797 de 2003, modificadorio del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo, servidores públicos, pensionados, trabajadores independientes, y personas naturales que presten directamente servicios al Estado o al sector privado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, están obligados a afiliarse y pagar los aportes al Sistema General de Seguridad Social – SGSS.

De otra parte y en lo que respecta al ingreso a su patrimonio de una suma de dinero proveniente de la venta de un bien de su propiedad, podemos señalar que este ingreso constituye una ganancia ocasional conforme lo indica el artículo 300 del Estatuto Tributario, que genera unas obligaciones fiscales, pero en materia de seguridad social, por no provenir los ingresos del ejercicio de una actividad económica desarrollada por usted, no nace la obligación de realizar aportes los aportes.

En todo caso se recomienda conservar las pruebas, debido a que con ocasión de cruces de información tributaria y de seguridad social, pueden detectarse a su nombre ingresos sobre los cuales no realiza



aportes al Sistema de la Seguridad Social, ocasionando que sea objeto de una acción persuasiva o proceso de fiscalización, oportunidad en la cual podrá desvirtuar los hechos aportando las pruebas correspondientes.»

Por ahora los ingresos que constituyan ganancia ocasional no son base de liquidación de aportes a la seguridad social de los independientes.

Aportes cuando se obtienen ingresos como asalariado y como independiente.

Un trabajador asalariado que además de salario obtenga ingresos como trabajador independiente, debe cotizar a seguridad social sobre la totalidad de los ingresos, es decir, cotiza como asalariado en la empresa para la que trabaja, y debe cotizar sobre los ingresos que obtenga como independiente.

La duda se presenta sobre la base que se ha de utilizar para cotizar sobre los ingresos que no son laborales.

La ley señala que los trabajadores independientes deben cotizar sobre el 40% de los ingresos, previa depuración si hay lugar a ello, tema sobre el que tampoco hay discusión.

La duda surge cuando los ingresos obtenidos como independiente son ínfimos de manera que su 40% queda por debajo del salario mínimo.

La regla general es que la base mínima de cotización a seguridad social es de un salario mínimo mensual (Artículo 18 de la ley 100 de 1993), disposición que ha servido para que la UGPP opine que, en este caso también aplica esta base mínima, cuando hay razones para considerar que no es así, al menos por justicia.

Supongamos un contador público asalariado con un sueldo de \$2.000.000 que además lleva la contabilidad de una pequeña empresa por la que la



pagan \$500.000 mensuales.

Ese contador debe cotizar a seguridad social sobre esos \$500.000, y la base sería el 40%, es decir, sobre \$200.000, pero como la UGPP interpreta que aun en este caso la base mínima de cotización no puede ser inferior al salario mínimo, el contador tendría que cotizar sobre un salario mínimo, que daría una cotización aproximada de \$330.600 para el 2023, es decir que este contador de los \$500.000 que gana, debería destinar aproximadamente el 66% para pagar seguridad social, lo que resulta claramente confiscatorio.

En casos como este, el límite del salario mínimo no debería considerarse, por cuanto el afiliado ya está cotizando sobre un valor superior respecto a sus ingresos laborales (\$2.000.000), y considerando al afiliado con su totalidad de ingresos, se está cumpliendo con la base mínima que contempla el artículo 18 de la ley 100.

Para efectos de determinar la base mínima de cotización de cada afiliado, se deberían sumar las bases tanto de ingresos laborales como independientes.

Y en efecto, para determinar la base máxima de cotización de 25 salarios mensuales se toman los dos tipos de ingresos como lo dispuso el artículo 29 del decreto 1406 de 1999:

«Aportes íntegros al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Los trabajadores que tengan un vínculo laboral o legal y reglamentario y que, además de su salario, perciban ingresos como trabajadores independientes, deberán autoliquidar y pagar el valor de sus aportes al SGSSS en lo relacionado con dichos ingresos.

En todo caso, el Ingreso Base de Cotización no podrá exceder de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.»

El artículo 29 del decreto 1406 referido debe ser interpretado considerando el nuevo límite máximo de 25 salarios mínimos que introdujo la ley 797 de



2003.

Prestaciones económicas en el sistema de salud.

El sistema de salud debe pagar al trabajador unas prestaciones económicas cuando este, en razón a su estado de salud, no puede trabajar.

Así, por ejemplo, cuando un trabajador se incapacita, la EPS deberá pagarle un auxilio o subsidio que garantice al trabajador su manutención durante el tiempo que dure incapacitado.

Las prestaciones económicas a cargo de la EPS son las incapacidades por enfermedad de origen común y la licencia de maternidad.

Respecto a las incapacidades por enfermedad de origen común, los primeros dos días están a cargo del empresario. Así, la empresa deberá pagar los primeros dos días de incapacidad, y la EPS a partir del 3 día conforme lo establece el artículo 1 del decreto 2943 de diciembre 17 de 2013 que modifica el parágrafo primero del artículo 40 del decreto 1406 de 1999:

«En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos

(2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado.»



Corresponde pues a la empresa asumir los primeros dos días de incapacidad del trabajador.

A partir del tercer día, la incapacidad debe ser asumida por la EPS si se trata de una incapacidad generada por enfermedad general.

Si la incapacidad es causada por una enfermedad profesional, esta será cubierta por la ARL desde el día siguiente al suceso de los hechos.

Incapacidades laborales.

Se define como incapacidad laboral la incapacidad que afronta un trabajador para laborar como consecuencia de una enfermedad o un accidente de trabajo.

La incapacidad puede ser de origen común o de origen laboral.

La incapacidad laboral puede presentarse de forma temporal o permanente, y puede ser parcial o total. Una incapacidad permanente conduce necesariamente a la pensión del trabajador, y una temporal a una especie de licencia temporal mientras el trabajador se recupera.

Incapacidad laboral de origen común.

La incapacidad laboral de origen común es aquella que se origina en una enfermedad no profesional, o en un accidente no laboral, es decir que no ocurrió en ocasión al trabajo que desarrolla el trabajador, como una gripe o una caída de fin de semana mientras el trabajador estaba de paseo.

La incapacidad de origen común está a cargo de la EPS, pero sólo a partir del tercer día, es decir, que la empresa debe asumir la incapacidad de los dos primeros días.

La incapacidad en todo caso la paga la empresa directamente al trabajador,



y luego la empresa repite contra la EPS, o mejor, le descuenta de los aportes que esa hace a la EPS en los periodos siguientes.

Significa esto que el trabajador no debe ponerse en el trabajo de cobrar a la EPS la incapacidad, excepto si es trabajador independiente, caso en el cual como él actúa como su propio empleador, entonces debe hacer las gestiones correspondientes.

La incapacidad laboral de origen común corresponde al 66.6% del salario base de cotización durante los primeros 90 días, y luego del 50%, siempre que el resultado no sea inferior al mínimo.

Incapacidades laborales de origen profesional.

La incapacidad de origen laboral o profesional es aquella que se deriva de una enfermedad ligada con las actividades del trabajador en la empresa, o de un accidente sucedido en la empresa o en mientras estaba laborando, como por ejemplo una dolencia del túnel de Carpio en una secretaría o una fractura que sufre el trabajador mientras opera una máquina de la empresa.

La incapacidad originada en una enfermedad de origen profesional o por un accidente de trabajo, debe ser pagada por la administradora de riesgos laborales [ARL] a la que esté afiliada la empresa.

Para el caso de las incapacidades originadas en una enfermedad profesional o accidente de trabajo, la ARL debe cubrirla desde el primer día de incapacidad, y corresponde al 100% del salario base de cotización.

Incapacidad laboral cuando el trabajador no está afiliado a seguridad social.

Si la empresa no tiene a su empleado afiliado a una EPS o ARL, en caso de una incapacidad la empresa deberá pagar la totalidad de la incapacidad, y



en caso de que el empleado no pueda rehabilitarse o recuperar su plena capacidad, deberá pensionarlo.

Igualmente, la empresa debe asumir todo el costo de los tratamientos, medicamentos y terapias de recuperación que necesite el trabajador.

Base para el pago de incapacidades.

La base para el cálculo y pago de la incapacidad no es el sueldo devengado por el trabajador sino el sueldo sobre el cual se cotizó, aunque por lo general deben ser iguales, pero en los casos en que se pactan valores no constitutivos de salario, la base sobre la cual se cotiza a seguridad social es inferior al salario del trabajador.

En otras palabras, la base para calcular la incapacidad es el llamado ingreso base de liquidación, o ingreso base de cotización, que es el ingreso que la empresa reporta en la planilla o PILA, y sobre el que hace las respectivas cotizaciones.

Se recuerda que, en la incapacidad laboral de origen común reconocida por la EPS, esta paga desde el tercer día y paga el 66.66% del IBL, en tanto la incapacidad de origen profesional es la ARL la que la reconoce, y se paga desde el primer día sobre una base del 100% del IBL.

Resumiendo, tenemos:

- Incapacidad origen común: Empleador 2 días EPS a partir del 3 día. Monto 66.66% por los primeros 90 días y el 50% luego de los 90 días, respetando el salario mínimo
- Incapacidad origen laboral. ARL desde el primer día. Monto 100% respetando el salario mínimo.

Si la EPS o la ARL no reconocen una incapacidad por la razón que sea, le corresponde al empleador asumirla, toda vez que la incapacidad no



suspende el contrato de trabajo, de manera que el trabajador debe seguir recibiendo la remuneración que le corresponda.

¿Quién paga las incapacidades laborales?

Las incapacidades laborales son de dos tipos, y dependiendo del tipo de incapacidad, y de la duración de esta, el obligado a pagarlas cambia.

En las incapacidades de origen laboral.

Las incapacidades laborales que se originan en un accidente o enfermedad de origen laboral deben ser pagadas por la ARL a la que está afiliado el trabajador.

La ARL paga la incapacidad desde el día siguiente al suceso hasta que el trabajador se recupere o hasta que sea pensionado por invalidez.

Es importante precisar que el día en que sucede un accidente es pagado por el empleador, pues es un día que ya está en curso por lo que la ARL pagará desde el siguiente día en que sucede el accidente o enfermedad que da origen a la incapacidad.

En las incapacidades de origen común.

Las incapacidades de origen común las debe pagar el empleador, la EPS y el fondo de pensiones según la duración de la incapacidad:

- 0 a 2 días: Empleador
- 3 a 180 días: La EPS.
- 181 a 540: Fondo de pensión.
- 541 en adelante la EPS en los siguientes casos:
 - Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido



por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

- Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.
- Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.
- En los demás casos luego de 540 días los paga el fondo de pensión.

Es importante precisar que la incapacidad de los días 180 a 540 los paga el fondo de pensión siempre que la EPS haya remitido al fondo de pensión el concepto de rehabilitación, pues si no lo hace, la EPS debe pagar esas incapacidades.

Plazo que tiene la EPS para pagar las incapacidades laborales.

El decreto único reglamentario 780 de 2016 en su artículo 2.2.3.4.3 fija claramente esos plazos:

«La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará por la entidad promotora de salud o entidad adaptada dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su presentación por el aportante, o del interesado en los eventos de licencia de maternidad por extensión.

Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, la entidad promotora de salud o la entidad adaptada efectuará el pago de las prestaciones que haya autorizado, directamente al aportante, o al interesado,



según corresponda, mediante transferencia electrónica. La EPS o entidad adaptada que no cumpla con el plazo definido para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorias al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.

La entidad promotora de salud o la entidad adaptada enviará comunicación por el medio autorizado por el usuario, informando el monto reconocido y pagado de la respectiva prestación, y podrá verificar por cualquier medio que el beneficiario de la prestación económica la haya recibido.

De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o entidad adaptada, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.»

De acuerdo a lo anterior existen dos plazos:

- Plazo para revisar, autorizar y liquidar la incapacidad: 15 días hábiles desde la presentación de la solicitud.
- Plazo para pagar la incapacidad: 5 días hábiles a partir de la autorización del pago de la incapacidad por parte de la EPS.

Naturalmente que primero debe surtirse la autorización para luego proceder a realizar el pago dentro de los términos ya señalados.

Este mismo plazo aplica para el pago de la licencia de maternidad.



Licencia de maternidad.

La licencia de Maternidad es un descanso remunerado de 18 semanas que la ley confiere a la mujer que tiene un hijo, que es pagado por el empleador y reconocido por la EPS.

¿Quién tiene derecho a la licencia de maternidad?

La licencia de maternidad está regulada por el artículo 236 del código sustantivo del trabajo y aplica tanto para mujeres vinculadas con un contrato de trabajo, como las que están vinculadas con un contrato de prestación de servicios quienes deben afiliarse como independientes.

Toda mujer que dé a luz a un hijo, incluso si este fallece, y que sea trabajadora vinculada mediante una relación laboral o que cotice a salud como independiente, es decir, que este derecho lo tienen todas las mujeres que estén afiliadas a una EPS como cotizantes.

La licencia de maternidad aplica también para la madre adoptante en las mismas condiciones que la madre biológica, considerando que en este caso la licencia inicia desde el día en que el hijo adoptado le es entregado oficialmente.

Requisitos para tener derecho a la licencia de maternidad.

Los requisitos aquí señalados son los exigidos por la EPS para reconocer y pagar la licencia, pero en caso de no cumplirse esos requisitos, el empleador debe en todo caso pagar la licencia, pues el contrato de trabajo no se suspende por una licencia de maternidad, y la trabajadora seguirá teniendo derecho al salario pactado.

Para que la EPS reconozca y pague la licencia de maternidad, se requiere



cumplir una serie de requisitos.

Estos requisitos están contemplados en el decreto único 780 de 2016, que fija las condiciones en que la EPS reconoce la licencia de maternidad.

Los requisitos que se deben cumplir son básicamente 3:

- Ser afiliada como cotizante.
- Haber cotizado durante el periodo de gestación.
- Estar al día en el pago de las cotizaciones.

A continuación, abordamos con más detalle cada uno de estos requisitos.

La licencia de maternidad requiere ser cotizante al sistema de salud.

Para que una trabajadora pueda acceder a la licencia de maternidad, requiere estar afiliada como cotizante a una EPS.

Este derecho no favorece a la mujer beneficiaria en salud, ni a quien esté afiliada al SISBEN. La EPS paga la licencia de maternidad si previamente le han pagado cotizaciones.

La necesidad de haber cotizado durante el periodo de gestación.

El artículo 2.2.3.2.1 del decreto 780 de 2016 exige que, para pagar la licencia de maternidad, la trabajadora debe haber cotizado durante todo el tiempo de gestación.

Si ese no fuere el caso, se puede pagar proporcionalmente de acuerdo con el tiempo cotizado, siempre que la falta de cotización se deba a que se inició a cotizar luego de iniciada la gestación, o que si ha incurrido en mora, haya pagado las cotizaciones e intereses moratorios en el periodo en que inicia la



licencia.

La cotizante debe estar al día con el pago de las cotizaciones.

La EPS paga la licencia de maternidad siempre que la afiliada esté al día con el pago de las cotizaciones a la fecha del parto.

Al respecto dice la norma antes citada en su tercer inciso:

«En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.»

Es decir que el hecho de haber estado en mora no hace que se pierda la licencia de maternidad, lo importante es que a la fecha del parto haya pagado las cotizaciones en mora y los intereses moratorios respectivos.

Se insiste en que el día en que suceda el parto, se debe estar al día, no vale pagar lo adeudado luego de esa fecha.

¿Qué pasa con la licencia de maternidad cuando no se cumplen los requisitos de ley?

Los requisitos que hemos expuesto aquí son para que la EPS pague la licencia, de manera que, si no se cumplen esos requisitos, la EPS no pagará la licencia, y luego la pregunta: ¿Qué pasa si la EPS no paga la licencia de maternidad?

Eso dependerá del tipo de cotizante o afiliada.



Si la afiliada es dependiente, es decir, está vinculada laboralmente con un contrato de trabajo, la licencia debe ser pagada en su totalidad por el empleador, y para ello la trabajadora no debe cumplir ningún requisito.

Será suficiente con que a la fecha del parto tenga vigente el contrato de trabajo para que el empleador tenga la obligación de concederle la licencia de maternidad y pagarle lo que corresponda.

Si la afiliada es independiente como en el caso de la trabajadora vinculada con un contrato de prestación de servicios, no habrá quien pague la licencia de maternidad que no pague la EPS, puesto que esa obligación no le corresponde a quien la ha contratado.

En otras palabras, la trabajadora independiente pierde la licencia de maternidad.

En todo caso, la licencia como tal, es decir el descanso, se debe otorgar, puesto que es un derecho que tiene toda madre biológica o adoptante.

Documentos que se requieren para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

Para que el empleador conceda la licencia o el descanso remunerado, la trabajadora debe allegar un certificado médico en el que conste lo siguiente según el artículo 236 del código sustantivo del trabajo:

- El estado de embarazo de la trabajadora.
- La indicación del día probable del parto.
- La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Recordemos que una cosa es que el empleador conceda la licencia, es decir, autorice a la trabajadora para que no regrese a trabajar, y otra es el pago de



la licencia.

Duración de la licencia de maternidad.

La licencia de maternidad es de 18 semanas completas, pero hay casos especiales en los que cambia la duración de la licencia de maternidad, y que exponemos a continuación.

Es importante precisar que la licencia de maternidad se cuenta por días calendario y no por días hábiles.

Como la licencia es de 18 semanas y cada semana tiene 7 días, en total son 126 días calendario de licencia o descanso remunerado por maternidad.

Licencia de maternidad en partos múltiples.

La licencia de maternidad cuando se produce un parto múltiple es de 20 semanas, 2 semanas más que cuando el parto es de un solo bebé.

La regla general contemplada por el artículo 236 del código sustantivo del trabajo es que la licencia de maternidad corresponde a 18 semanas, 1 o 2 de las cuales se deben disfrutar antes del parto.

Sin embargo, el numeral 5 del referido artículo contempla que en caso de partos múltiples la licencia se incrementará en 2 semanas.

«(...) Cuando se trate de madres con parto múltiple o madres de un hijo con discapacidad, la licencia se ampliará en dos semanas más.»

Si el parto además de múltiple es prematuro, a las 2 semanas que le corresponden por ser múltiple, se la adicionan las semanas en que se adelantó el parto respecto a la fecha estimada por el médico.

Las semanas de licencia adicionadas por el parto múltiple siempre serán 2



sin importar si los nacimientos fueron dos, tres o más, pues la ley no consideró que entre más nacimientos se dieran más serían las semanas adicionadas a la licencia de maternidad; simplemente se limitó a establecer que serían dos semanas adicionales.

También se incrementa en dos semanas la licencia de maternidad cuando se trata de una madre de un hijo con discapacidad, que bien puede ser un hijo distinto al recién nacido.

Licencia de maternidad en partos prematuros.

La licencia de maternidad en partos prematuros es superior a la licencia de maternidad normal, que es de 18 semanas.

Cuando el parto es prematuro, la licencia de maternidad se extiende por el mismo tiempo en que se haya adelantado el parto.

Dice el artículo 236 del código sustantivo del trabajo en la parte pertinente:

«La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. (...)»

Médicamente se considera que un parto normal sucede después de las 38 semanas de gestación, de manera que, si este se da en la semana 35, por ejemplo, el parto se ha adelantado 2 semanas, semanas que se deben sumar a la licencia de maternidad normal, que es de 18 semanas, y en consecuencia la licencia será de 20 semanas, y si el parto se adelanta 3 semanas, la licencia será de 21 semanas, etc.

La idea es que la madre esté junto a su bebé el tiempo que este necesita para estar en las condiciones de cualquier niño con nacimiento a tiempo, puesto que en los partos prematuros suele ocurrir que se requiere hacer de mamá



«canguro» para conseguir que el bebé termine su desarrollo normal, por lo que es preciso conceder el tiempo necesario para que la madre acompañe al lactante en ese proceso.

¿Cuándo inicia la licencia de maternidad?

La licencia de maternidad debe iniciar como mínimo una semana antes de la fecha probable del parto como lo dispone el numeral 6 del artículo 236 del código sustantivo del trabajo:

- Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomar la semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.
- Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo con lo previsto en el literal anterior. Si la trabajadora inicia la licencia de maternidad dos semanas antes el parto, las otras semanas para completar las 18 semanas se disfrutarán luego del parto. El punto es que en total la licencia de maternidad es de 18 semanas.

La licencia de maternidad obligatoriamente debe iniciarse una semana antes del parto, a no ser que por criterio médico no sea necesario.

Monto de la licencia de maternidad.

La licencia de maternidad se remunera según el salario que tenga la trabajadora al momento de iniciar la licencia, según señala el numeral



primero del artículo 236 del código sustantivo del trabajo.

Por su parte señala el numeral 2 del mismo artículo:

«Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.»

El promedio del salario aplica también para los casos en que la trabajadora tiene un componente variable, como cuando se remunera por comisiones.

Debe tenerse en cuenta que la EPS reconoce la licencia de maternidad con base al salario cotizado, y si el empleador cotizó sobre un valor inferior al salario real, el empleador tendrá que asumir la diferencia, pues la ley es clara en que la trabajadora debe ser remunerada con el salario que devengaba al iniciar la licencia.

¿Cuándo se debe pagar la licencia de maternidad?

La licencia de maternidad se debe pagar una vez se causa el derecho, o mejor, una vez se cumplen con los requisitos de ley.

Pero el pago efectivo no siempre ocurre inmediatamente se cumplen los requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Cuando la empleada trabaja para una empresa (asalariada).

Ni a la ley ni los decretos reglamentarios han fijado la fecha exacta en que se debe pagar la licencia de maternidad, por lo que se toma como guía una antigua circular de la superintendencia de salud, en cuanto al pago de la licencia por parte de los empleadores o empresas.



Se trata de la circular 11 de 1995, que no por supuesto no recoge los cambios que ha sufrido la licencia de maternidad en casi 25 luego de expedida, pero su puede ser utilizada como referencia.

Esta circular en su numeral 1.4 dijo al respecto:

«El valor a pagar mensualmente de la licencia de maternidad equivale al ciento por ciento (100%) del salario que devengue al momento de entrar a disfrutar del descanso. El pago lo hará directamente el patrono a los afiliados cotizantes que disfrutan de la licencia, con la misma periodicidad de su nómina y por la parte causada;»

Como es sabido, el empleador es quien debe pagar la licencia de maternidad, que luego recobra a la EPS.

En consecuencia, el empleador seguirá pagando a la trabajadora en licencia de maternidad el salario que normalmente venía cobrando, en las fechas en que regularmente le estaban pagando.

Recordemos que el artículo 236 del código sustantivo del trabajo dispone que en la licencia de maternidad a la empleada se le debe pagar el 100% de salario, de manera que la empresa o empleador debe seguir pagando el salario normalmente durante la licencia de maternidad, ya sea cada mes o cada quincena según el periodo de pago acordado en el contrato de trabajo.

Cuando se trata de trabajadores independientes.

La situación cambia cuando se trata de una trabajadora afiliada como independiente, pues en tal caso no hay un empleador que pague la licencia, siendo la EPS quien debe pagarla, y esta la pagará cuando el afiliado presente la solicitud con todos los documentos que exija la EPS, pero aun así estas no cumplen con el pago inmediato, sino que, dependiendo de la EPS, puede tardar desde semanas hasta meses, e incluso no pagan hasta que un juez de



tutela lo ordena.

En todo caso, el artículo 2.2.3.1 del decreto 780 de 2016 dispone que la EPS tiene debe pagar la licencia de maternidad dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en que se autorice el reconocimiento de la licencia.

¿Quién debe pagar la licencia de maternidad?

Quién debe pagar la licencia de maternidad es un asunto que preocupa a los trabajadores pues a veces no es fácil conseguir que la EPS la pague.

El asunto cambia dependiendo de si la trabajadora es asalariada o es independiente como pasamos a ver.

Reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Cuando hablamos del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, hablamos del reconocimiento que hace la EPS de dicha prestación, y el posterior pago que hace a quien corresponda.

La EPS reconoce la licencia de maternidad en la medida en que el beneficiario cumpla los requisitos que dispone la ley, y una vez reconocida procede a pagarla a quien corresponda: al trabajador directamente en caso de independientes o el empleador en caso de asalariados, como a continuación se explica.

El obligado a pagar la licencia de maternidad trabajadoras dependientes.

En el caso de las trabajadoras dependientes, es decir que están vinculadas por medio de un contrato de trabajo, el pago de la licencia de maternidad debe hacerlo el empleador.



Le corresponde al empleador pagar directamente la licencia de maternidad a sus empleadas, y luego repetir o cobrar la licencia a la respectiva EPS.

Esto implica que sea el empleador quien debe tramitar y cobrar las licencias de maternidad a la EPS.

Al respecto el artículo 121 del decreto 19 de 2012 señala:

«El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.»

Es claro que le corresponde al empleador pagar a la empleada la licencia de maternidad, sin que la empleada tenga otra obligación distinta que reportar la novedad al empleador.

El obligado pagar la licencia de maternidad en los trabajadores independientes.

Tratándose de trabajadores independientes como el que está vinculado con un contrato de prestación de servicios, le corresponde a la trabajadora tramitar ante la EPS tramitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, como en efecto lo señala el decreto 780 de 2016.

En estos casos el contratante no tiene ninguna obligación de pagar la licencia a la contratista, de manera que todo está por cuenta de la cotizante.

Casos especiales en la licencia de maternidad.

La norma contempla casos especiales que pueden suceder entorno a la



licencia de maternidad y que señalamos a continuación.

Licencia de maternidad cuando fallece la madre pasa al padre.

Cuando la madre fallece en el parto o durante la licencia de maternidad, las semanas de licencia no disfrutadas por la madre pasan al padre.

Así lo dispone el artículo 236 del código sustantivo del trabajo, que en la parte que nos interesa señala:

«En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.»

Le ley exige que la licencia debe ser otorgada por el empleador del padre, más no determina quién debe pagarla, pero se supone que debe ser la EPS y en su defecto el empleador.

Licencia de maternidad en caso de aborto.

En principio la licencia de maternidad se supone viable únicamente para quien da a luz un bebé vivo, pero la ley ha considerado una licencia o descanso remunerado cuando hay aborto, puesto que en tal caso la mujer también necesita de descanso y recuperación.

En el caso de aborto el descanso remunerado no se da en las mismas condiciones que cuando el bebé nace vivo, pero sí se contempla un tiempo de descanso remunerado.

En efecto, dice el artículo 237 del código sustantivo del trabajo:



«*Descanso remunerado en caso de aborto.*

La trabajadora que en el curso del embarazo sufra un aborto o parto prematuro no viable, tiene derecho a una licencia de dos o cuatro semanas, remunerada con el salario que devengaba en el momento de iniciarse el descanso. Si el parto es viable, se aplica lo establecido en el artículo anterior.

Para disfrutar de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico sobre lo siguiente:

- a). La afirmación de que la trabajadora ha sufrido un aborto o paro prematuro, indicando el día en que haya tenido lugar, y*
- b). La indicación del tiempo de reposo que necesita la trabajadora.»*

La duración de la licencia dependerá del criterio del médico tratante, licencia que puede ser de 2 o 4 semanas. Curioso que la ley no diga de 2 a 4 semanas, sino de 2 o 4 semanas.

Aunque el artículo 237 del código sustantivo del trabajo guarda silencio respecto a quién debe pagar esta licencia o descanso remunerado, el ministerio del trabajo en múltiples oportunidades ha dicho que le corresponde a la EPS a la que esté afiliada la empleada.

Licencia de maternidad en aprendices del Sena.

Durante el contrato de aprendizaje se tiene derecho a la licencia de maternidad en caso de que una aprendiz tuviera un parto durante la vigencia del contrato.



El derecho al pago de la licencia de maternidad de las aprendices.

Cualquier aprendiz, sea del SENA o de una universidad tendrá derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por parte de la EPS a la que esté afiliada.

Lo anterior es posible en razón a que la empresa patrocinadora debe afiliar al sistema de salud a la aprendiz, y, por tanto, al ser una afiliada cotizante tiene derecho a que se le reconozca la licencia de maternidad y demás prestaciones económicas a cargo de la EPS.

Licencia de maternidad de las aprendices se reconoce como independiente.

Recordemos que de acuerdo con el artículo 30 de la ley 789 de 2002, los aprendices deben estar afiliados a salud como trabajadores independientes, y las cotizaciones deben ser pagadas en su totalidad por la empresa patrocinadora, de manera que la licencia de maternidad se pagará de acuerdo a las reglas de la licencia de maternidad para los trabajadores independientes.

La licencia de maternidad es de obligatorio cumplimiento, por lo tanto, la aprendiz se tomará las 18 semanas de licencia, o las que correspondan para casos particulares como partos múltiples o prematuros, tiempo durante el cual se suspende el contrato de aprendizaje hasta la terminación de la licencia de maternidad.

Monto de la licencia de maternidad en aprendices.

Respecto al monto de la licencia de maternidad, esta debe ser de un salario mínimo, por cuanto las cotizaciones a salud deben ser realizadas sobre un



salario mínimo, y sobre ese valor la EPS debe reconocer la licencia.

Pago de la licencia de maternidad en aprendices.

Como la aprendiz está aliada como independiente aun cuando la empresa patrocinadora asume el pago total de las cotizaciones, la aprendiz debería ser quien tenga que cobrar a la EPS la licencia de maternidad, pues la empresa patrocinadora no actúa como una empleadora ni paga un salario como tal sino un auxilio económico, por lo que quedaría relevada de la obligación de pagar directamente la licencia de maternidad a la aprendiz para luego cobrar a la EPS.

Pago proporcional de la licencia de maternidad.

El pago proporcional de la licencia de maternidad procede cuando la madre o trabajadora no ha cotizado durante todo el periodo de gestación.

Por regla general la EPS reconoce y paga la licencia de maternidad cuando la trabajadora a cotizado al sistema de salud durante todo el periodo de gestación, pero cuando ese no ha sido el caso, se reconocerá una licencia proporcional al tiempo cotizado.

Casos en que procede el pago proporcional de la licencia de maternidad.

Respecto al pago proporcional de la licencia de maternidad encontramos que el inciso segundo del artículo 2.2.3.2.1 del decreto 780 de 2016 señala:

«A las afiliadas que hubieren cotizado por un período inferior al de la gestación, se les reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad, un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación, salvo lo previsto en el artículo 2.2.3.2.3 de este decreto, para las trabajadoras



independientes con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente.»

Por su parte, el artículo 2.2.3.2.3 del decreto 780 de 2016 señala:

«Licencia de maternidad de la trabajadora independiente con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente. Cuando la trabajadora independiente, con ingreso base de cotización de un salario mínimo mensual legal vigente, haya cotizado un período inferior al de gestación, tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad, conforme a las siguientes reglas:

1. *Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos, procederá el pago completo de la licencia.*
2. *Cuando ha dejado de cotizar por más de dos períodos, procederá el pago proporcional de la licencia, en un monto equivalente al número de días cotizados que correspondan frente al período real de gestación.*

En ningún caso, la licencia de maternidad podrá ser liquidada con un Ingreso Base de Cotización inferior a un (1) salario mínimo mensual legal vigente.»

Sólo en esos eventos procede el pago de la licencia de maternidad proporcional, teniendo en cuenta que en todo caso no puede estar en mora al momento de iniciar el disfrute de la licencia de maternidad.

Cálculo del pago proporcional de la licencia de maternidad.

La norma dice que se reconocerá «un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación», es decir que se determina el número de días de gestación y el número de días cotizados para determinar



la proporción.

Si bien la gestación se suele contar por meses o semanas, y las cotizaciones se cuentan por meses, para efectos de la proporción los cálculos se hacen por días, donde el mes cotizado se entiende de 30 días.

Supongamos un periodo de gestación de 38 semanas (266 días) y la trabajadora cotizó los últimos 6 meses (180 días).

En este caso se aplica una regla de tres donde 266 días de gestación cotizados dan derecho a 18 semanas de licencia (126 días), entonces se debe averiguar cuántos días de licencia se causan por 180 días cotizados.

Tendríamos lo siguiente: $(180 * 126) / 266 = 85$.

Pago proporcional de la licencia no equivale a un descanso proporcional.

El pago proporcional de la licencia de maternidad aplica para el valor que la EPS reconoce, de manera que ello no implica que el descanso remunerado sea proporcional, pues este en todo caso debe ser pleno.

La licencia de maternidad es de 18 semanas, y es el permiso o licencia que el empleador le debe otorgar a la empleada, indistintamente de si la EPS paga la licencia completa, proporcional o no pague nada.

En el ejemplo anteriormente propuesto, donde la empleada solo cotiza los últimos 4 meses de embarazo, vemos que la EPS reconocerá una licencia de 85 días, pero el empleador debe otorgar el descanso completo de las 18 semanas o 126 días, debiendo el empleador asumir el pago de los días restantes de licencia.

Esta es una de las razones por las que el empleador evita contratar mujeres embarazadas, puesto que tendrá que asumir el pago de la licencia que la EPS



no reconoce.

Excepción a la regla general en el pago proporcional de la licencia de maternidad.

Las anteriores reglas tienen una excepción contemplada en el artículo 2.2.3.2.3 del decreto 780 de 2016, respecto a la trabajadora independiente que ha cotizado sobre un salario mínimo mensual.

En este caso, si no se realizó la cotización durante todo el periodo de gestación el pago de la licencia se hará según las siguientes reglas:

- Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos procederá el pago completo de la licencia.
- Cuando ha dejado de cotizar por más de dos períodos procederá el pago proporcional de la licencia en un monto equivalente al número de días cotizados que correspondan frente al período real de gestación.

Para que proceda este tratamiento se deben cumplir dos requisitos:

- Ser cotizante independiente.
- Tener un ingreso base de cotización igual al salario mínimo.

En este caso, la trabajadora independiente puede dejar de cotizar más de un periodo en cualquier momento de la gestación, es decir, al inicio o incluso al final, pues en esos casos se aplica lo que la norma particular dispone, y esta no condiciona el momento de los periodos dejados de cotizar.

Lo anterior supone la necesidad de reportar el sistema las novedades respectivas en los periodos en que no se pueden pagar las cotizaciones, pues si no se reporta esa novedad, al momento del parto la trabajadora figurará en mora y tendrá que hacer los pagos respectivos para poder acceder a la licencia de maternidad.



Licencia de maternidad en el contrato de servicios o trabajadores independientes.

La licencia de maternidad se debe otorgar a la contratista independiente vinculada mediante un contrato de prestación de servicios personales, pero su tratamiento no es el mismo que se da cuando se trata de una relación laboral.

Reconocimiento y pago de la licencia de maternidad en el contrato de servicios.

Lo primero que se debe recordar y precisar, es que el contrato de prestación de servicios personales está regulado por la legislación civil, de manera que el código laboral no le aplica, lo que marca la diferencia en lo que tiene que ver con la licencia de maternidad.

El reconocimiento y pago de la licencia de maternidad lo hace la EPS a la que esté afiliada la contratista, quien por supuesto debe estar afiliada en calidad de trabajadora independiente.

La licencia será reconocida en la medida en que se cumplan los requisitos generales que exige la ley.

Requisitos para el reconocimiento de la licencia de maternidad en el contrato de servicios.

Son los mismos requisitos para reconocer la licencia de maternidad en el contrato de trabajo, que los encontramos en el artículo 2.2.3.2.1 del decreto 780 de 2016.

Básicamente se exige que la trabajadora independiente haya cotizado



durante todo el periodo de gestación, y en caso de no haberlo hecho, la licencia se reconoce proporcionalmente al tiempo cotizado durante la gestación.

Además, la norma exige que a la fecha del parto la trabajadora independiente debe estar al día con el pago de las cotizaciones respectivas.

¿Quién debe pagar la licencia de maternidad en el contrato de servicios?

Es obligación de la EPS pagar la licencia de maternidad de la trabajadora independiente siempre que cumpla con los requisitos necesarios.

Si la contratista independiente no cumple con los requisitos, la EPS no pagará la licencia, y tampoco el contratante, puesto que, repetimos, en el contrato de servicios no aplican las normas laborales, donde el empleador debe pagar la licencia cuando la EPS no lo hace.

De suerte que si la EPS no paga la licencia la trabajadora se queda sin ese pago.

Otorgamiento del descanso por parte del contratante.

La licencia de maternidad es un descanso remunerado de 18 semanas, lo que significa que la licencia tiene dos partes:

- El pago del auxilio económico respectivo.
- El otorgamiento de la licencia o permiso.

Lo anterior está contemplado por el artículo 236 del código sustantivo del trabajo, el cual, como ya se explicó, aplica al contrato de trabajo y no al contrato de servicios, pero en este caso el contratante tiene la obligación de otorgar ese permiso o licencia a la contratista por ser un derecho inalienable de la mujer.



Esto significa que existe un vacío legal en el contrato de prestación de servicios, puesto que en ese caso no hay ley que defina lo que sucederá con el contrato de servicios, es decir, si se suspende mientras dura la licencia, o sigue su curso permitiendo a la trabajadora seguir devengando sus honorarios, por lo que será un asunto que las partes deben resolver en común acuerdo.

Lo normal es que el contrato se suspenda, pero en algunos casos, por la naturaleza del contrato se puede seguir ejecutando, lo que le permite a la contratista devengar los honorarios respectivos y el pago de la licencia que le hace la EPS, lo que es posible porque no hay una norma que prohíba la concurrencia de honorarios y licencia por maternidad.

Y en caso de que el contrato de servicios se siga ejecutando, el contratante está obligado a pagar los honorarios respectivos, pues el hecho de que la EPS pague la licencia de maternidad no releva al contratante de pagar los honorarios que correspondan según lo acordado en el contrato de servicios.

Recordemos que la naturaleza del contrato de servicios puede permitir eventualmente que en ciertos casos el contratista no requiera estar presente en las instalaciones del contratante, o no requiera estar todo el tiempo trabajando, lo que da gran flexibilidad al contratista respecto al manejo de su tiempo.

Otros aspectos relacionados con la licencia de maternidad.

La licencia de maternidad tiene efectos en otros aspectos relacionados con el trabajador que debemos considerar.



Naturaleza de los pagos por licencia de maternidad.

Respecto a la naturaleza y de la licenciad de maternidad, la Corte constitucional en sentencia T-278 de 2018 dice:

«La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre del menor recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido.»

Es claro que la licencia de maternidad no tiene naturaleza de salario sino de una prestación económica, por cuanto no corresponde a una contraprestación por prestación de un servicio personal, que no puede prestar precisamente por estar en licencia.

Aportes a seguridad social durante la licencia de maternidad.

Durante la licencia de maternidad se deben seguir realizando aportes a seguridad social en salud y en pensión más no en riesgos laborales por obvias razones.

El artículo 3.2.1.10 del decreto 780 de 2016 señala que para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período por el cual se reconozca al afiliado una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso base de cotización el valor de licencia de maternidad, y cada uno, empleador y trabajador, deben asumir los porcentajes que le corresponden, sólo que la parte que le corresponde a la trabajadora se le descuenta de la licencia de maternidad.



Aportes parafiscales en la licencia de maternidad.

No se deben pagar aportes parafiscales por la licencia de maternidad en vista a que esta es una prestación económica que no tiene la naturaleza de salario, y al no constituir salario no hay lugar al pago de aportes parafiscales.

Licencia de maternidad cuando hay traslado de EPS.

El pago de la licencia de maternidad cuando hay traslado de EPS corresponde a la nueva EPS en la que se ha afiliado la trabajadora.

Lo anterior de acuerdo con lo que dispone el inciso segundo del artículo 2.1.7.4 del decreto 780 de 2016:

«La Entidad Promotora de Salud de la cual se retira el afiliado cotizante o el cabeza de familia tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones económicas, según el caso, tanto del cotizante o del cabeza de familia como de su núcleo familiar, hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad.»

De lo anterior se interpreta que mientras no haya surtido efecto el traslado, la licencia de maternidad debe ser asumida por la antigua EPS, y caso contrario, cuando ya se haya materializado el traslado, la responsabilidad pasa a la nueva EPS.

Todo depende de la fecha de la estructuración de la licencia de maternidad. Si el parto sucede estando afiliada en la nueva EPS, es esta quien tendrá que pagar la licencia.

No obstante, las EPS no están aceptando traslados si la persona está gozando de una licencia, de suerte que es necesario esperar a que termine la licencia de maternidad para luego sí tramitar el traslado.



Esto se debe al artículo 44 del decreto 1406 de 1999 no fue compilado por el decreto 780 de 2016, por lo que las EPS se acogen a lo que dispone su parágrafo segundo:

«Si el plazo de doce meses a que alude el presente artículo se cumpliera durante el transcurso de una incapacidad o licencia de maternidad cubierta por el SGSSS, la oportunidad para el traslado de entidad administradora se suspenderá hasta el primer día hábil del mes siguiente a aquél en el cual termine la licencia o incapacidad. Lo aquí dispuesto también se aplicará cuando el afiliado requiera procedimientos de alta complejidad, mientras se encuentra internado en una entidad hospitalaria.»

Si bien esa restricción es para el plazo de permanencia mínima en una EPS para hacer viable el traslado, las EPS lo aplican en cualquier caso.

Es importante señalar que un tema parecido fue considerado en el inciso 3 del artículo 2.1.7.4 del decreto 780 del 2016:

«Si previo a que surta la efectividad del traslado, se presenta una internación en una IPS, la efectividad del traslado se suspenderá hasta el primer día calendario del mes siguiente a aquel en que debía hacerse efectivo, en cuyo caso la EPS de la cual se traslada deberá dar aviso a través del Sistema de Afiliación Transaccional de dicha novedad a más tardar el último día del mes.»

Obsérvese que es casi lo mismo que dice el decreto 1406, excepto que no incluye la licencia de maternidad, por lo que podría entenderse que sí podría darse el traslado estando en licencia de maternidad, pero en la práctica las EPS restringen esta posibilidad.

En todo caso, para evitar inconvenientes con el reconocimiento de la licencia de maternidad, es mejor evitar los traslados en estas condiciones, pero en caso de darse el traslado, la EPS nueva es quien deberá pagar la licencia de



maternidad.

Prescripción del derecho a la licencia de maternidad.

La licencia de maternidad, como los demás derechos laborales, prescribe a los tres años de haberse causado.

Para lo anterior es importante determinar cuándo surge el derecho de la trabajadora a recibir la licencia de maternidad, por cuanto a partir de esa fecha es que se contabiliza el término de prescripción.

Sucede que no existe una norma que de forma expresa fije la fecha en que se debe pagar la licencia de maternidad, por lo tanto, está abierta a interpretación dicha fecha.

Dice el artículo 236 del código sustantivo del trabajo que la licencia de maternidad se otorga en la época del parto, y que esta debe iniciar como mínimo 2 semanas antes de la fecha probable del parto que indique el certificado médico, es decir que es en ese momento donde se causa el derecho de la empleada a la licencia de maternidad.

Algunas personas consideran que esa es la fecha que se debe tomar como referencia, y otros que es la fecha de parto, diferencia considerable que puede llevar a la prescripción de la licencia de maternidad.

Pero el asunto se complica más por cuanto al no existir una ley que regula la fecha en que el trabajador puede exigir el pago de la licencia, ésta por lo general no se paga en «una sola cuota», sino que se paga en las fechas en que se paga el salario, es decir, mes a mes o quincena a quincena, de modo que hasta que no llegue la fecha de pago, el derecho no se hace exigible para la trabajadora, y la prescripción se cuenta desde que el derecho se hace exigible, es decir, cuando legalmente la trabajadora puede exigirle a empleador que le pague la licencia, y como está la ley, esta no puede exigir



su pago dos semanas antes del parto.

Debido a falta de certeza la recomendación es tomar los tres años desde la fecha en que se debe otorgar la licencia de maternidad, es decir, dos semanas antes de la fecha probable del parto.

Prescripción del derecho a solicitar el reembolso de la licencia de maternidad a la EPS.

Como ya lo anotamos, es el empleador el que debe pagar la licencia de maternidad a la trabajadora y después solicitar a la EPS que le reembolse los valores correspondientes.

En este caso sí existe una norma expresa que fija el término de prescripción para que el empleador pueda solicitar ese reembolso, y es el artículo 28 de la ley 1438 de 2011:

«El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.»

El día en que el empleador pague la licencia de maternidad a la trabajadora, inicia el conteo de los tres años para la prescripción del derecho al reembolso.

Es importante recordar que algunos empleadores no pagan la licencia de maternidad en un solo pago, sino que siguen pagando según el periodo de pago del salario, y en esos casos, la prescripción del derecho al reembolso se determina según los pagos parciales que se vayan haciendo.

Por último, hay que recordar que la prescripción de la licencia de maternidad significa que la trabajadora no podrá reclamarla judicialmente.



Descuentos que se pueden hacer a la licencia de maternidad.

Los únicos descuentos que se pueden hacer a la licencia de maternidad son los aportes a seguridad social, más exactamente los aportes a salud y pensión en la parte que le corresponde a la empleada.

La licencia de maternidad no tiene la naturaleza de salario, y es una prestación económica a cargo del sistema de seguridad social, y la ley sólo autoriza el descuento de aportes a seguridad social sobre ese pago, es decir, el 4% de salud y 4% de pensión.

El ministerio de trabajo en concepto 330466 de 2010 afirmó que no proceden los descuentos de libranza respecto a la licencia de maternidad:

«Con fundamento en la citada disposición normativa, se tiene que si durante las 12 semanas u 84 días de licencia, la trabajadora no devenga el salario sino un auxilio por maternidad reconocido por la EPS, no serían procedentes los descuentos, retenciones o compensaciones de la licencia de maternidad, toda vez que éstos se efectúan sobre el salario y prestaciones sociales cuando el trabajador los ha autorizado de forma expresa.»

El concepto habla de 12 semanas por cuanto en la fecha de su excepción esa era la duración de la licencia de maternidad, y que se haya extendido a 18 semanas en nada afecta la interpretación del ministerio del trabajo.

La Corte constitucional en sentencia T-278 de 2018 dice respecto a la naturaleza de la licencia de maternidad:

«La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre del menor recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un



periodo destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido.»

La licencia de maternidad, además de no ser salario, tiene una protección especial desde el punto de vista constitucional lo que hace imposible que se pueda afectar con descuentos distintos a los que permite la ley para la protección de la misma trabajadora, como el caso de los aportes a salud y pensión.

En consecuencia, la licencia de maternidad al no tener la naturaleza de salario no puede ser afectada por descuentos de nómina o libranza, ni por embargos judiciales, que aplican únicamente por concepto de salarios.

Lo anterior respecto a los trabajadores dependientes donde es el empleador que paga la licencia de maternidad.

Cuando se trata de trabajadores independientes donde es la EPS la que paga directamente la licencia de maternidad, esta nada tiene que ver con los descuentos que el empleador normalmente hace a la nómina de la trabajadora, por lo que es imposible que la EPS pueda hacer algún descuento, porque además de no ser procedente afectar la licencia por descuentos de nómina, la EPS no tiene facultades para efectuar ese tipo de descuentos.

¿Qué hacer cuando la EPS no paga la licencia de maternidad?

Como ya lo hemos explicado líneas atrás, el asunto depende del tipo de relación contractual que tenga la empleada.



Si se trata de un contrato de trabajo, la trabajadora no debe hacer nada porque no le corresponde a ella cobrar la licencia de maternidad a la EPS, sino que le corresponde al empleador encargarse de ese proceso.

Como el empleador debe pagar directamente la licencia a la trabajadora, esta no debe hacer ninguna gestión ante la EPS.

La EPS debe pagar la licencia al empleador, y el empleador la paga a la empleada, pero no en ese orden, pues es el empleador que primero debe pagar la licencia a la empleada y después cobrársela a la EPS, y si esta no la paga al empleador, no es un problema de la empleada.

Tenga en cuenta que, si la EPS no paga la licencia de maternidad, lo más probable es que se deba a que el empleador no pagó las cotizaciones, y siendo suya la responsabilidad, suya ha de ser la consecuencia.

Si la trabajadora es cotizante independiente, sí tiene un problema, puesto que debe cobrarla directamente a la EPS, y si esta no se la paga, lo que puede hacer es instaurar una acción de tutela para conseguir su pago.

Pero la acción de tutela se puede interponer si es que la trabajadora cumple con los requisitos para tener derecho a la licencia, de manera que la EPS la haya negado irregularmente, pues de lo contrario la acción de tutela resultará infructuosa.

En resumen, lo que debe hacer la trabajadora cuando la EPS niega el pago de la licencia de maternidad es:

- Si es asalariada no debe hacer nada aparte de cobrársela al empleador.
- Si es independiente interponer una acción de tutela.

Por ello es importante que la trabajadora esté al día con sus cotizaciones para que la EPS no tenga excusa alguna para negar el pago de la licencia.



Acción de tutela para reclamar licencia de maternidad.

Cuando la EPS niega el pago de una licencia de maternidad, la madre puede interponer una acción de tutela para conseguir que la EPS le reconozca y pague la dicha prestación.

Necesidad de recurrir a la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad.

En primer lugar, es oportuno precisar que la acción de tutela contra la EPS para que reconozca y pague la licencia de maternidad sólo es necesaria cuando se trata de trabajadoras independientes, pues cuando se trata de trabajadoras dependientes o asalariadas, le corresponde a la empresa pagar esa licencia directamente a la empleada, y es deber del empleador tramitar ante la EPS el reembolso respectivo.

Este procedimiento lo recuerda la Corte constitucional en la sentencia T- 278 de 2018:

«Como se expuso anteriormente, de acuerdo con el régimen legal aplicable, cuando se trata de trabajadoras dependientes, para obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad, ellas deben presentar ante el empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) el estado de embarazo de la trabajadora; b) la indicación del día probable del parto, y c) la indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto. Por otra parte, cuando se trata de trabajadoras independientes, éstas deben efectuar el cobro de esta prestación económica directamente ante la EPS y el soporte válido para su otorgamiento es el registro civil de nacimiento.»

Quedando claro que en el caso de la trabajadora dependiente la



responsabilidad por el trámite y pago de la licencia es del empleador, la trabajadora no tiene necesidad alguna de pelearse con la EPS.

Pero en el caso de la trabajadora independiente, quien debe cobrar directamente a la EPS la licencia de maternidad, si esta le niega el pago debe recurrir a la acción de tutela.

Requisitos de la acción de tutela para reclamar la licencia de maternidad.

Para que proceda la acción de tutela como mecanismo para reclamar el pago de una licencia de maternidad se deben cumplir los siguientes requisitos:

- La trabajadora debe tener derecho a ella y la EPS debe estar obligada a pagarla.
- Debe haber afectación al mínimo vital de la accionante.
- Se debe interponer dentro de la oportunidad legal.

En el primer punto, es evidente que la trabajadora debe cumplir con los requisitos para tener derecho al pago de la licencia de maternidad, pues es la única forma en que la EPS queda obligada a pagarla.

Es apenas lógico suponer que, si no se cumplen los requisitos de ley, la EPS no tiene obligación legal de pagarla, y si no tiene esa obligación legal, mal podría un juez obligarla a algo que la ley no la ha obligado.

En el segundo requisito se requiere demostrar que la trabajadora se ve privada del mínimo vital por la decisión de la EPS de no pagar la licencia de maternidad, que básicamente ocurre a cualquier persona que depende de su trabajo para poder sobrevivir.



Término para interponer la acción de tutela para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

Aquí es importante diferenciar entre el término que hay para reclamar judicialmente la licencia de maternidad, y el término que hay para reclamarla por medio de una acción de tutela.

La licencia de maternidad prescribe a los 3 años de haberse causado, es decir, que puede ser reclamada por vía ordinaria dentro de los tres años siguientes a su causación.

Pero la reclamación por vía de tutela el plazo es de un año a partir de la fecha del parto.

Así lo ha establecido la Corte constituciones en sentencias como la T-999 de 2003.

En el pasado se había considerado que la acción de tutela se debía presentar en el mismo término que duraba la licencia de maternidad.

Licencia de paternidad.

La licencia de paternidad es un descanso remunerado que está contenida en el artículo 236 del código sustantivo del trabajo que beneficia al padre cotizante por los hijos nacidos del cónyuge o compañera permanente, según dispone la norma.

¿De cuántos días es la licencia de paternidad?

La licencia de paternidad tiene una duración de 2 semanas según dispone el parágrafo segundo del artículo 236 del código sustantivo del trabajo, modificado por la ley 2114 del 2021.

Anteriormente la licencia de paternidad era de 8 días hábiles, por lo que no



se incluían domingos ni festivos, pero ahora es de 2 semanas, que incluyen domingos y festivos.

El inciso 5 del parágrafo segundo del artículo 236 del código sustantivo del trabajo contempla un incremento de la licencia de paternidad en una semana por cada punto porcentual en que se disminuya la tasa de desempleo estructural, pero de momento son dos semanas.

Señala la norma referida:

«La licencia de paternidad se ampliará en una (1) semana adicional por cada punto porcentual de disminución de la tasa de desempleo estructural comparada con su nivel al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, sin que en ningún caso pueda superar las cinco (5) semanas.»

Ese incremento se define para el año siguiente en que se registre la disminución de la tasa de desempleo según señala el inciso sexto del mismo parágrafo:

«La metodología de medición de la tasa de desempleo estructural será definida de manera conjunta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Banco de la República y el Departamento Nacional de Planeación. La tasa de desempleo estructural será publicada en el mes de diciembre de cada año y constituirá la base para definir si se amplía o no la licencia para el año siguiente.»

En consecuencia, cada año se hace necesario determinar el número de semanas que tendrá la licencia de paternidad.

La ley nada dice respecto a lo que sucederá cuando en un año se disminuya la tasa de desempleo y se incremente la licencia de paternidad en una semana, y al año siguiente vuelva a incrementarse la tasa de desempleo, por lo que se supone que no se puede disminuir la licencia de paternidad.



Requisitos para tener derecho a la licencia de paternidad.

Para tener derecho a la licencia de paternidad, el padre debe ser cotizante, de suerte que no aplica para beneficiarios del sistema de salud, ni para afiliados al régimen subsidiado.

Para que la EPS reconozca la licencia de paternidad el afiliado no debe estar en mora, y en caso de estarlo, la EPS no debe haberse allanado a la mora.

En todo caso si a la fecha del parto el cotizante paga lo adeudado, tiene derecho a la licencia de paternidad.

La licencia de paternidad aplica por los hijos del cónyuge o compañero permanente, y por los hijos adoptados.

Tiempo de cotización para tener derecho a la licencia de paternidad.

¿Cuánto tiempo debe haber cotizado un afiliado para tener derecho a que la EPS le reconozca la licencia de maternidad?

Toda persona que esté afiliada a una EPS como cotizante tiene derecho a la licencia de paternidad en caso de ser padre, y la ley exige unos requisitos, y uno de esos requisitos es el tiempo de cotización.

El inciso 4 del parágrafo segundo del artículo 236 del código sustantivo del trabajo señala lo siguiente:

«La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS y será reconocida proporcionalmente a las semanas cotizadas por el padre durante el periodo de gestación.»

La ley no exige un determinado tiempo de cotización, así que cualquiera sea



el tiempo cotizado se pagará la licencia, pero si no ha cotizado durante todo el periodo de gestación, se reconocerá la licencia de paternidad en proporción al tiempo cotizado, por tanto, la licencia de paternidad proporcional queda expresamente contemplada en la ley.

Documentos que se deben adjuntar para el reconocimiento de la licencia de paternidad.

El inciso 3 del parágrafo 2 del artículo 236 del código sustantivo del trabajo señala que el soporte válido para el reconocimiento de la licencia de paternidad es el registro civil de nacimiento del niño/a.

El plazo para adjuntar este documento es de 30 días calendario contados desde la fecha del nacimiento del niño.

Licencia de paternidad proporcional.

Como ya lo señalamos, la ley 2114 de 2021 contempla expresamente la licencia de paternidad proporcional, que se pagará en proporción al tiempo cotizado durante la gestación.

Si el padre ha cotizado a salud durante todo el periodo de gestación, tiene derecho a la licencia de paternidad completa, y en caso de haber cotizado durante parte de la gestación, como por ejemplo 2, 4 o 5 meses, la EPS reconocerá la licencia de paternidad en proporción al tiempo cotizado.

La parte proporcional que la EPS no reconozca de la licencia de paternidad debe ser asumida por el empleador, quien en todo caso debe otorgar esa licencia y pagar al trabajador ese tiempo.

¿Quién paga la licencia de paternidad?

La licencia de paternidad debe ser pagada por la empresa directamente al



trabajador, pues así lo dispone el artículo 121 del decreto ley 19 de 2012.

Recordemos que la licencia de paternidad está a cargo de la EPS según lo dispone el artículo 236 del código sustantivo del trabajo, pero quien paga es el empleador y después repite contra la EPS.

¿Cuál es el monto de la licencia de paternidad?

La EPS reconoce la licencia de paternidad con base al salario sobre el que se haya cotizado al momento de iniciar el disfrute de la licencia.

De manera que la licencia de paternidad equivale a dos semanas de salario, valor que paga el empleador, pero la EPS sólo reconoce sobre el ingreso base sobre el que se ha cotizado a salud, así que, si existe una diferencia entre el salario y el IBC, en todo caso el empleador debe pagar el valor que corresponda al salario que tiene el trabajador.

Base para liquidar la licencia de paternidad.

En la licencia de paternidad, contrario a lo sucedido en la licencia de maternidad, la ley no definió de forma taxativa sobre qué base se debe liquidar, lo que ha dado pie a que algunas EPS interpreten la norma según su conveniencia.

La licencia de paternidad está contenida en el artículo 236 del código sustantivo del trabajo, y el ministerio de la protección social en concepto 6829 de 2004 dispuso lo siguiente:

«Ahora bien, la norma en comento no ha reglamentado una forma especial de liquidar la licencia de paternidad, por tal razón y teniendo en cuenta que tanto la licencia de maternidad como la de paternidad gozan de un mismo hecho generador (nacimiento de un hijo o adopción). la liquidación de esta última licencia participará de las



mismas condiciones establecidas para la licencia de maternidad, circunstancia por la cual, esta oficina considera que la licencia de paternidad debe ser liquidada con el mismo salario base establecido para liquidación de la licencia de maternidad, licencia de paternidad que se cancelará teniendo el salario base existente a la fecha de entrar a disfrutar de la misma.»

Este concepto, aunque anterior a la ley versión actual del artículo 236 referido, sigue siendo válido puesto que las modificaciones posteriores no afectaron lo relativo al ingreso base de liquidación.

En consecuencia, se ha de concluir que el salario base de liquidación de la licencia de paternidad, será el salario base de cotización del último mes del padre, pero como la licencia de paternidad es pagada por el empleador, este debe pagarle el salario que normalmente devenga el trabajador, que se supone es el mismo sobre el que hace los aportes a seguridad social.

Licencia de paternidad en el contrato de servicios.

Todo trabajador o contratista independiente que esté vinculado por medio de un contrato de prestación de servicios tiene derecho a la licencia de maternidad.

La licencia de paternidad es pagada por la EPS, de manera que el contratista debe estar afiliado como cotizante en una de ellas para que le sea reconocida la licencia de paternidad.

Recordemos que el contratante no tiene obligación de pagarle la licencia de paternidad al contratista, pues esta obligación aplica sólo en el contrato de trabajo, y por ello el contratista tendrá una licencia de paternidad remunerada sólo está afiliado a una EPS como cotizante independiente.



Valor de la licencia de paternidad en el contrato de servicios.

La licencia de paternidad en el contrato de prestación de servicios es igual a la que se otorga cuando el trabajador está vinculado por medio de un contrato de trabajo, es decir, corresponde a 8 días hábiles, y la EPS la reconoce con base al ingreso sobre el que cotizó el trabajador independiente.

El trabajador independiente debe cobrar la licencia de paternidad a la EPS, y si esta no la reconoce por no cumplir con los requisitos, no puede exigir su pago al contratista, de suerte que debe asumirla, o, en otras palabras, perderla.

Otorgamiento del descanso por parte del contratista.

Una cosa es que el trabajador independiente vinculado por medio de un contrato de prestación de servicios tenga derecho a que la EPS le reconozca y pague la licencia de paternidad, y otra muy distinta es que el contratante le otorgue los días de descanso remunerado.

Sucede que la licencia de paternidad está consagrada por el código sustantivo del trabajo (artículo 236), y este aplica para los contratos de trabajo más no para los contratos de prestación de servicios, de modo que el contratante no tiene obligación legal de darle un descanso de 8 días hábiles al contratista en razón a la licencia de paternidad.

Empero, como la naturaleza del contrato de prestación de servicios permite que el contratista tenga libertad y autonomía en la ejecución de este, se supone que el contratista no requiere pedir permiso al contratante para ausentarse del trabajo, y menos en una causa legal como es la licencia de paternidad.

En consecuencia, es viable que el contratista o trabajador independiente se



tome la licencia por su propio derecho, no obstante, será un asunto que deba acordar con el contratante para no afectar la ejecución del contrato de servicios.

Licencia parental compartida.

La ley 2114 del 29 de julio de 2021, que modificó el artículo 236 del código sustantivo del trabajo introdujo la figura de la licencia parental compartida, donde parte de la licencia de maternidad puede ser compartida con el padre.

La madre tiene derecho a 18 semanas de licencia de maternidad, y el padre tiene derecho a 2 semanas de licencia de paternidad, pero la ley dispuso que la madre podrá compartir con el padre sus últimas 6 semanas de licencia de maternidad.

En consecuencia, el padre podrá tener más tiempo de licencia de paternidad con cargo a la licencia de maternidad de la madre, de manera que la madre disfruta de 16 semanas al tiempo que cede 2 semanas a su esposo o cónyuge, por ejemplo.

El parágrafo 4 del artículo 236 del código sustantivo del trabajo señala en su primer inciso:

«Los padres podrán distribuir libremente entre sí las últimas seis (6) semanas de la licencia de la madre, siempre y cuando cumplan las condiciones y requisitos dispuestos en este artículo. Esta licencia, en el caso de la madre, es independiente del permiso de lactancia.»

La ley habla de distribuir entre padre y madre las últimas 6 semanas de la licencia de maternidad, pero no habla de que la madre puede ceder al padre la totalidad de las 6 semanas, aunque la ley tampoco lo prohíbe expresamente.



Condiciones para que proceda la licencia parental compartida.

Para que proceda la licencia parental compartida se deben cumplir las siguientes condiciones:

- El tiempo de licencia parental compartida se contará a partir de la fecha del parto. Salvo que el médico tratante haya determinado que la madre deba tomar entre una o dos (2) semanas de licencia previas a la fecha probable del parto o por determinación de la madre.
- La madre deberá tomar como mínimo las primeras doce (12) semanas después del parto, las cuales serán intransferibles. Las restantes seis (6) semanas podrán ser distribuidas entre la madre y el padre, de común acuerdo entre los dos. El tiempo de licencia del padre no podrá ser recortado en aplicación de esta figura.
- En ningún caso se podrán fragmentar, intercalar ni tomar de manera simultánea los períodos de licencia salvo por enfermedad postparto de la madre, debidamente certificada por el médico.
- La licencia parental compartida será remunerada con base en el salario de quien disfrute de la licencia por el período correspondiente. El pago de la misma estará a cargo del respectivo empleador o EPS, acorde con la normatividad vigente.

La distribución de la licencia debe ser en común acuerdo entre padre y madre, mediante la firma de un documento que deben presentar al empleador respectivo.

Requisitos para acceder a la licencia parental compartida.

Tanto el padre como la madre deben acreditar los siguientes requisitos para acceder a la licencia parental compartida:



1. El único soporte válido para el otorgamiento de licencia compartida es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha de nacimiento del menor.
2. Debe existir mutuo acuerdo entre los padres acerca de la distribución de las semanas de licencia. Ambos padres deberán realizar un documento firmado explicando la distribución acordada y presentarla ante sus empleadores, en un término de treinta (30) días contados a partir del nacimiento del menor.
3. El médico tratante debe autorizar por escrito el acuerdo de los padres, a fin de garantizar la salud de la madre y el recién nacido.
4. Los padres deberán presentar ante el empleador un certificado médico, en el cual debe constar:
 - a. El estado de embarazo de la mujer o una constancia del nacimiento del menor.
 - b. La indicación del día probable del parto, o la fecha del nacimiento del menor.
 - c. La indicación del día desde el cual empezarían las licencias de cada uno
 - d. La licencia parental compartida también se aplicará con respecto a los niños prematuros y adoptivos, teniendo en cuenta el presente artículo.

En razón a que por lo general padre y madre tienen empleadores distintos, a cada empleador se deben acreditar los requisitos anteriores.

Casos en que no procede la licencia parental compartida.

Señala el último inciso del parágrafo 4 del artículo 236 del código sustantivo del trabajo, que la licencia parental compartida no puede ser optada por los



padres que estén ante las siguientes circunstancias:

- Que hayan sido condenados en los últimos cinco (5) años por los delitos contemplados en el título IV delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales.
- Que hayan sido condenados en los últimos dos (2) años; por los delitos contemplados en el título VI contra la familia, capítulo primero "de la violencia intrafamiliar" y capítulo cuarto "de los delitos contra la asistencia alimentaria" de la Ley 599 de 2000.
- Que tengan vigente una medida de protección en su contra, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley 1257 de 2008, o la norma que lo modifique, sustituya o adicione.

Se trata precisamente de ser coherentes con las medidas previamente tomadas por la ley para proteger la integridad de los menores de edad.

Licencia parental flexible a tiempo parcial.

El parágrafo 5 del artículo 236 del código sustantivo del trabajo establece que la licencia parental compartida puede ser flexible a tiempo parcial, de modo que un padre trabaje medio día y el otro trabaje medio día.

El inciso primero del referid parágrafo señala:

«La madre y/o padre podrán optar por una licencia parental flexible de tiempo parcial, en la cual, podrán cambiar un periodo determinado de su licencia de maternidad o de paternidad por un período de trabajo de medio tiempo, equivalente al doble del tiempo correspondiente al período de tiempo seleccionado. Esta licencia, en el caso de la madre, es independiente del permiso de lactancia.»

Esto será posible cuando se den las siguientes condiciones:

- Los padres podrán usar esta figura antes de la semana dos (2) de su



licencia de paternidad; las madres, a no antes de la semana trece (13) de su licencia de maternidad.

- El tiempo de licencia parental flexible de tiempo parcial se contará a partir de la fecha del parto. Salvo que el médico tratante haya determinado que la madre deba tomar una o dos (2) semanas de licencia previas a la fecha probable del parto. Los periodos seleccionados para la licencia parental flexible no podrán interrumpirse y retomarse posteriormente. Deberán ser continuos, salvo aquellos casos en que medie acuerdo entre el empleador y el trabajador.
- La licencia parental flexible de tiempo parcial será remunerada con base en el salario de quien disfrute de la licencia por el período correspondiente. El pago de esta estará a cargo del respectivo empleador o EPS. El pago del salario por el tiempo parcial laborado se regirá acorde con la normatividad vigente.
- La licencia parental flexible de tiempo parcial también podrá ser utilizada por madres y/o padres que también hagan uso de la licencia parental compartida, observando las condiciones señaladas en este párrafo, así como en el parágrafo 4º del presente artículo.

Adicionalmente los beneficiarios deben acreditar los siguientes requisitos:

1. El único soporte válido para el otorgamiento de licencia parental flexible de tiempo parcial es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.
2. Debe existir mutuo acuerdo entre los empleadores y los trabajadores. El acuerdo deberá ir acompañado de un certificado médico que dé cuenta de:
 - a. El estado de embarazo de la mujer; o constancia del nacimiento.
 - b. La indicación del día probable del parto, o indicación de fecha del parto



- c. La indicación del día desde el cual empezaría la licencia correspondiente. Este acuerdo deberá consultarse con el empleador a más tardar dentro de los 30 días siguientes al nacimiento. El empleador deberá dar respuesta a la solicitud dentro de los cinco (5) hábiles siguientes a su presentación.
3. La licencia parental flexible de tiempo parcial también se aplicará con respecto a los niños prematuros y adoptivos, teniendo en cuenta lo dispuesto en el presente artículo.

Esto será posible sólo si existe acuerdo entre trabajadores y empleadores, y recordemos que en este caso por lo general se involucran dos empleadores.

Sistema general de riesgos laborales.

La ley 1562 de 2012 en su artículo primero define el sistema de riesgos laborales de la siguiente forma:

«Sistema General de Riesgos Laborales: es el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan.

Las disposiciones vigentes de salud ocupacional relacionadas con la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades laborales y el mejoramiento de las condiciones de trabajo, hacen parte integrante del Sistema General de Riesgos Laborales».

Nótese que esta norma, que modifica el decreto ley 1295 de 1994 ya no se refiere al sistema general de riesgos profesionales sino al sistema general de riesgos laborales, como se conocerá en adelante.



Afiliación al sistema general de riesgos laborales.

Toda empresa tiene la obligación de afiliar a sus empleados a una administradora de riesgos laborales y realizar los respectivos aportes mensualmente. La administradora de riesgos laborales será elegida por la empresa.

La totalidad de los aportes mensuales por concepto de riesgos laborales deben ser realizados por la empresa, lo cual difiere de los aportes a salud y pensión que son aportados en forma conjunta con el trabajador.

Respecto a los afiliados y a la afiliación, dijo la ley 1562 de 2012 en su artículo 2º modificando el artículo 13 del decreto ley 1295 de 1994:

«Afiliados. Son afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales:

a) En forma obligatoria:

1. Los trabajadores dependientes nacionales o extranjeros, vinculados mediante contrato de trabajo escrito o verbal y los servidores públicos; las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, tales como contratos civiles, comerciales o administrativos, con una duración superior a un mes y con precisión de las situaciones de tiempo, modo y lugar en que se realiza dicha prestación.

2. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado son responsables conforme a la ley, del proceso de afiliación y pago de los aportes de los trabajadores asociados. Para tales efectos le son aplicables todas las disposiciones legales vigentes sobre la materia para trabajadores dependientes y de igual forma le son aplicables las obligaciones en materia de salud ocupacional,



incluyendo la conformación del Comité Paritario de Salud Ocupacional (COPASO).

3. Los jubilados o pensionados, que se reincorporen a la fuerza laboral como trabajadores dependientes, vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos.

4. Los estudiantes de todos los niveles académicos de instituciones educativas públicas o privadas que deban ejecutar trabajos que signifiquen fuente de ingreso para la respectiva institución o cuyo entrenamiento o actividad formativa es requisito para la culminación de sus estudios, e involucra un riesgo ocupacional, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida dentro del año siguiente a la publicación de la presente ley por parte de los Ministerio de Salud y Protección Social.

5. Los trabajadores independientes que laboren en actividades catalogadas por el Ministerio de Trabajo como de alto riesgo. El pago de esta afiliación será por cuenta del contratante.

6. Los miembros de las agremiaciones o asociaciones cuyos trabajos signifiquen fuente de ingreso para la institución.

7. Los miembros activos del Subsistema Nacional de primera respuesta y el pago de la afiliación será a cargo del Ministerio del Interior, de conformidad con la normatividad pertinente.

b) En forma voluntaria:

Los trabajadores independientes y los informales, diferentes de los establecidos en el literal a) del presente artículo, podrán cotizar al Sistema de Riegos Laborales siempre y cuando coticen también al régimen contributivo en salud y de conformidad con



la reglamentación que para tal efecto expida el Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio del Trabajo en la que se establecerá el valor de la cotización según el tipo de riesgo laboral al que está expuesta esta población.

Parágrafo 1º. *En la reglamentación que se expida para la vinculación de estos trabajadores se adoptarán todas las obligaciones del Sistema de Riesgos Laborales que les sean aplicables y con precisión de las situaciones de tiempo, modo y lugar en que se realiza dicha prestación.*

Parágrafo 2º. *En la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio del Trabajo en relación con las personas a que se refiere el literal b) del presente artículo, podrá indicar que las mismas pueden afiliarse al régimen de seguridad social por intermedio de agremiaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, por profesión, oficio o actividad, bajo la vigilancia y control del Ministerio de la Salud y Protección Social.*

Parágrafo 3º. *Para la realización de actividades de prevención, promoción y Salud Ocupacional en general, el trabajador independiente se asimila al trabajador dependiente y la afiliación del contratista al sistema correrá por cuenta del contratante y el pago por cuenta del contratista; salvo lo estipulado en el numeral seis (6) de este mismo artículo».*

Riesgos laborales cuando el contratista tiene varios contratos simultáneamente.

Cuando un mismo contratista tiene simultáneamente varios contratos debe cotizar al sistema de riesgos laborales por cada uno de ellos de acuerdo con



el riesgo individual de cada contrato y debe estar afiliado a una misma administradora de riesgos.

Norma que regula la afiliación del contratista con múltiples contratos.

La norma que regula este asunto la encontramos en el artículo 2.2.4.2.2.9 del decreto 1072 del 26 de mayo de 2015:

«Afilación cuando existen varios contratos. Cuando los contratistas a los que les aplica la presente sección celebren o realicen simultáneamente varios contratos, deben estar afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales por la totalidad de los contratos suscritos, en una misma Administradora de Riesgos Laborales.

El contratista debe informar al contratante, la Administradora de Riesgos Laborales a la cual se encuentra afiliado, para que este realice la correspondiente novedad en la afiliación del nuevo contrato.»

No importa cuántos contratos tenga el contratista; por todos tendrá que cotizar incluso si se trata de pequeños contratos, puesto que, si una actividad no está asegurada, la ARL no cubrirá ese riesgo y en caso de sufrir un accidente ejecutando un contrato no reportado y por el que no se está cotizando, naturalmente que la ARL no responderá.

¿Cuál es el ingreso base de cotización a riesgos laborales cuando existen varios contratos?

En casos de múltiples contratos se deben por cada uno de ellos se realizará el aporte respectivo, siempre que el ingreso base total no supere los 25 salarios mínimos mensuales, y por supuesto que el ingreso base de cotización no puede ser inferior al salario mínimo.

Si el monto total de los contratos supera el tope máximo de 25 salarios mínimos mensuales, se cotiza por los contratos que tienen mayor riesgo hasta completar el límite legal. De esta forma el contratista no cotiza sobre



los contratos de menor riesgo, pero como no cotiza debido a un límite legal, sigue estando cubierto por la aseguradora siempre que efectivamente el contrato no asegurado esté entre los de menor riesgo que quedaron por fuera de la base máxima de cotización.

Para mayor información consulte el artículo 2.2.4.2.2.12 del decreto 1072 de 2015.

Valor de la cotización a riesgos laborales.

El valor de la cotización mensual que la empresa debe hacer por cada empleado está en función del nivel de riesgo que representa la actividad desarrollada por cada trabajador.

Según el artículo 18 del decreto 1295 de 1994, el monto de las cotizaciones no podrá ser inferior al 0.348%, ni superior al 8.7% de la base de cotización de los trabajadores a cargo del respectivo empleador.

El artículo 2.2.4.3.5 del decreto 1072 de 2015 establece que:

«En desarrollo del artículo 27 del decreto 1295 de 1994, se adopta la siguiente tabla de cotizaciones para cada clase de riesgo:

Tabla de cotizaciones mínimas y máximas

<i>Clase de riesgo</i>	<i>Valor mínimo</i>	<i>Valor inicial</i>	<i>Valor máximo</i>
I	0.348%	0.522%	0.696%
II	0.435%	1.044%	1.653%
III	0.783%	2.436%	4.089%



IV	1.740%	4.350%	6.960%
V	3.219%	6.960%	8.700%

Toda empresa que ingrese por primera vez al Sistema General de Riesgos Profesionales, cotizara por el valor correspondiente al valor inicial de la clase de riesgo que le corresponda».

La base para la cotización de riesgos laborales es la misma base para la cotización en salud y pensión.

Afiliación a riesgos laborales de estudiantes en prácticas.

El decreto 055 del 14 de enero de 2015 expedido por el Ministerio de la protección social, se ocupó de regular la afiliación a riesgos laborales de los estudiantes de las instituciones educativas públicas o privadas n prácticas.

El artículo 2.2.4.2.3.2 del decreto 1072 de 2015 específica a quienes se aplica el decreto:

«La presente sección aplica a los estudiantes de instituciones de educación pública o privada que se encuentren en cualquiera de las siguientes situaciones:

1. Que deban ejecutar trabajos que signifiquen una fuente de ingreso para la institución donde realizan sus estudios e involucren un riesgo ocupacional.
2. Que deban realizar prácticas o actividades como requisito para culminar sus estudios u obtener un título o certificado de técnico laboral por competencias que los acreditará para el desempeño laboral en uno de los sectores de la producción y de los servicios, que



involucren un riesgo ocupacional.

Las prácticas o actividades que en el sistema educativo colombiano cumplen con las características señaladas en el numeral 2 del presente artículo, son aquellas realizadas en el marco de la educación media técnica, los programas de formación complementaria ofrecidos por las escuelas normales superiores, la educación superior y los programas de formación laboral de la educación para el trabajo y el desarrollo humano.

Asimismo, aplica a las Administradoras de Riesgos Laborales, a los operadores de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes, a las entidades territoriales certificadas en educación, a las instituciones de educación, a las escuelas normales superiores, y a las entidades, empresas o instituciones públicas o privadas donde se realicen prácticas por parte de los estudiantes.

PARÁGRAFO 1o. La presente sección aplicará a todas aquellas personas que se encuentren realizando prácticas Ad-Honorem que involucren un riesgo ocupacional, como requisito para obtener un título y que por disposición de los reglamentos internos de la institución de educación donde cursa sus estudios, no cuentan con matrícula vigente.

PARÁGRAFO 2o. La afiliación y obligaciones en el Sistema General de Riesgos Laborales de los estudiantes que ejecuten trabajos o realicen sus prácticas formativas mediante contrato de aprendizaje, vínculo laboral; contrato de prestación de servicios o en el marco de un convenio docencia - servicio en el área de la salud, procederá de conformidad con lo dispuesto en las normas vigentes que regulen dichos escenarios de trabajo o prácticas formativas.»

El artículo 2.2.4.2.3.4 del decreto 1072 de 2015 señala cómo debe ser la



afiliación de los estudiantes:

«AFILIACIÓN Y PAGO DE APORTES AL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS LABORALES. La afiliación y pago de aportes al Sistema General de Riesgos Laborales de los estudiantes de que trata el artículo 2.2.4.2.3.2. de la presente decreto, procederá de la siguiente manera:

1. Cuando se trate de estudiantes que deban ejecutar trabajos que signifiquen fuente de ingreso para la institución educativa donde realizan sus estudios, esta deberá realizar la afiliación y el pago de aportes al Sistema General de Riesgos Laborales.
2. Cuando se trate de estudiantes que deban realizar prácticas o actividades como requisito para culminar sus estudios u obtener un título o certificado de técnico laboral por competencias que los acredeite para el desempeño laboral en uno de los sectores de la producción y de los servicios, la afiliación y el pago de aportes estará a cargo de:
 - 2.1. Las entidades territoriales certificadas en educación, cuando se trate de prácticas propias de la educación media técnica en instituciones educativas de carácter estatal;
 - 2.2. Las instituciones educativas, cuando se trate de prácticas propias de la educación media técnica en instituciones educativas de carácter oficial con régimen especial o de carácter privado;
 - 2.3. Las escuelas normales superiores, cuando se trate de prácticas propias de sus programas de formación complementaria, independiente de su naturaleza jurídica;
 - 2.4. La entidad, empresa o institución pública o privada donde se realice la práctica, para el caso de la educación superior y de los



programas de formación laboral en la educación para el trabajo y el desarrollo humano, sin perjuicio de los acuerdos entre la institución de educación y la entidad, empresa o institución pública o privada donde se realice la práctica, sobre quién asumirá la afiliación y el pago de los aportes al Sistema General de Riesgos Laborales y la coordinación de las actividades de promoción y prevención en seguridad y salud en el trabajo.

La afiliación de los estudiantes de que trata la presente sección, deberá efectuarse como mínimo un (1) día antes del inicio de la práctica o actividad correspondiente, y deberá realizarse ante la Administradora de Riesgos Laborales en la cual la entidad, empresa o institución obligada a afiliar a los estudiantes, tenga afiliados a sus trabajadores.

En ningún caso, las obligaciones de afiliación y pago al Sistema General de Riesgos Laborales podrán trasladarse al estudiante.

PARÁGRAFO 1o. Para la afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales, los estudiantes deberán estar previamente afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud en cualquiera de sus regímenes, o a un régimen exceptuado o especial en salud.

PARÁGRAFO 2o. Las entidades territoriales certificadas en educación que les corresponda afiliar a los estudiantes de media técnica al Sistema General de Riesgos Laborales, lo harán con cargo a los recursos que le trasladará anualmente el Ministerio de Educación Nacional por concepto del Sistema General de Participaciones-población atendida, con base en el registro de matrícula reportado en el Sistema de Información de Matrícula (SIMAT) del año inmediatamente anterior.

PARÁGRAFO 3o. Las instituciones educativas que oferten media



técnica de carácter oficial con régimen especial o de carácter privado, así como las escuelas normales superiores privadas, que les corresponda afiliar a los estudiantes al Sistema General de Riesgos Laborales, lo harán con cargo a sus propios recursos.

Para el caso de las escuelas normales de carácter estatal, la afiliación y el pago de los aportes la realizará el rector de dicha institución, en su calidad de ordenador del gasto, con cargo al Fondo de Servicios Educativos de que trata el Decreto número 4791 de 2008 o la norma que lo modifique o sustituya, y ante la misma Administradora de Riesgos Laborales a la que su entidad territorial certificada en educación tenga afiliados a sus trabajadores.

PARÁGRAFO 4o. Para el caso de la educación superior y de la educación para el trabajo y el desarrollo humano, cuando la práctica se realice en escenarios que en sí mismos no constituyan una persona jurídica, la afiliación y el pago del aporte al Sistema General de Riesgos Laborales del estudiante estará a cargo de la institución de educación donde curse sus estudios.»

Resalta la obligación de afiliar al estudiante un día antes de que se inicien las actividades de práctica, lo cual es apenas lógico para evitar que el estudiante quede expuesto a un riesgo sin asegurar.

El artículo 2.2.4.2.3.5 señala que la cobertura inicia el día siguiente a la afiliación y se mantendrá vigente por el tiempo que dure la práctica.

El artículo 2.2.4.2.3.6 de la norma señala que la cotización se hará sobre una base igual al salario mínimo mensual vigente. Nótese que la norma no habla de una base mínima, sino que fija la base de aportes en un salario mínimo ("La cotización al Sistema General de Riesgos Laborales de los estudiantes de que trata el presente decreto, se realizará sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente (1 smlmv)"). Ni más ni menos.



Las tarifas que se aplicarán serán las que corresponden a cada nivel de riesgo según las normas generales que regulan este aspecto.

El pago de los aportes se hará según las fechas de vencimiento aplicadas a las personas jurídicas, y “*la tarifa a pagar por la cobertura se determinará de acuerdo con la actividad económica principal o el centro de trabajo de la entidad, empresa o institución pública o privada donde se realice la práctica.*”

El artículo 2.2.4.2.3.7 del decreto 1072 de 2015 precisa las obligaciones de seguridad y protección de que deben gozar los estudiantes en práctica:

«*GARANTÍAS DE SEGURIDAD, PROTECCIÓN Y BIENESTAR DE LOS ESTUDIANTES. La relación docencia - servicio debe garantizar que los estudiantes desarrollem sus prácticas formativas en condiciones adecuadas de seguridad, protección y bienestar, conforme a las normas vigentes, para lo cual ofrecerá las siguientes garantías:*

- 1. Los estudiantes que realicen prácticas formativas que impliquen riesgos frente a terceros, estarán cubiertos por una póliza de responsabilidad civil extracontractual, con una cobertura no inferior a 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes;*
- 2. Los estudiantes de posgrado serán afiliados a los Sistemas Generales de Seguridad Social en Salud y Riesgos Laborales por el tiempo que dure su práctica. Para efectos de la afiliación y pago de aportes, se tendrá como base de cotización un salario mínimo legal mensual vigente. En todo caso, dicha afiliación no implicará un vínculo laboral, considerando que se da en el marco de una relación académica;*
- 3. Los turnos de las prácticas formativas de los estudiantes se fijarán atendiendo las normas, principios y estándares de calidad en la prestación del servicio de salud y de bienestar de los estudiantes y*



docentes. En cualquier caso, los turnos serán de máximo 12 horas, con descansos que garanticen al estudiante su recuperación física y mental y no podrán superar 66 horas por semana.

4. Los estudiantes de programas académicos de formación en el área de la salud que requieran de residencia o entrenamiento que implique la prestación de servicios de salud por parte de ellos, tendrán derecho a alimentación, hotelería, ropa de trabajo y elementos de protección gratuitos, de acuerdo con las jornadas, turnos y servicios que cumplan en el marco de la práctica formativa;

5. Los estudiantes de pregrado y de educación para el trabajo y el desarrollo humano en programas de formación laboral, serán afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales durante el tiempo que dure su práctica. La afiliación y cotización se realizará sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente (1 smlmv) y en ningún caso implicará un vínculo laboral.

PARÁGRAFO. Las garantías establecidas en el presente artículo serán responsabilidad de las instituciones que integran la relación docencia servicio, quienes financiarán la totalidad de los gastos que impliquen las mismas. Los convenios docencia-servicio establecerán las responsabilidades de las partes en la suscripción, financiación, pago, trámite y seguimiento de dichas garantías, así como la afiliación a los Sistemas Generales de Seguridad Social en Salud y de Riesgos Laborales, según corresponda de acuerdo con el nivel académico.»

Este decreto deja claro el derecho que tienen los estudiantes que hacen prácticas académicas respecto a los riesgos laborales en que incurren mientras desarrollan esas actividades.



Incapacidad por enfermedad laboral o profesional.

Se entiende por enfermedad laboral o profesional toda aquella dolencia o accidente que tiene origen en el desarrollo de las labores propias de su trabajo, como puede ser un accidente dentro de la empresa, o la pérdida de la audición o visión por la utilización excesiva o en condiciones inadecuadas de sus órganos en el desarrollo de su trabajo.

Sobre la incapacidad por enfermedad laboral, dice la ley 776 de 2002:

«Artículo 2º. Incapacidad temporal. Se entiende por incapacidad temporal, aquella que según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado.

Artículo 3º. Monto de las prestaciones económicas por incapacidad temporal. Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte. El pago se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario.

Para la enfermedad profesional será el mismo subsidio calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad correspondiente a una enfermedad diagnosticada como profesional.

El período durante el cual se reconoce la prestación de que trata el presente artículo será hasta por ciento ochenta (180) días, que podrán ser prorrogados hasta por períodos que no superen otros ciento ochenta (180) días continuos adicionales, cuando esta



prórroga se determine como necesaria para el tratamiento del afiliado, o para culminar su rehabilitación.

Cumplido el período previsto en el inciso anterior y no se hubiese logrado la curación o rehabilitación del afiliado, se debe iniciar el procedimiento para determinar el estado de incapacidad permanente parcial o de invalidez. Hasta tanto no se establezca el grado de incapacidad o invalidez la ARP continuará cancelando el subsidio por incapacidad temporal.

Parágrafo 1o. *Para los efectos de este sistema, las prestaciones se otorgan por días calendario.*

Parágrafo 2o. *Las entidades administradoras de riesgos profesionales deberán asumir el pago de la cotización para los Sistemas Generales de Pensiones y de Seguridad Social en Salud, correspondiente a los empleadores, durante los períodos de incapacidad temporal y hasta por un ingreso base de la cotización, equivalente al valor de la incapacidad. La proporción será la misma establecida para estos sistemas en la Ley 100 de 1993.*

Parágrafo 3o. *La Administradora de Riesgos Profesionales podrá pagar el monto de la incapacidad directamente o a través del empleador. Cuando el pago se realice en forma directa la Administradora deducirá del valor del subsidio por incapacidad temporal el porcentaje que debe cotizar el trabajador a los otros subsistemas de Seguridad Social, valor que deberá trasladar con el aporte correspondiente del empleador señalado en el parágrafo anterior, a la EPS o Administradora de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador en los plazos previstos en la ley.*



Artículo 5º. Incapacidad permanente parcial. Se considera como incapacitado permanente parcial, al afiliado que, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, presenta una disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento 5%, pero inferior al cincuenta por ciento 50% de su capacidad laboral, para lo cual ha sido contratado o capacitado.

La incapacidad permanente parcial se presenta cuando el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, sufre una disminución parcial, pero definitiva en alguna o algunas de sus facultades para realizar su trabajo habitual, en los porcentajes establecidos en el inciso anterior.

Artículo 7º. Monto de la incapacidad permanente parcial. Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales a quien se le defina una incapacidad permanente parcial, tendrá derecho a que se le reconozca una indemnización en proporción al daño sufrido, a cargo de la entidad administradora de riesgos profesionales, en una suma no inferior a dos (2) salarios base de liquidación, ni superior a veinticuatro (24) veces su salario base de liquidación.

En aquellas patologías que sean de carácter progresivo, se podrá volver a calificar y modificar el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral. En estos casos, la Administradora sólo estará obligada a reconocer el mayor valor resultante de restarle al monto de la nueva indemnización el valor previamente reconocido actualizado por IPC, desde el momento del pago hasta la fecha en la que se efectúe el nuevo pago.

El Gobierno Nacional determinará, periódicamente, los criterios de ponderación y la tabla de evaluación de incapacidades, para



determinar la disminución en la capacidad laboral. Hasta tanto se utilizará el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación.

Artículo 9º. Estado de invalidez. Para los efectos del Sistema General de Riesgos Profesionales, se considera inválida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación.

En primera instancia, la calificación de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral se hará por el equipo interdisciplinario establecido en el artículo 6º. de la presente ley, dentro del mes siguiente a la fecha en que hubiere concluido el proceso de rehabilitación integral, de existir discrepancias se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez, quedando a cargo de la entidad de Seguridad Social correspondiente el pago de honorarios y demás gastos que se occasionen.

El costo del dictamen será a cargo de la Administradora de Riesgos Profesionales, pero el empleador o el trabajador podrán acudir directamente ante dichas juntas.

Artículo 10. Monto de la pensión de invalidez. Todo afiliado al que se le defina una invalidez tendrá derecho, desde ese mismo día, a las siguientes prestaciones económicas, según sea el caso:

a) Cuando la invalidez es superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al sesenta por ciento (60%) del ingreso base de liquidación;

b) Cuando la invalidez sea superior al sesenta y seis por ciento



(66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del ingreso base de liquidación;

c) Cuando el pensionado por invalidez requiere el auxilio de otra u otras personas para realizar las funciones elementales de su vida, el monto de la pensión de que trata el literal anterior se incrementa en un quince por ciento (15%).

Parágrafo 1º. Los pensionados por invalidez de origen profesional, deberán continuar cotizando al Sistema General de Seguridad en Salud, con sujeción a las disposiciones legales pertinentes. **Parágrafo 2º.** No hay lugar al cobro simultáneo de las prestaciones por incapacidad temporal y pensión de invalidez. Como tampoco lo habrá para pensiones otorgadas por los regímenes común y profesional originados en el mismo evento.

El trabajador o quien infrinja lo aquí previsto será investigado y sancionado de acuerdo con lo dispuesto en las leyes vigentes, sin perjuicio de las restituciones a que haya lugar por lo cobrado y obtenido indebidamente.

Artículo 11. Muerte del afiliado o del pensionado por riesgos profesionales. Si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y su reglamentario.

Artículo 12. Monto de la pensión de sobrevivientes en el sistema general de riesgos profesionales. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes será, según sea el caso:

a) Por muerte del afiliado el setenta y cinco por ciento (75%) del salario base de liquidación;



b) Por muerte del pensionado por invalidez el ciento por ciento (100%) de lo que aquel estaba recibiendo como pensión.

Cuando el pensionado disfrutaba de la pensión reconocida con fundamento en el literal c) del artículo 10 de la presente ley la pensión se liquidará y pagará descontando el quince por ciento (15%) que se le reconocía al causante.

Artículo 13. Monto de las pensiones. Ninguna pensión de las contempladas en esta ley podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, ni superior a veinte (20) veces este mismo salario».

En cuanto a la incapacidad por enfermedad profesional, esta puede ser hasta por 720 días, pago que corre por cuenta de la respectiva ARL. Si al cabo de este tiempo el trabajador no logra su recuperación, se debe iniciar el proceso para el reconocimiento de la incapacidad permanente parcial o por invalidez.

Certificado de incapacidad.

Tanto para la incapacidad por enfermedad profesional como por la incapacidad por enfermedad general, el empleado debe presentar una certificación expedida por un médico afiliado o que labore oficialmente con la EPS o la ARL a la que está afiliado el trabajador, en la que conste la incapacidad para desarrollar sus labores cotidianas.

Sin ese certificado no será posible que la EPS o la ARL pague la incapacidad, y tampoco podrá justificar ante la empresa la ausencia del trabajo, lo que puede tener como consecuencia el no pago de esos días, o inclusive hacerse merecedor a un llamado de atención o de la aplicación de las sanciones contempladas por el reglamento de trabajo.



Sistema general de pensiones.

El sistema general de pensiones busca cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte del afiliado, y se logra mediante la cotización mensual que la empresa y el trabajador realizan al fondo de pensiones que el trabajador escoja libremente.

El fondo de pensión es el encargado de pagar la pensión en caso de vejez, o en caso de invalidez o muerte originada por accidente o enfermedad general o de origen común.

La pensión por invalidez o muerte causada por un accidento o enfermedad profesional es asumida por la administradora de riesgos laborales.

El sistema general de pensiones está regulado por la ley 100 de 1993.

Los aportes obligatorios a pensión no se pueden retirar hasta tanto no se cumplan los requisitos para obtener la pensión.

En caso de cumplirse la edad y no se han cumplido los demás requisitos para acceder la pensión, el fondo de pensión reembolsará el capital acumulado por el afiliado, aunque el afiliado siempre tendrá la opción de seguir aportando hasta completar el capital mínimo necesario que le garantice el acceso a la pensión.

Afiliación al sistema general de pensiones.

La empresa debe afiliar obligatoriamente a todos sus empleados al fondo de pensión que ellos libremente elijan, y deberá realizar oportunamente las respectivas cotizaciones tanto en la parte que le corresponde a ella como en la parte que corresponde al empleado.

Si la empresa omite afiliar a sus empleados a un fondo de pensión, en caso de invalidez o muerte de algún trabajador deberá asumir el pago de la



pensión, lo cual indudablemente es mucho más costoso que realizar una cotización mensual.

Valor de la cotización a pensión.

La cotización para pensión es el 16% sobre el salario mensual que devenga cada trabajador.

Este porcentaje es compartido entre el trabajador y la empresa. El trabajador aporta el 4% sobre la base de cotización y la empresa aporta el 12%.

En el caso de los trabajadores independientes, estos deben asumir la totalidad del aporte, tanto en pensión como en salud.

Actualmente es obligatorio cotizar tanto en salud como en pensión, y la base sobre la cual se cotiza pensión, es la misma base sobre la que se aporta a salud.

En consecuencia, la base para los aportes a pensión no podrá ser inferior al salario mínimo mensual.

Fondo de solidaridad pensional.

La ley 100 creó el fondo de solidaridad pensional, que según el artículo 26 de la misma ley, tiene por objetivo:

«(...) subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas



asociativas de producción, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional

El subsidio se concederá parcialmente para reemplazar los aportes del empleador y del trabajador, o de este último en caso de que tenga la calidad de trabajador independiente, hasta por un salario mínimo como base de cotización. El Gobierno Nacional reglamentará la proporción del subsidio de que trata este inciso.

Los beneficiarios de estos subsidios podrán escoger entre el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, pero en el evento de seleccionar esta última opción, sólo podrán afiliarse a fondos que administren las sociedades administradoras que pertenezcan al sector social solidario, siempre y cuando su rentabilidad real sea por lo menos igual al promedio de los demás fondos de pensiones de conformidad con lo establecido en la presente ley.

Para hacerse acreedor al subsidio el trabajador deberá acreditar su condición de afiliado del régimen general de seguridad social en salud, y pagar la porción del aporte que allí le corresponda.

Estos subsidios se otorgan a partir del 1º de enero de 1995.

Parágrafo. No podrán ser beneficiarios de este subsidio los trabajadores que tengan una cuenta de ahorro pensional voluntario de que trata la presente ley, ni aquéllos a quienes se les compruebe que pueden pagar la totalidad del aporte».

Para financiar ese fondo, los trabajadores que devenguen de 4 o más salarios mínimos mensuales, deben aportar el 1% adicional al 16% que es la cotización general.

Los pensionados que devenguen más de 10 salarios mínimos y



hasta 20 salarios mínimos, deberán aportar al fondo de solidaridad pensional el 1% de su mesada.

Los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 a 17 SMLMV de un 0.2%, de 17 a 18 SMLMV de un 0.4%, de 18 a 19 SMLMV de un 0.6%, de 19 a 20 SMLMV de un 0.8% y superiores a 20 SMLMV de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional” .

En conclusión tendríamos que el aporte para el fondo de solidaridad pensional sería de la siguiente forma:

<i>Rangos de salarios mínimos</i>	<i>Porcentaje a pagar</i>
0-4	0,0%
4-16	1,0%
16-17	1,2%
17-18	1,4%
18-19	1,6%
19-20	1,8%
20 o más	2,0%



¿Quién paga el porcentaje adicional con destino al fondo de solidaridad pensional?

El aporte adicional con destino al fondo de solidaridad pensional debe ser realizado en su totalidad por el trabajador.

Recordemos que cuando un empleado devenga salarios elevados debe realizar un aporte adicional para dicho fondo, aporte que corre por cuenta del trabajador.

Aunque no existe norma alguna que de forma expresa diga que ese pago debe ser realizado por el trabajador, de la interpretación de algunas normas, así se concluye.

Es el caso del artículo 27 de la ley 100 de 1993, quien dice que este aporte está a cargo del afiliado, y el afiliado no es otro que el trabajador.

Ahora, el decreto 3771 de 2007 en su artículo 6, dice que el aporte al fondo de solidaridad estará a cargo del cotizante, que naturalmente será el empleado. Aunque este decreto ya no se refiere al afiliado sino al cotizante, en cualquier caso, corresponde al empleado, pues es este el que se afilia al fondo de pensión.

Así las cosas, el empleado debe aportar a pensión el porcentaje que corresponda según el monto de su salario por concepto de solidaridad pensional.

¿Cómo se liquida el fondo de solidaridad pensional?

Como ya lo vimos, los trabajadores que devenguen un sueldo superior a 4 salarios mínimos deben realizar un aporte a pensión adicional con destino al llamado fondo de solidaridad pensional, fondo creado por el artículo 25 de la ley 100 de 1993 con la finalidad de financiar los aportes a pensión de aquellas personas de menores recursos.



Los trabajadores con sueldos entre 4 y 16 salarios mínimos deben realizar un aporte adicional del 1%. Quienes devenguen mensualmente 16 salarios mínimos o más, adicional al 1% ya referido deben hacer un aporte adicional del 0.2% por cada sueldo mínimo adicional que devenguen hasta los 20 salarios mínimos.

La progresividad de estos aportes se puede evidenciar en la siguiente tabla:

Rango sueldos	Porcentaje adicional
>= 4 a < 16	1,0%
>= 16 a 17	1,2%
De 17 a 18	1,4%
De 18 a 19	1,6%
De 19 a 20	1,8%
Superiores a 20	2,0%

Para la liquidación de estos aportes al fondo de solidaridad pensional desarrollamos una pequeña herramienta en Excel que pusimos a disposición de todos nuestros lectores de forma gratuita, que hace el cálculo de forma automática con sólo introducir el monto del salario del trabajador y el valor del salario mínimo vigente a la fecha del cálculo o liquidación.

Claro que hoy con las herramientas de liquidación en línea incorporadas por los sistemas de recaudo electrónico, estos cálculos son liquidados automáticamente por el sistema, o por lo menos es lo que deberían hacer, o lo que se espera de ellas.

Cotización a pensión en trabajadores con vinculación inferior a un mes.

Mediante el decreto 1072 del 26 de mayo de 2015 el gobierno reglamentó la cotización a pensión que pueden hacer las personas que tengan una vinculación laboral inferior a un mes.



Antes de la vigencia de este decreto el periodo mínimo de cotización a pensión era de un mes, pero ahora ese periodo mínimo de cotización disminuye a una semana, de manera que no se puede hablar de cotizaciones por días sino por semanas.

El artículo 2.2.1.6.4.6 del referido decreto establece las semanas de cotización mínimas según el número de días trabajados:

Días laborados en el mes	Monto de la cotización
Entre 1 y 7 días	Una (1) cotización mínima semanal
Entre 8 y 14 días	Dos (2) cotizaciones mínimas semanales
Entre 15 y 21 días	Tres (3) cotizaciones mínimas semanales
Más de 21 días	Cuatro (4) cotizaciones mínimas semanales (equivalen a un salario mínimo mensual)

Si se trabaja más de 21 días la cotización debe ser de un mes, según se aprecia en la tabla, de manera que este beneficio sólo aplica a quienes trabajan hasta tres semanas en el mismo mes, puesto que quien labore más, aportara el mes completo como se hace regularmente.

Esto aplica para trabajadores que cumplen con los siguientes requisitos:

- a. Que se encuentren vinculados laboralmente.
- b. Que el contrato sea a tiempo parcial, es decir, que en un mismo mes, sea contratado por períodos inferiores a treinta (30) días.



- c. Que el valor que resulte como remuneración en el mes, sea inferior a un (1) salario mínimo mensual legal vigente.

Como se puede observar, el beneficio sólo aplica a los trabajadores con un contrato con una duración inferior a un mes, y el contrato debe ser de trabajo, no de servicios. Además, el salario del trabajador no puede ser superior al equivalente del salario mínimo mensual, es decir que si un trabajador labora 15 días con un sueldo de \$600.000 no se beneficia de esta norma, puesto que su salario equivale a \$1.200.000, superior al salario mínimo.

Las cotizaciones se harán calculando las semanas mínimas a cotizar tomando como referencia el salario mínimo mensual vigente al momento de realizar el respectivo aporte.

La obligación de la afiliación sigue siendo del empleador, y cada uno seguirá aportando la proporción de aplicación general, esto es el 12% para el empleador y el 4% para el trabajador.

Auxilio funerario.

El auxilio funerario se paga a la persona que demuestre haber sufragado los gastos de entierro del afiliado o del pensionado, y dependiendo de la causa del fallecimiento, el auxilio será pagado por el fondo de pensiones o por la administradora de riesgos laborales.

El valor del auxilio funerario es el equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida sin que sea inferior a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes ni superior a diez veces dicho salario.

Quien sufragó los gastos de entierro debe presentarse ante el fondo de pensiones o la administradora de riesgos laborales, según corresponda,



aportando los siguientes documentos:

- Solicitud para liquidación del auxilio funerario.
- Fotocopia del documento de identidad de quien reclama.
- Soporte válido del valor cancelado por los gastos funerarios.
- Registro civil de defunción.

¿Qué debe hacer el trabajador cuando la empresa no lo afilia al sistema de seguridad social?

Hay empresas o empleadores que no afilian a seguridad social a sus trabajadores, y ante estos casos ¿qué puede o qué debe hacer el trabajador? Aquí le contamos lo que puede hacer para hacer valer sus derechos.

Cuando hablamos de aportes a seguridad social nos referimos a los tres componentes que conforman este sistema: Salud, Pensión y Riesgos laborales.

Lo primero que puede hacer un trabajador que no ha sido afiliado a seguridad social, es denunciar al empleador ante la UGPP.

Ahora, si el empleador voluntariamente no cumple con la obligación de afiliar al trabajador al sistema de seguridad social, el trabajador tendrá que exigir sus derechos por la vía judicial, pero seguramente tenga que renunciar primero.

¿Qué puede exigir el trabajador por la vía judicial?

Decíamos que la seguridad está conformada por Salud, Riesgos Laborales y Pensión, los que tienen un tratamiento diferente que a continuación señalamos.

Aportes a salud y a riesgos laborales.



Respecto a los aportes a salud y riesgos laborales, el trabajador no puede solicitar en la demanda que sea afiliado extemporáneamente ni que le paguen directamente lo que la empresa dejó de pagar por estos conceptos.

Lo que el trabajador puede exigir es que el empleador le reconozca o le reintegre lo que haya gastado en atención médica debido a la falta de afiliación.

El sistema de salud busca cubrir todos los problemas de salud que tenga el trabajador y para eso es que se debe afiliar, pero si la empresa no lo afilia, el trabajador tendrá que costearse con sus propios recursos los gastos médicos en caso de enfermedad o accidente, y el trabajador puede exigir en la demanda el reintegro de esos valores, y el juez accederá respecto a los gastos que encuentre probados en el proceso, que pueden incluir los gastos incurridos en atender los problemas de salud de todo su núcleo familiar, pues de haber sido afiliado, el sistema se hubiera hecho cargo de esos gastos.

Lo anterior no implica que el empleador no deba hacer los pagos que adeuda al sistema por la falta de afiliación, puesto que la UGPP tiene la facultad de exigir al empleador el pago de lo adeudado debido a la falta de afiliación desde la fecha en que encuentre probada la obligación de afiliar al trabajador al sistema de seguridad social, siempre que esa obligación no haya prescrito, que de momento son 5 años.

Es decir que si la UGPP encuentra que la empresa o una persona natural tienen un trabajador contratado desde el 2010 que nunca afilió al sistema, puede exigir que se pague al sistema las cotizaciones correspondientes a los últimos 5 años.

Recordemos que los aportes a seguridad social pertenecen al sistema de seguridad social, y a este es que se deben satisfacer los valores adeudados.

Es por ello que el trabajador no debe limitarse a demandar al empleador ante



la justicia laboral, sino que debe denunciarlo a la UGPP.

Sería ideal que los jueces trasladaran de oficio a la UGPP todos los procesos que lleguen a sus despachos.

Aportes a pensión.

El trabajador que no ha sido afiliado al sistema de pensiones sí puede exigir judicialmente que se le afilie extemporáneamente al sistema de pensiones, y aquí hay una gran diferencia con respecto a los aportes a salud y riesgos laborales.

Decíamos que el trabajador no puede solicitar al juez que sea afiliado extemporáneamente a salud y riesgos laborales, y que esa tarea le corresponde a la UGPP, pero la UGPP sólo puede exigir el pago de las cotizaciones de los últimos 5 años.

Pero respecto a la pensión el asunto es muy diferente porque el juez sí puede ordenar al empleador que responda por todo el tiempo dejado de cotizar al sistema de pensión, y esa obligación no prescribe, de suerte que, si el trabajador lleva 10 años sin estar afiliado, el empleador debe responder por las cotizaciones de esos 10 años.

Para ello, el empleador debe afiliar al trabajador a Colpensiones, y Colpensiones le hace el cálculo actuarial correspondiente al tiempo que el trabajador estuvo sin afiliación, y de esa manera el trabajador es reparado por el perjuicio causado debido a la omisión de afiliación al sistema de pensiones.

El papel de la UGPP.

La UGPP tiene un gran papel a desempeñar en estos casos, por cuanto por vía administrativa, que es mucho más expedita, puede conseguir que el empleador cumpla con su deber de afiliar a sus trabajadores al sistema de



seguridad social.

La UGPP se ha convertido en una entidad muy diligente y con seguridad un empleador le tiene más temor a un requerimiento de la UGPP que a la notificación de una demanda laboral.

Adicionalmente, como las denuncias a la UGPP pueden ser anónimas, el trabajador no necesita renunciar a su trabajo para luego reclamar sus derechos, sino que puede conseguir que la UGPP haga valer sus derechos por él.



APORTES PARAFISCALES.

Los aportes parafiscales son una contribución obligatoria que algunas empresas y empleador deben realizar al Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, por cada empleado que tenga.

¿Cuáles son los aportes parafiscales?

En Colombia hay tres pagos o aportes parafiscales que los empleadores deben realizar por sus trabajadores, que son:

- Aportes a las cajas de compensación o subsidio familiar.
- Aportes al Instituto colombiano de bienestar familiar.
- Aportes al servicio nacional de aprendizaje.

A continuación, abordamos con más detalle cada uno de estos aportes.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tiene como objetivo propender por el bienestar de los niños de bajos recursos y de la familia en general. Es una entidad encargada de proteger los derechos de los menores de edad que no cuentan con los recursos necesarios para procurarse los cuidados mínimos necesarios, como el suministro de alimentos, vestido, vivienda o educación.

Los recursos que financian a esta entidad provienen del aporte que hace toda empresa o empleador obligado a pagar aportes parafiscales, y este aporte es equivalente al 3% del salario de cada trabajador.



Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA)

El SENA tiene como función capacitar a los colombianos para que adquieran el conocimiento y destrezas necesarias para que logren una adecuada inserción y desempeño en el campo laboral.

El SENA se financia con los aportes que debe realizar toda empresa obligada a ello por cada empleado que tenga, en un porcentaje equivalente al 2% de la nómina.

Para el cálculo del aporte al SENA se excluye el auxilio de transporte, al igual que para los demás aportes parafiscales.

Es importante aclarar que la obligación de realizar el aporte mensual al SENA del 2% de la nómina, es diferente a la obligación de contratar aprendices por lo que en algunos casos tendrá que hacer las dos cosas.

Cajas de compensación familiar.

Las cajas de compensación familiar se encargan de administrar los recursos aportados por las empresas, y que tienen como objetivo otorgar un subsidio a los trabajadores que tiene beneficiarios con derecho a él.

El subsidio familiar consiste en un apoyo económico que la caja de compensación a la que está afiliado el trabajador otorga al trabajador por cada beneficiario que este tiene, y que consiste en la entrega de elementos como útiles escolares, medicamentos, ropa o calzado.

La empresa es la que elige la caja de compensación a la que ha de afiliar a sus empleados.

La empresa o empleador que esté obligado a pagar parafiscales debe aportar el 4% sobre el salario base por concepto de aportes a las cajas de compensación familiar.



Subsidio familiar.

El subsidio familiar es un beneficio otorgado o pagado por las cajas de compensación familiar a los trabajadores que tienen derecho según la ley.

El subsidio familiar es una prestación social a cargo de la caja de compensación familiar a la que esté afiliado el empleador.

El subsidio familia está representado por una cuota monetaria que se paga mensualmente al trabajador en beneficio de algún familiar suyo que da derecho al pago del subsidio, y también por prestación de servicios en favor del trabajador y su núcleo familiar.

Quiénes tienen derecho al subsidio familiar.

El inciso primero del artículo 3 de la ley 789 de 2002 señala que tienen derecho al subsidio familiar en dinero (cuota monetaria) los trabajadores que cumplan las siguientes condiciones:

- Su salario no debe superar 4 salarios mínimos mensuales.
- Que la suma de los ingresos del trabajador y su cónyuge no supere 6 salarios mínimos mensuales.
- Que hayan laborado al menos 96 horas mensuales.

El subsidio familiar se otorga por las siguientes personas:

- Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros. Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado.
- Los hermanos que no sobrepasen la edad de 18 años, huérfanos de padres, que convivan y dependan económicamente del trabajador y que cumplan con el certificado de escolaridad del numeral 1.
- Los padres del trabajador beneficiario mayores de 60 años, siempre y cuando ninguno de los dos reciba salario, renta o pensión alguna. No



podrán cobrar simultáneamente este subsidio más de uno de los hijos trabajadores y que dependan económicamente del trabajador.

- Los padres, los hermanos huérfanos de padres y los hijos, que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar, causarán doble cuota de subsidio familiar, sin limitación en razón de su edad. El trabajador beneficiario deberá demostrar que las personas se encuentran a su cargo y conviven con él.

Si el trabajador acredita varios beneficiarios por cada uno de ellos recibirá la respectiva cuota monetaria.

Subsidio familiar cuando fallece un beneficiario.

Cuando fallece cualquiera de los beneficiarios antes señalados la caja de compensación familiar pagará el equivalente a 12 cuotas monetarias según el numeral 5 del artículo 3 de la ley 789 de 2002:

«En caso de muerte de una persona a cargo por la cual el trabajador estuviere recibiendo subsidio familiar, se pagará un subsidio extraordinario por el mes en que este ocurra, equivalente a 12 mensualidades del subsidio en dinero que viniere recibiendo por el fallecido.»

El trabajador debe acreditar el fallecimiento con el respectivo registro de defunción.

Subsidio familiar en caso de fallecimiento del trabajador.

Cuando es el trabajador afiliado el que muere se da aplicación a lo señalado en el numeral 6 del artículo 3 de la ley 789:

«En caso de muerte de un trabajador beneficiario, la Caja de



Compensación Familiar continuará pagando durante 12 meses el monto del subsidio por personas a cargo, a la persona que acredite haberse responsabilizado de la guarda, sostenimiento o cuidado de ellos. El empleador dará aviso inmediato de la muerte de un trabajador afiliado a la Caja de Compensación.»

Quién pretenda reclamar el subsidio tendrá que acreditar que ha quedado a cargo económico de las personas que antes estaban a cargo del trabajador fallecido, y que dieron derecho al pago del subsidio.

Pago doble del subsidio familiar por un mismo beneficiario.

Cuando tanto el padre como la madre trabajan y están afiliados a una caja de compensación, o a la misma, se pagará un doble subsidio sólo en el caso señalado por el numeral 7 del artículo 3 de la ley 789:

«Podrán cobrar simultáneamente el subsidio familiar por los mismos hijos el padre y la madre, cuyas remuneraciones sumadas no excedan de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv.»

Es el único caso en que se puede pagar el subsidio familiar por cada trabajador respecto al mismo beneficiario.

Subsidio familiar en trabajadores con varios empleadores.

Los trabajadores que tienen dos o más empleadores, como en el caso de quien trabaja medio tiempo para dos empleadores distintos, el subsidio familiar se paga en apego al inciso segundo del artículo 3 de la ley 789 de 2002:



«Cuando el trabajador preste sus servicios a más de un empleador, se tendrá en cuenta para efectos del cómputo anterior el tiempo laborado para todos ellos y lo pagará la Caja de Compensación Familiar a la que está afiliado el empleador de quien el trabajador reciba mayor remuneración mensual. Si las remuneraciones fueren iguales, el trabajador tendrá la opción de escoger la Caja de Compensación. En todo caso el trabajador no podrá recibir doble subsidio.»

El subsidio en todo caso lo pagará una sola caja de compensación que se elige aplicando el criterio anterior.

Subsidio familiar en descansos remunerados e incapacidades.

La ley dice que el trabajador tiene derecho al subsidio familiar cuando haya laborado por lo menos 96 horas al mes, pero si no lo hace en razón a que está en vacaciones o incapacitado, se debe pagar el subsidio.

Al respecto señala el inciso tercero del artículo 3 de la ley 789 de 2002:

«El trabajador beneficiario tendrá derecho a recibir el subsidio familiar en dinero durante el período de vacaciones anuales y en los días de descanso o permiso remunerado de ley, convencionales o contractuales; períodos de incapacidad por motivo de enfermedad no profesional, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedad profesional.»

El único caso en que no se paga el subsidio de familia sería en los permisos no remunerados o en la suspensión del contrato de trabajo por sanción disciplinaria.



Porcentajes de los aportes parafiscales.

Los porcentajes que el empleador debe pagar por cada uno de los conceptos parafiscales son los siguientes:

Aporte.	Porcentaje.
Cajas de compensación.	4%
ICBF.	3%
SENA.	2

¿Quiénes están obligados a pagar aportes parafiscales?

Todo empleador que tenga por lo menos un empleado vinculado con un contrato de trabajo en cualquiera de sus formas debe realizar los aportes parafiscales que correspondan.

Hay algunas excepciones que a continuación se señalan, considerando que la obligación es parcial tanto en conceptos como en trabajadores.

Empleadores que no están obligados pagar aportes parafiscales.

Hay algunos empleadores que no deben pagar algunos aportes parafiscales por algunos trabajadores, y están contenidos en el artículo 114-1 del estatuto tributario que podemos resumir de la siguiente forma:

Concepto	Obligado	Por qué trabajadores
Cajas de compensación.	Si	Por todos.
ICBF	SI	Por aquellos que tengan un sueldo igual



	(Parcialmente)	o superior a 10 salarios mínimos.
SENA	Si (Parcialmente)	Por aquellos que tengan un sueldo igual o superior a 10 salarios mínimos.

Se precisa que no se paga aportes al SENA e ICBF por los trabajadores que tengan un sueldo inferior a 10 salarios mínimos.

Como se puede observar, la exoneración es apenas parcial, y puede consultarla con más detalle en el siguiente artículo.

Salario base para pagar los aportes parafiscales (IBC).

El salario base sobre el cual se calculan los aportes parafiscales es la totalidad de los valores recibidos como remuneración por el trabajador, como sueldo básico, comisiones, horas extras y recargos nocturnos. Se exceptúa el auxilio de transporte y aquellos pagos que por expreso acuerdo entre las partes se consideran como no constitutivos de salario.

No se deben realizar aportes sobre las prestaciones sociales de ley o prestaciones extralegales que se hayan pactado como no constitutivas de salario.

En el caso del salario integral, la base para el cálculo de los aportes parafiscales es el 70% de la totalidad del salario integral, para lo cual el total del salario se multiplica por 0,7.

Por ejemplo, si el salario integral es de \$10.000.000 mensuales, la base sobre la cual se han de calcular los aportes parafiscales será de \$7.000.000 ($10.000.000 \times 0,7$).

En general, todo pago que constituya salario debe formar parte de la base para pagar los aportes parafiscales, y en eso la UGPP es muy estricta.



Cómo se realizan los pagos o aportes parafiscales.

Los aportes parafiscales se deben hacer mensualmente por medio de la planilla única o PILA, y es responsabilidad del empleador pagarlos oportunamente dentro de los plazos que fija la ley según el dígito de verificación.

La presentación es virtual pero el pago se puede hacer en bancos.



TERCERIZACIÓN LABORAL.

La tercerización laboral conocida también como Outsourcing, es una figura mediante la cual la empresa recurre a proveedores externos de mano de obra, a fin de evitar contratarlos directamente.

La tercerización laboral o el Outsourcing laboral implica que la mano de obra, es decir, los trabajadores no son contratados directamente por la empresa, sino que son suministrados por un tercero, para que esos empleados desarrollen sus actividades en las instalaciones de la empresa.

Una cosa es subcontratar un proceso, en donde las actividades laborales son realizadas por ese tercero con sus propios trabajadores, y otra cosa es tercerizar la mano de obra, donde las actividades laborales son realizadas en la misma empresa, pero con mano de obra suministrada por terceros.

Tercerización laboral ilegal.

En Colombia la tercerización laboral como tal no está regulada, pues el decreto 583 del 2016 que la consideraba fue derogado por el decreto 683 del 2018.

Como concepto, la tercerización laboral o el Outsourcing laboral existe bajo la figura de la intermediación laboral llevada a cabo por las empresas de servicios temporales.

En consecuencia, la única tercerización laboral legal, es la que se lleva a cabo por intermedio de las empresas de servicios temporales, en los casos que la norma considera posible.

Por regla general la empresas y empleadores deben contratar a sus



trabajadores de forma directa mediante contrato de trabajo, pero excepcionalmente pueden utilizar la intermediación laboral, como en los casos que expresamente contempla el artículo 2.2.6.5.6 del decreto 1072 de 2015:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. 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 prorrogable hasta por seis (6) meses más.

Por fuera de esas circunstancias la tercerización o intermediación laboral se vuelve ilegal.

También es ilegal la tercerización laboral cuando se contrata con entidades no autorizadas como CTA o cualquier otra que no sea una empresa de servicios temporales.

Responsabilidades laborales en el outsourcing o tercerización.

En principio la empresa que terceriza su mano de obra no asume ninguna responsabilidad laboral con los trabajadores contratados mediante esa figura, toda vez que la empresa firma un contrato civil o comercial con el proveedor de la mano de obra o lo que sea, y ese tercero es el que tiene responsabilidades con los trabajadores que envía para cumplir con el



contrato de outsourcing.

Los trabajadores firman contrato con el tercero o proveedor de la mano de obra, en este caso, la empresa de servicios temporales, y es ese tercero el que debe garantizar los derechos laborales de sus trabajadores.

La empresa usuaria debe verificar que el proveedor de mano de obra cumpla por lo menos con la afiliación al sistema de seguridad social de sus trabajadores y el pago de las respectivas cotizaciones, pues ninguna empresa debe permitir el ingreso a sus instalaciones de personal que no esté debidamente cubierto por el sistema de seguridad social, y es un tema que obligadamente se debe incluir en el contrato de suministro de personal que se firme. Algunas empresas incluso verifican que el proveedor pague a sus trabajadores la remuneración que les corresponde, pues si las cosas se han hecho mal, existe la posibilidad de que la empresa termine siendo solidariamente responsable por las obligaciones laborales respecto a los trabajadores que trabajan para ella, así sean provistos por un tercero.

Ahora, si la tercerización es ilegal, el asunto cambia porque la empresa se vuelve responsable solidaria, e incluso un juez puede declarar la existencia de un contrato de trabajo realidad directo entre la empresa y el trabajador tercerizado.

En tal evento, el juez considerará que, ante la ilegalidad de la intermediación o tercerización, el verdadero empleador es quien se benefició del trabajo en razón a la prestación personal del servicio, lo que derivará en un contrato de trabajo realidad, como lo ha dejado claro la sala laboral de la Corte suprema de justicia en distintas sentencias como la SL1832-2021 o la SL1304-2021.

Eso ocurrirá cuando se haya contratado con una empresa de servicios temporales en los casos no permitidos por la norma, o por un tiempo



superior al permitido, o cuando se contrata con entidades distintas a las empresas de servicios temporales, como cooperativas de trabajo asociado, pues la intermediación o tercerización laboral sólo puede ser ofrecida por las empresas de servicios temporales.

Contratistas independientes, intermediarios y empresas de servicios temporales.

La intermediación laboral tiene gran vigencia en la actualidad debido a que las empresas se esfuerzan en reducir los costos laborales y buscan hacerle el quite a los derechos que la ley laboral confiere a los trabajadores.

Entre las diferentes formas de intermediación laboral encontramos a los contratistas independientes, cooperativas de trabajo asociado y las empresas de servicios temporales.

Y aprovechamos la oportunidad para traer a colación una antigua pero vigente sentencia (salvando algunas modificaciones legislativas desde entonces, en la que se detallan las diferencias que hay entre un contratista independiente y una empresa de servicios temporales, al tiempo que se precisan las obligaciones laborales de uno y otro).

Se trata de la sentencia 9435 del 24 de abril de 1997 con ponencia del magistrado Francisco Escobar Henríquez:

«Con arreglo al artículo 3 del Decreto 2351 de 1965, es una persona natural o jurídica que mediante un contrato civil o mercantil se compromete, a cambio de determinada remuneración o precio, a realizar una o varias obras o a prestar un servicio en favor de la persona natural o jurídica con quien contrate. El contratista asume los riesgos



propios de la función a su cargo, debe ejecutarla con sus propios medios y goza de libertad y autonomía técnica y directiva. Para poder cumplir su obligación requiere contratar trabajadores, cuya fuerza de trabajo ha de encauzar y dirigir en desarrollo del poder de subordinación, 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. Es que con este no se compromete a llevar trabajadores, sino a lograr por su cuenta y riesgo a cambio de un precio, el objetivo propuesto, de forma que en este orden de ideas 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 patrono en términos formales o reales con respecto de los trabajadores requeridos por el contratista, ya que no ejerce la subordinación laboral frente a aquellos o este, de suerte que solo es acreedor de un resultado o de un concreto servicio. Con todo, la ley laboral lo hace responsable solidario por la remuneración, prestaciones, indemnizaciones y derechos laborales correspondientes a los trabajadores del contratista, siempre y cuando la obra o servicio que éste deba cumplir no sea extraña a las actividades normales propias de la respectiva empresa o negocio del contratante.

Es fácil advertir entonces que la figura del contratista independiente difiere de la empresa de servicios temporales; entre las notas distintivas, pueden destacarse las siguientes:

La E.S.T. es persona jurídica cuyo funcionamiento autoriza el Ministerio



del Trabajo, organismo que siempre debe controlar su actividad, mientras el contratista independiente puede ser persona natural o jurídica cuya labor no se halla controlada por dicho Ministerio.

La E.S.T. según la ley se compromete en un contrato de prestación de servicios, pero no se obliga a un particular resultado o a ejecutar en realidad una definida prestación de servicio, sino a facilitar al usuario el servicio de determinados trabajadores, mientras que el contratista se obliga directamente a construir una obra o a prestar un servicio.

Aunque el contratista y la E.S.T. son empleadores, aquél ejerce directamente la subordinación con respecto de los trabajadores comprometidos en el contrato de obra o de prestación de servicios, mientras que esta delega en el usuario la subordinación relativa a los trabajadores en misión.

El contratante o beneficiario responde solidariamente con el contratista de las obligaciones laborales adquiridas por este, mientras que el usuario de la E.S.T. no responde por los derechos laborales de los trabajadores en misión.

LOS INTERMEDIARIOS

Es importante diferenciar igualmente las E.S.T de las distintas especies de intermediarios laborales o sea, aquellas personas naturales o jurídicas que sin ser empleadores se encargan de contratar trabajadores en nombre de estos, o de enrolarlos para que laboren al servicio de una determinada empresa o sencillamente de convocarlos y proponerlos al patrono por solicitud de este como acontece en el caso de las agencias de colocación, conocidas anteriormente como bolsas de empleo. El artículo 35 del C.S.T describe dos clases de



intermediarios a saber: Las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono y las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos por cuenta del empleador.

En todo caso los intermediarios, cualquiera que sea su modalidad, no son el empleador sino su representante para efectos de la contratación (C.S.T, art 32) e incluso algunos son meros corredores de colocación, conforme arriba se dijo, es decir personas naturales o jurídicas cuya actividad radica en postular trabajadores a solicitud de un eventual empleador interesado, quien, si lo estima pertinente, vinculará directamente al postulado caso en el cual deberá cancelar un monto establecido al agente.

Pues bien, las E.S.T. son empleadores y actúan como tales, mientras que los intermediarios, aunque ocasionalmente pueden comportarse como patronos nunca lo son en realidad. Las E.S.T responden de los derechos de los trabajadores, al paso que los intermediarios no se obligan a título personal sino en representación del patrono, y solo son responsables por solidaridad cuando ocultan su carácter para revestirse de la apariencia patronal. A diferencia de las E.S.T. los intermediarios pueden ser personas naturales o jurídicas, normalmente su actividad se ejerce sin el control forzoso de la autoridad administrativa del trabajo, salvo en lo que toca con las agencias de colocación.»

Considerando que la tercerización laboral y la intermediación laboral se llevan a cabo principalmente mediante contratistas independientes,



empresas de servicios temporales y cooperativas de trabajo asociado, a continuación, nos ocupamos de estas tres figuras.

Contratistas independientes.

Como empleador no solo pueden actuar las empresas sino los contratistas de éstas que desarrollan actividades dentro o relacionadas con la empresa.

Un ejemplo puede ser cuando un contratista contrata con una empresa la construcción de una bodega, y en ejecución de ese contrato el contratista debe contratar empleados.

Los contratistas independientes que contraten una obra o labor con una empresa, y a la vez contraten empleados para desarrollar el objeto contratado, son verdaderos empleadores y por tanto debe asumir todas las responsabilidades laborales propias de un empleador, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Contratistas independientes. 1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el



beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas».

Uno de los requisitos esenciales es quizás el hecho que el contratista debe ejecutar sus labores con sus propios medios sin utilizar los de la empresa contratante. Quiere decir esto que, si el contratista hace uso de medios de producción, herramientas, o recursos del contratante, no se podrá considerar como un empleador, sino que se convertirá en un simple intermediario según como lo establece el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Simple intermediario. 1. Son simples intermediarios las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono para beneficio de este en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del patrono. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el patrono de las obligaciones respectivas».



Aquí se tiene que la empresa contratante es responsable solidaria de las obligaciones laborales adquiridas con los trabajadores contratados por el trabajador independiente en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, siempre y cuando la labor contratada sea propia de las actividades normalmente desarrolladas por la empresa. Si la obra o labor contratada es extraña o ajena al objeto social de la empresa, no existirá tal solidaridad.

Por vía contractual una empresa no se puede exonerar de la responsabilidad solidaria frente a los empleados de sus contratistas.

El artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece una solidaridad de la empresa para con los empleados vinculados por el contratista de la empresa, y tal solidaridad no puede ser evitada vía cláusulas contractuales.

Se encuentra con regularidad que algunas empresas firman contrato de servicios con un contratista independiente, y en él incluyen cláusulas que buscan exonerar a la empresa contratante de las posibles consecuencias derivadas de un incumplimiento de las obligaciones laborales por parte del contratista independiente.

Sobre esta posibilidad, la Sala Laboral de la Corte Suprema ha sido muy clara en afirmar que no es procedente:

«Así las cosas, la circunstancia de que en el contrato civil o comercial se establezca que el beneficiario de la labor u obra “no asume ninguna responsabilidad por los daños o perjuicios que se occasionen, debido al incumplimiento por parte del Contratista de las normas de seguridad necesarias en este tipo de trabajos, por lo cual las indemnizaciones y costos que se produzcan por accidente de trabajo son por cuenta del Contratista” , no tiene la



suficiente vocación de desconocer la protección de que gozan los trabajadores, pues para éstos debe ser indiferente lo pactado entre las partes porque, se repite, la solidaridad emana de la misma ley, por lo que el garante no puede desconocer normas de orden público y de imperativo cumplimiento, sólo por el hecho de que el otro pactante, que desde luego no es el trabajador, incumplió con las obligaciones a las que se comprometió, en la medida en que para buscar la efectividad de lo acordado existen mecanismos que la ley ofrece, y que no es precisamente soslayar la solidaridad en el pago de las acreencias de índole laboral».

[Sentencia del 17 de agosto de 2011, radicación 35938].

Es evidente que cláusulas de este tipo son ineficaces puesto que contradicen de una forma muy clara normas superiores que incluso tienen la categoría de orden público como la misma Corte lo ha manifestado.

Responsabilidad de la empresa frente a las obligaciones laborales incumplidas por los subcontratistas de su contratista.

En Colombia es muy común que una empresa recurra a un contratista independiente para ejecutar determinadas labores o actividades, y ese contratista independiente a su vez subcontrata con un tercero quien termina vinculando trabajadores para desarrollar tales actividades.

Aquí hay una larga intermediación que parece diluir las responsabilidades ante un incumplimiento de las obligaciones laborales del subcontratista, quien es el único que ha vinculado trabajadores para ejecutar las tareas encomendadas.

El artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece una responsabilidad solidaria de la empresa con las obligaciones laborales



incumplidas por el contratista independiente, siempre que la actividades contratadas sean propias del objeto social de la empresa, por lo que se podría decir que la empresa ya no sería responsable solidaria cuando el que ha incumplido las obligaciones es el subcontratista [contratista del contratista independiente], no obstante, la ley prevé esta situación y ha dejado claro el asunto de las responsabilidades. Dice el artículo referido:

«Contratistas independientes. 1º) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2º) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas».

El numeral 2º del artículo transscrito es claro en señalar que la responsabilidad solidaria de que trata el numeral 1º llega incluso hasta las obligaciones incumplidas por el subcontratista, aun si el contratista independiente no está



autorizado a subcontratar, lo que impide que la empresa se excuse en que no conocía o no había autorizado la subcontratación para evadir su responsabilidad solidaria por el incumplimiento de obligaciones laborales.

Esta realidad supone que la empresa debe constantemente verificar que su contratista independiente esté cumpliendo con la ley y con lo pactado en el contrato respectivo.

La solidaridad laboral opera incluso cuando se subcontrata sin autorización.

La empresa o el empleador que recurre a un contratista independiente para que desarrolle alguna actividad propia de su objeto social es solidariamente responsable por las obligaciones laborales del contratista, y ello se extiende incluso a los subcontratistas aun cuando el contratante hubiera prohibido al contratista subcontratar.

Es el caso, por ejemplo, de la empresa que recurre a un contratista independiente para que se encargue de realizar el proceso final de fabricación de un producto y las partes acuerdan que el contratista no puede subcontratar con terceros el desarrollo de las actividades propias del contrato, pero aun así el contratista subcontrata una parte de esas actividades. En ese caso, la solidaridad del empleador o contratante inicial llega hasta las obligaciones laborales asumidas por el subcontratista sin importar que ese último contrato se haya firmado sin autorización del contratante inicial, o peor aún, contrariando directamente su voluntad. El contratante inicial no puede argumentar tal violación contractual para evadir esa solidaridad laboral creada por ministerio de la ley, más exactamente por el numeral 2 del artículo 34 del código sustantivo del trabajo:

«El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso



anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.»

Frente a este tema se pronunció la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 17573 del 12 de junio de 2002 con ponencia del magistrado Germán Valdés, Sánchez:

«El cargo tampoco podía prosperar, porque jurídicamente la norma impone la solidaridad a los subcontratistas sin limitación alguna. Toda la cadena de subcontratos es, en la práctica mercantil o de negocios, una delegación del servicio o de la ejecución de la obra; y como es el trabajador quien realiza el trabajo, ni siquiera cuando se prohíbe subcontratar la ley permite que desaparezca la garantía que para el subordinado ofrece la institución de las obligaciones solidarias.»

En esta misma sentencia la corte precisa cuándo se configura la solidaridad que nos ocupa y hace referencia a la tercera situación que contempla el artículo 34 del código sustantivo del trabajo:

«La de los subcontratistas independientes, sin importar el número o, en otros términos, sin que importe cuan extensa sea la cadena de contratos civiles de obra o de prestación de servicios. La solidaridad legal laboral del beneficiario de la obra o del servicio con los subcontratistas dependerá de si existe o no afinidad entre la obra o servicio contratado y la actividad empresarial o mercantil del contratante inicial.»

Para finalizar, se aprovecha la oportunidad para recalcar la importancia que tiene para quien recurre a un contratista independiente, el verificar que el contratista independiente afilie a seguridad social a sus trabajadores, pues la sentencia aborda el caso de un contratista que no afilió a un trabajador que luego sufrió un accidente laboral, y luego tanto contratante como contratista



debieron indemnizar al trabajador y además otorgar una pensión por invalidez.

Responsabilidad solidaria del contratante y la indemnización moratoria del artículo 65 del código sustantivo del trabajo.

El artículo 34 del código sustantivo del trabajo contempla los casos en que la empresa o contratante es responsable solidario de las obligaciones laborales del contratista independiente, y el artículo 65 del código sustantivo del trabajo contempla una indemnización moratoria por el no pago de los valores adeudados al trabajador al término del contrato de trabajo. Veamos si la responsabilidad solidaria de la empresa contratante llega hasta la indemnización moratoria por no pago de salarios a la terminación del contrato de trabajo.

La indemnización moratoria por el no pago de salarios al terminar el contrato de trabajo (artículo 65 CST), aplica sólo cuando se prueba la mala fe del empleador, y aquí es donde surge la discusión que intentamos resolver.

Algunas personas han interpretado que el contratante no debe responder por esa indemnización por cuanto quien actuó de mala fe, fue el contratista independiente más no el contratante o dueño de la obra, y el contratante al estar exento de culpa no puede ser condenado a pagar la indemnización moratoria, argumento que no es válido como lo ha expresado infinidad de veces la jurisprudencia de la Corte suprema de justicia.

La razón es sencilla: el contratante o dueño de la obra es el deudor solidario del contratista independiente, es decir, es su garante, y como garante debe responder por todo lo que su contratista adeude. Probada la deuda del contratista independiente, el deudor solidario debe responder por ella sin más miramientos.



Pero dejemos que sea la sala laboral de la Corte suprema de justicia quien se ocupe de explicarlo en sentencia 32953 del 5 de noviembre de 2008 con ponencia del magistrado Camilo Tarquino Gallego:

«Precisado lo anterior, hay que decir que esta Sala por mayoría, en procesos de similares características al aquí estudiado, inclusive contra el mismo Instituto demandado, definió el asunto, en el sentido de indicar que es la buena fe o carencia de ella por parte del contratista la que debe analizarse para efectos de imponer la sanción moratoria y no la de obligado solidario, por lo que el dueño de la obra o el beneficiario de la misma, termina equiparándose al empleador para efectos de la sanción del artículo 65 del C. S. del T.

Así quedó dispuesto entre otras en la sentencia de 20 de febrero de 2007, Rad. 28438 en la que igualmente se hizo referencia a la de 6 de mayo de 2005 Rad. 22905, según la cual: "El artículo 34 del C. S. del T. no hace otra cosa que hacer extensivas las obligaciones prestacionales o indemnizatorias del contratista, al dueño de la obra conexa con su actividad principal, sin que pueda confundirse tal figura jurídica con la vinculación laboral, como lo ha sostenido esta Sala en otras ocasiones. La relación laboral es única y exclusivamente con el contratista independiente, mientras que la relación con el obligado solidario, apenas lo convierte en garante de las deudas de aquél. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en las sentencias del 26 de septiembre de 2000 (Rad. 14038) y del 19 de junio de 2002 (Rad. 17432).

"Es claro, entonces, 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, lo que, se ha dicho, reafirma aún más su simple condición de garante.

"En estas condiciones, 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.

"Como tuvo oportunidad de analizarse, al ser despachado el cargo anterior, el Tribunal al confirmar la decisión del a quo sin ninguna consideración al respecto, acogió sin reservas los planteamientos de éste con relación a la conducta injustificada del empleador contratista, que lo llevaron a concluir su falta de buena fe al abstenerse de cancelar oportunamente las acreencias de su extrabajador. Fundamento fáctico éste que no ataca el cargo y que es suficiente para mantener la decisión.

"Es, en consecuencia, irrelevante para la decisión, que la conducta asumida por la obligada solidaria hubiere estado o no revestida de buena fe, por lo que la acusación se torna infundada." .»

Como se puede observar, una vez condenado el empleador o contratista, al deudor solidario no le queda otro camino que responder por la deuda de la que es garante o deudor solidario, y no puede excusarse en que la culpa no es suya sino del contratista, pues ello resulta irrelevante por cuanto la conducta del deudor solidario no es objeto de examen por ser irrelevante.

Empresas de servicios temporales.

Una empresa de servicios temporales es una empresa que actúa como intermediaria de otra empresa que necesita contratar determinado personal, de modo que el trabajador labora en las instalaciones de la empresa cliente



de la empresa de servicios temporales, y se le conoce como trabajador en misión.

Las empresas de servicios temporales actúan como empleadoras frente a los trabajadores que contratan, y que luego envían a trabajar a una determinada empresa.

En este orden de ideas, la empresa de servicios temporales es la única responsable frente al trabajador que se encuentra en misión.

El decreto 1072 de 2015 en su artículo 2.2.6.5.2 ha definido a las empresas de servicios temporales de la siguiente forma:

«Empresa de Servicios Temporales "EST" 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 estas el carácter de empleador».

Es claro que quien actúa como empleador y por consiguiente asume todas las obligaciones, es la empresa de servicios temporales.

Naturalmente la empresa de servicios temporales podrá tener dos clases de trabajadores: los que trabajan directamente en la empresa de servicios temporales y los que están trabajando con terceras empresas, conocidos como trabajadores en misión; así lo dejó claro el decreto 1072 de 2005 en su artículo 2.2.6.5.4:

«Trabajadores de planta y en misión. Los trabajadores vinculados a las Empresas de Servicios Temporales son de dos (2) categorías: trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las



dependencias propias de las Empresas de Servicios Temporales.

Trabajadores en misión son aquellos que la Empresa de Servicios Temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos. Se entiende por dependencias propias, aquellas en las cuales se ejerce la actividad económica por parte de la Empresa de Servicios Temporales».

No se debe confundir entre el empleado en misión y el empleado interno de la empresa de servicios temporales, que no está prestando servicios a terceros.

Casos en que se pueden contratar servicios temporales.

La reglamentación que hiciera el gobierno nacional en el funcionamiento de las empresas de servicios temporales limitó el uso de las contrataciones de trabajadores con empresas de servicios temporales, debido al abuso que se estaba haciendo de esta figura por parte de muchas empresas.

Como consecuencia de ello, según el artículo 2.2.6.5.6 del decreto 1072 de 2015, solo en los siguientes casos se podrá recurrir a la contratación de personal mediante las empresas de servicios temporales:

«Casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar servicios con las Empresas de Servicios Temporales. Los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso



de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

3. 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 prorrogable hasta por seis (6) meses más.

Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta 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».

Esta nueva reglamentación busca evitar que las empresas afecten la estabilidad laboral de sus empleados, vinculándolos mediante este tipo de empresas, con lo cual pueden evitar tener cualquier relación directa con los trabajadores, puesto que el empleador y responsable será la empresa de servicios temporales.

Derechos de los trabajadores en misión.

El artículo 2.2.6.5.5 del decreto 1072 de 2015 se encargó de señalar de forma clara cuales son los derechos que tiene un trabajador en misión enviado por la empresa de servicios temporales:

«Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación.



Se entiende por lugar de trabajo, el sitio donde el trabajador en misión desarrolla sus labores, junto con trabajadores propios de la empresa usuaria».

Con ello, la ley busca evitar que los empresarios desmejoren las condiciones laborales de sus trabajadores, puesto que se había vuelto costumbre despedir los empleados de planta que resultaban costosos, para reemplazarlos por trabajadores en misión contratados por un valor menor.

Los trabajadores de las empresas de servicios temporales gozan además de todos los derechos y beneficios que les otorga la legislación laboral, teniendo presente que su empleador y quien deberá cumplir con las obligaciones laborales, es la empresa de servicios temporales.

Seguridad social en las empresas de servicios temporales.

Las empresas de servicios temporales tienen la obligación de afiliar tanto a los trabajadores de planta como a los trabajadores en misión, al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, pues así lo dispuso el artículo 2.2.6.5.12 del decreto 1072 de 2015:

«Afiliación de trabajadores al Sistema de Seguridad Social Integral. Las Empresas de Servicios Temporales están obligadas a 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».

Los aportes al sistema de seguridad social se realizan aplicando los mismos principios para todos los trabajadores, tanto en porcentaje de aportes como en el salario base, y se tiene derecho a los mismos beneficios.



Respecto a la seguridad social, no existe diferencia alguna entre ser trabajador de planta de cualquier empresa o estar en misión por medio de una empresa de servicios temporales, sólo que, en este caso la responsable de todo será la empresa de servicios temporales.

El artículo 2.2.6.5.13 del decreto 1072 de 2015 obliga a las empresas de servicios temporales a que informe a las empresas en las que tiene trabajadores en misión, el estado de los aportes a seguridad social, y de no hacerlo, las empresas tendrán la obligación de reportar esta situación ante el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo).

Dice la norma referida:

«Información sobre afiliación y pago de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral de trabajadores en misión. Dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, las Empresas de Servicios Temporales deberán informar a la correspondiente 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 el evento que la Empresa de Servicios Temporales no entregue la información o esta presente inconsistencias, la usuaria del servicio deberá informar de tal hecho al Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo) y/o a la Superintendencia Nacional de Salud, según sea el caso, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo estipulado en el inciso anterior.

La omisión de este deber hará solidariamente responsable a la usuaria en el pago de los correspondientes aportes, así como en las consecuencias económicas y jurídicas que se deriven de la omisión, evasión o elusión».



Resulta claro que los empleados de las empresas de servicios temporales gozan de todas las garantías, como cualquier otro trabajador.

Aportes parafiscales en las empresas de servicios temporales.

Las empresas de servicios temporales están en la obligación de realizar los respectivos aportes parafiscales tanto por sus trabajadores de planta como por sus trabajadores en misión consultando por supuesto las nuevas condiciones impuestas por el artículo 114-1 del estatuto tributario.

La responsabilidad es de la empresa de servicios temporales y no de la empresa en la que laboran los empleados en misión, enviados precisamente por la empresa de servicios temporales.

Los porcentajes de aportes y las bases de liquidación son las mismas que operan para los demás trabajadores.

Póliza de garantía.

La empresa de servicios temporales es quien debe pagar los salarios y prestaciones a sus empleados, pero el pago depende en buena parte de lo que le paguen las empresas usuarias de sus servicios, puesto que, si aquellos no pagan, la empresa de servicios temporales se verá en dificultades para pagar los salarios a sus empleados.

En razón a estas situaciones, la empresa de servicios temporales debe constituir una póliza de garantía que cubra el pago de salarios y demás obligaciones laborales en caso de una posible iliquidez.

Al respecto dispuso el decreto 1072 de 2015 en su artículo 2.2.6.5.17:

«Póliza de garantía. La póliza de garantía deberá constituirse en



cuantía no inferior a quinientas (500) veces el salario mínimo legal mensual vigente, para asegurar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores en misión, en caso de iliquidez de la Empresa de Servicios Temporales.

Dicha póliza deberá actualizarse anualmente, tomando como base las modificaciones al salario mínimo legal mensual vigente.

El funcionario competente de la Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo), ordenará a la Empresa de Servicios Temporales, mediante acto administrativo debidamente motivado, reajustar el valor de la póliza de garantía, aplicando la tabla de valores que elabora el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo), a través del Viceministerio de Relaciones Laborales, con base en los siguientes parámetros:

Hasta 150 trabajadores 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De 151 a 200 trabajadores 600 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De 201 a 250 trabajadores 700 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De 251 a 500 trabajadores 1.100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De 501 a 750 trabajadores 1.600 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De 751 a 1.000 trabajadores 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes.



Parágrafo 1º. Para efecto de determinar el número de trabajadores en misión, se contabilizarán tanto los del domicilio principal de la Empresa de Servicios Temporales como los de sus sucursales.

Parágrafo 2º. La póliza de garantía deberá constituirse por un año. Se entiende por anualidad, el lapso comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de cada año. En consecuencia, la primera póliza de garantía debe actualizarse durante el mes de enero del año inmediatamente siguiente a la fecha de la resolución que autoriza su funcionamiento.».

En consecuencia, de lo anterior, la empresa de servicios temporales no se puede excusar en sus empresas usuarias para no pagar los salarios a sus trabajadores. Si la empresa usuaria de los trabajadores en misión no paga a la empresa de servicios temporales, ésta deberá responder por esos salarios con su patrimonio, o por medio de la póliza de garantía.

Prestaciones sociales en las empresas de servicios temporales.

Los trabajadores vinculados por medio de las empresas de servicios temporales tienen derecho al pago de las prestaciones sociales cualquiera sea el tiempo que hayan laborado.

A estos trabajadores se les aplican los mismos principios y procedimientos para el cálculo de las prestaciones sociales aplicadas a los trabajadores vinculados directamente por la empresa.

En realidad, a los trabajadores de las empresas de servicios temporales de empleo no se les debe tratar distinto a los demás trabajadores, por cuanto tienen derecho a los mismos beneficios contemplados por el Código Sustantivo del Trabajo.



Responsabilidad solidaria de las empresas de servicios temporales.

Las empresas de servicios temporales no pueden actuar como simples intermediarias, y en caso de hacerlo, se convierten en responsables solidarios frente a las deudas laborales de sus trabajadores.

Las empresas de servicios temporales se crearon para un fin específico y el artículo 2.2.6.5.6 del decreto 1072 de 2015 señala claramente los casos en que está permitido contratar empleados bajo esta figura.

Si la finalidad perseguida por la ley se desfigura, el trabajador puede demandar o bien a la empresa usuaria o bien a la empresa de servicios temporales.

Recordemos que en este tipo de intermediación hay tres partes:

1. Trabajador
2. Empresa de servicios temporales
3. Usuario o empresa usuaria

Entre el trabajador y la empresa usuaria no existe ninguna relación jurídica, puesto que el trabajador es contratado por la empresa de servicios temporales para ser enviado en misión a la empresa usuaria, y la empresa usuario tiene una relación comercial o civil con la empresa de servicios temporales.

Pero si hay violación de los derechos laborales del trabajador y se ha desdibujado la figura de servicios temporales, el trabajador puede demandar a una de las dos partes restantes, o a juntas.

Para ilustrar este escenario es oportuna la sentencia de la sala laboral de la Corte suprema de justicia, número 69297 del 15 de agosto de 2018 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que en uno de sus apartes manifiesta:



«Ahora bien, la impugnante entiende que si se ordena el reintegro del demandante, la empresa de servicios temporales queda exonerada de toda obligación, lo cual no es cierto, pues al aceptarse expresamente que esta actuó como simple intermediaria y, por lo tanto, solidariamente responsable con la empresa usuaria, ello implica, aún ante una obligación de reubicación, que la parte actora puede reclamar a cualquiera o a ambas el cumplimiento de la orden judicial. En tal dirección, el artículo 1571 del Código Civil preceptúa que para hacer efectivo su débito «el acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división».

Por consiguiente, si esta Sala, hipotéticamente hubiese accedido al reintegro propuesto, su situación se haría más gravosa, ya que no solo tendría que asumir el pago de los salarios, prestaciones y aportes causados desde el despido del actor hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, sino incluso asumir la satisfacción de esas acreencias después de esta última fecha y, además, reubicar al demandante si ello se le pide.»

La sentencia aborda un caso donde el trabajador demandó tanto a la empresa usuaria como a la empresa de servicios temporales, y la corte es clara en señalar la responsabilidad solidaria de la empresa de servicios temporales.

Esta responsabilidad incluso llega hasta la obligación de reintegrar al trabajador si es que la empresa usuaria no lo hiciere, además de tener que pagar las obligaciones no satisfechas que pudiera tener la empresa usuaria con el trabajador.



Cooperativas de trabajo asociado.

Una cooperativa de trabajo asociado es una entidad sin ánimo de lucro que asocia a un grupo de personas naturales que aportan su fuerza de trabajo.

Esta figura se utiliza para ofrecer mano de obra a las empresas, y por la naturaleza jurídica de estas empresas en ninguna parte del proceso de contratación y ejecución del contrato se configura una relación laboral, razón por la cual, la figura de las cooperativas de trabajo se ha extendido tanto como un mecanismo de abaratamiento de la mano de obra en el sector productivo.

La persona frente a la cooperativa de trabajo asociado no es un empleado sino un socio, por lo tanto, no puede existir ningún vínculo laboral. La relación entre la cooperativa y la empresa a la que se le vende la fuerza de trabajo de los asociados de la cooperativa tampoco constituye ninguna relación laboral, por cuanto los dos contratantes son personas jurídicas, y la relación laboral solo es posible cuando quien vende la fuerza de trabajo es una persona natural, y en este caso la fuerza de trabajo es vendida por una persona jurídica [la cooperativa de trabajo asociado].

Pero aún bajo la figura de las cooperativas de trabajo asociados, los trabajadores tienen derechos que es importante conocer.

Derechos de los trabajadores en las cooperativas de trabajo asociado.

Los asociados de las cooperativas de trabajo asociado que trabajan para una empresa tienen derecho a una compensación económica por su trabajo, y a gozar de seguridad social integral.

Como en la vida de una cooperativa de trabajo asociado no existe una relación laboral, la figura de salario no se aplica; en lugar de ello, se le llama



compensación.

Igualmente, buena parte de los beneficios ofrecidos por el Código Sustantivo del Trabajo no cobijan a estos trabajadores por no estar sujetos a esta legislación.

La cooperativa deberá tener un reglamento y un régimen de compensaciones aprobado por el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo), en el que se garantice una adecuada compensación [remuneración] por el trabajo de cada asociado.

Sobre el régimen de compensaciones, dispuso el decreto 1072 de 2015 en su artículo 2.2.8.1.21 y siguientes:

«Obligatoriedad y autorización. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado tendrán un Régimen de Trabajo y de Compensaciones que será revisado y autorizado por el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo), los cuales hacen parte de los correspondientes estatutos de la Cooperativa.

Corresponde a la Asamblea General aprobar y reformar el Régimen de Trabajo Asociado y de Compensaciones y al Consejo de Administración establecer las políticas y procedimientos particulares que se requieran para su debida aplicación. El procedimiento de autorización del Régimen de Trabajo Asociado y de Compensaciones será el que establezca el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo), a través de la Unidad Especial de Inspección, Vigilancia y Control de Trabajo, en el que se indicarán además, los documentos que se deben presentar, los términos para las correcciones o adiciones que se formulen cuando no cumplan los requisitos mínimos señalados en el presente decreto, o cuando contengan disposiciones que



afecten los derechos fundamentales del trabajador asociado, la protección al trabajo del menor, la maternidad o la salud ocupacional.

La Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado podrán adoptar los regímenes de trabajo y compensaciones en forma separada o integrada; en todo caso, una vez autorizados por el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo), deberán ser publicados, mantenerse visibles y disponibles para los trabajadores asociados.

Obligación de los asociados de acatar el Régimen de Trabajo y de Compensaciones. Acordado el Régimen de Trabajo Asociado y de Compensaciones por los asociados de conformidad con lo establecido en el presente decreto y autorizado por el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo), los trabajadores asociados quedan obligados a acatarlo y a cumplir sus disposiciones como expresión de sujeción a las decisiones colectivas adoptadas.

Contenido del Régimen de Trabajo Asociado. El Régimen de Trabajo Asociado deberá contener los siguientes aspectos:

- 1. Condiciones o requisitos para desarrollar o ejecutar la labor o función, de conformidad con el objeto social de la Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado.*
- 2. Los aspectos generales en torno a la realización del trabajo, tales como: Jornadas, horarios, turnos, días de descanso, permisos, licencias y demás formas de ausencias temporales del trabajo, el trámite para solicitarlas, justificarlas y autorizarlas; las incompatibilidades y prohibiciones en la relación de trabajo asociado; los criterios que se aplicarán para efectos de la*



valoración de oficios o puestos de trabajo; el período y proceso de capacitación del trabajador asociado que lo habilite para las actividades que desarrolla la Cooperativa, consagrando las actividades de educación, capacitación y evaluación.

3. Los derechos y deberes relativos a la relación del trabajo asociado.

4. Causales y clases de sanciones, procedimiento y órganos competentes para su imposición, forma de interponer y resolver los recursos, garantizando en todo caso el debido proceso.

5. Las causales de suspensión y terminación relacionadas con las actividades de trabajo y la indicación del procedimiento previsto para la aplicación de las mismas.

6. Las disposiciones que en materia de salud ocupacional y en prevención de riesgos profesionales deben aplicarse en los centros de trabajo a sus asociados.

7. Las demás disposiciones generales que se consideren convenientes y necesarias para regular la actividad de trabajo asociado, las cuales no podrán contravenir derechos constitucionales o legales en relación con la protección especial de toda forma de trabajo y tratados internacionales adoptados en esta materia.

Régimen de Compensaciones. *Compensaciones son todas las sumas de dinero que recibe el asociado, pactadas como tales, por la ejecución de su actividad material o inmaterial, las cuales no constituyen salario.*

Las compensaciones se deberán establecer buscando retribuir de manera equitativa el trabajo, teniendo en cuenta el tipo de labor



desempeñada, el rendimiento y la cantidad aportada.

El asociado podrá autorizar de manera escrita que su aporte sea descontado de la compensación que recibirá durante el respectivo período. En caso de que su aporte resulte superior a la compensación recibida, el asociado deberá asumir la diferencia, de igual manera se procederá en caso de que no se reciba compensación durante ese período.

El Régimen de Compensaciones de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado deberá contener, cuando menos, los siguientes aspectos:

- 1. Monto, modalidades de compensación y niveles o escalas para los diferentes trabajos o labores desarrolladas; periodicidad y forma de pago.*
- 2. Deducciones y retenciones de las compensaciones que se le puedan realizar al trabajador asociado; requisitos, condiciones y límites.*
- 3. Los aportes sociales sobre compensaciones, de acuerdo con lo establecido por los estatutos.*
- 4. La forma de entrega de las compensaciones».*

El régimen de compensaciones es imprescindible para garantizar los derechos de los asociados, que, al no estar cobijados por la legislación laboral, éste será el único mecanismo de que dispongan para garantizar un nivel de ingresos adecuado y unas condiciones aceptables de trabajo.



Seguridad social en las cooperativas de trabajo asociado.

Los asociados de estas cooperativas tienen derecho a gozar de la seguridad social integral en pensión, salud y riesgos laborales.

Sobre la seguridad social en las cooperativas de trabajo asociado, el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo) se pronunció mediante circular 036 de 2007:

«En los estatutos de la CTA o PCTA, conforme lo haya establecido la Asamblea General, deberán contemplarse las previsiones correspondientes a la Seguridad Social Integral, cuyo marco general está contenido en el capítulo VI del Decreto 4588 de 2006.

Este decreto no modificó el monto, la periodicidad y límites de las cotizaciones a la seguridad social; únicamente reprodujo las normas correspondientes en esta materia, contenidas en la Ley 100 de 1993 y demás normas complementarias, para reiterar la aplicación de las mismas a estas organizaciones.

Dentro del modelo actual de seguridad social, quienes cuentan con ingresos derivados de la prestación de un servicio o de la realización de una actividad, aunque no se trate de relación laboral, como es el caso de los trabajadores asociados, deben estar afiliados al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, pensión y riesgos profesionales), sin que exista en la legislación vigente la posibilidad de omitir alguna de tales coberturas.

Por tal razón los trabajadores asociados deben estar afiliados a salud, pensiones y a riesgos profesionales, y para tales efectos la respectiva cooperativa tiene a su cargo y bajo su exclusiva responsabilidad los trámites administrativos que para el efecto se exigen.



El trabajador asociado, por tratarse de persona que es simultáneamente "trabajador" y "empleador", respecto del Sistema de Seguridad Social Integral, es trabajador independiente, y como tal, es responsable de la totalidad de los aportes, sin que ello obste para que los mismos asociados en Asamblea General puedan prever en sus estatutos, la manera como realizarán apropiaciones o destinarán partidas presupuestales para cubrir los aportes que deben realizarse a la seguridad social.

Esta decisión es una manifestación de los mecanismos de participación, dirección y gestión de la empresa asociativa, por parte de sus propios gestores, quienes son finalmente los que establecen las condiciones de trabajo y las compensaciones que percibirán por los servicios personales y la fuerza de trabajo que entregan en virtud del vínculo asociativo.

De conformidad con los artículos 27 y 28 del Decreto 4588 de 2006, el trabajador asociado debe cotizar teniendo en cuenta todos los ingresos efectivamente percibidos, los cuales se entenderán como aquellos previstos en forma anual en el presupuesto de la CTA o PCTA, y deben corresponder con el régimen de compensaciones adoptado. Este ingreso será determinado para todo el año y deberá respetar las bases mínimas de cotización previstas en la ley.

Durante los períodos en que el trabajador asociado no esté realizando actividades de trabajo, no cotizará al Sistema General de Riesgos Profesionales, dado que no se encuentra sometido a ningún riesgo.

Sobre el IBC, se aplicarán las tasas con las que se contribuye a los subsistemas, vale decir el 12.5% para salud y el 15.5% [Hoy 16%]



para pensiones, y el que corresponda según la actividad económica para riesgos profesionales, más el punto de solidaridad previsto en la ley, cuando haya lugar a ello.

El IBC se debe determinar teniendo en cuenta las compensaciones ordinarias y extraordinarias y todo ingreso que percibe el trabajador asociado, derivado de su actividad personal. No puede referirse, por ejemplo, a un auxilio económico que por calamidad doméstica se haya pactado a manera de dádiva o gratuidad en el régimen de compensaciones, puesto que aun cuando tal monto sea percibido en beneficio del cooperado, dicho valor no se estipuló como retribución al servicio que presta o la actividad que realiza».

Los artículos 27 y 28 a los que se refiere la circular, corresponden hoy a los artículos 2.2.8.1.26 y 2.2.8.1.27 del decreto único reglamentario 1072 de 2015.

La seguridad social debe ser asumida en un 100% por el asociado, pero la cooperativa debe garantizar el cumplimiento de la obligación, razón por la cual, esta puede descontar de las compensaciones del asociado el valor total de los aportes al sistema de seguridad social.

Algunas cooperativas de trabajo asociado pueden optar por crear un fondo que busque subsidiar los aportes a seguridad social de sus asociados, especialmente en los casos en que el asociado no logra vender su fuerza de trabajo, es decir, cuando se encuentra desempleado.

Al respecto la ley 1233 de 2008, en su artículo 6, ha contemplado que:

«Afiliación al Sistema de Seguridad Social. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado serán responsables del proceso de afiliación y pago de los aportes de los trabajadores asociados al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, pensión



y riesgos profesionales). Para tales efectos, les serán aplicables todas las disposiciones legales vigentes sobre la materia para trabajadores dependientes.

Para cotizar a salud, pensión, riesgos profesionales, el ingreso base de cotización será la suma de la compensación ordinaria y extraordinaria mensual que reciba el trabajador asociado, y la proporción para su pago será la establecida en la ley para el régimen de trabajo dependiente».

Queda claro que es la Cooperativa la que tiene la responsabilidad de garantizar la afiliación y el pago de la seguridad social del cooperado, aunque los aportes deban correr por cuenta del cooperado.

Las cooperativas de trabajo asociado deben responder por la seguridad social de sus asociados.

Las cooperativas de trabajo asociado son las responsables de la afiliación y pago de las cotizaciones respectivas al sistema de seguridad social de sus asociados, y por tanto es la cooperativa quien debe responder en caso de no hacerse conforme a la ley.

Las cooperativas de trabajo asociado no tienen buena aceptación entre el imaginario colectivo debido a que en su mayoría son utilizadas indebidamente para burlar los derechos laborales del trabajador, y para eludir o evadir el pago de las cotizaciones a seguridad social.

Algunas cooperativas de trabajo asociado respecto a la seguridad social de sus asociados han querido tratarlos y asimilarlos como si fueran trabajadores independientes, debiendo los asociados responder por su propia seguridad social, lo que por supuesto va contra la norma.



Así lo recordó la sala laboral de la corte suprema de justicia en sentencia 47290 del 23 de noviembre de 2016 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas

«Así las cosas, si bien las relaciones jurídicas de los trabajadores vinculados a las cooperativas de trabajo asociado pertenecientes al sector privado y solidario, son diferentes a las de los trabajadores subordinados ligados a sus empleadores mediante contratos de trabajo regulados por el Código Sustantivo de Trabajo, indubitablemente queda claro que los primeros, en lo que corresponde a obligaciones y derechos frente a la seguridad social, a quienes la cooperativa -como si fuera su propia empleadora- los afilia al sistema, les descuenta de sus compensaciones el porcentaje correspondiente al pago de cotizaciones así como aporta el propio, con destino a la entidad de seguridad social, en ese ámbito se asimilan a los trabajadores dependientes.

Y es que no podía ser de otra manera, porque a pesar de que el trabajo asociado cooperativo se desarrolla autónomamente a través de un grupo de personas naturales que encuentran en la asociación la forma de generar empresa, esa manifestación libre y colectiva de la voluntad, también genera derechos y obligaciones.

En efecto, entre otros deberes para la cooperativa y sus asociados, está la sujeción a la ley, a los propios estatutos y, concretamente al punto que interesa, al “régimen de Trabajo asociado, de previsión y seguridad social y de compensaciones”, el que en el sub lite, como quedó dicho, se expidió conforme a lo dispuesto en los artículos 9 y 16 del Decreto 468 de 1998, para prestarle a sus asociados los servicios



inherentes a la seguridad social a través del ISS, en la misma forma en que están "establecidos para los trabajadores dependientes", incluida la obligación de la cooperativa de cancelar los aportes a la administradora de riesgos profesionales, tal y como las disposiciones legales se la "asignan a los patronos o empleadores".

En tales condiciones, no acierta la censura al afirmar que el sentenciador de segundo grado se equivocó en su proveído, al no asimilar al causante a un trabajador independiente y, como tal, único responsable del pago oportuno de los aportes al sistema de seguridad social, pues por lo visto, frente a los derechos y obligaciones propias del sistema, se debía equiparar en un todo a los trabajadores dependientes.»

Luego precisa la corte:

«Lo anterior, no obsta para precisar e ilustrar que, actualmente, conforme a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1233 de 2008, las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado son las únicas responsables del proceso de afiliación y pago de los aportes de los trabajadores asociados al Sistema de Seguridad Social Integral en salud, pensión y riesgos profesionales y que, para tales efectos, se aplican todas las disposiciones que regulan "la materia para trabajadores dependientes".

Es decir, ni para la época en la que ocurrieron los hechos objeto del litigio ni en la actualidad, los trabajadores cooperados en empresas asociativas se asimilan a los independientes, por el contrario, se itera, se equiparan a los trabajadores dependientes»

El trabajador asociado no puede quedar a su buena suerte respecto a la



seguridad social, sino que corresponde a la cooperativa responder porque la afiliación se realice y los pagos se hagan oportunamente y conforme las normas lo exigen.

Aportes parafiscales en las cooperativas de trabajo asociado.

Las cooperativas de trabajo asociado están obligadas a realizar los llamados aportes parafiscales en virtud de lo dispuesto en la ley 1233 de julio 22 de 2008, norma que estableció que las cooperativas de trabajo asociado deberán aportar parafiscales a partir del 01 de enero de 2009:

*«Artículo 1º. **Contribuciones especiales.** Créase las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y Cajas de Compensación Familiar que se escoja” .*

*“Artículo 2º. **Elementos esenciales de las contribuciones especiales.** La actividad de trabajo desempeñada por parte de los asociados dará origen a las contribuciones especiales, a cargo de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado y con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar.*

Para todos los efectos, el ingreso base de cotización para la liquidación de las contribuciones especiales con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, será la compensación ordinaria mensual establecida en el régimen de compensaciones, y para las



Cajas de Compensación Familiar será la suma de la compensación ordinaria y extraordinaria mensual devengadas.

La tarifa será igual al nueve por ciento (9%) y se distribuirá así: tres por ciento (3%) para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, dos por ciento (2%) para el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, y cuatro por ciento (4%) para la Caja de Compensación. En ningún caso las contribuciones de que trata esta ley serán asumidas por el trabajador o asociado.

Parágrafo 1º. El pago de las contribuciones con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar deberá ser realizado a partir del primero (1º) de enero de dos mil nueve (2009).

Parágrafo 2º. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado tendrán un representante en la Junta Directiva del SENA y un representante en la Junta Directiva del ICBF, quienes serán designados por las confederaciones nacionales que se las agremien.

(...)

Artículo 5º. Responsabilidad. A las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado les serán aplicables todas las disposiciones legales vigentes establecidas en materia de pagos con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y las Cajas de Compensación Familiar.

Tales contribuciones serán asumidas y pagadas en su totalidad por las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado con la base establecida en la presente ley” .



Parágrafo. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado tendrán responsabilidades de la cuota de aprendices solo sobre los trabajadores dependientes que tengan»

Por su parte, la misma ley en su artículo décimo, establece que aquellas cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, que anualmente facturen 435 salarios mínimos, quedarán exentas del pago de las contribuciones parafiscales.

De otra parte, recordemos que el Consejo de Estado declaró nulo los apartes de los decretos 2996 y 3555 de octubre de 2004 que en su momento crearon la obligación de las cooperativas de trabajo asociado de realizar aportes parafiscales.

Según el Consejo de Estado, al fallar sobre la nulidad de estos decretos, el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo) no tenía competencia para imponer este tipo de contribuciones, pues esta competencia es exclusiva del Congreso de la República, entre otras razones expuestas al declarar la nulidad de los apartes pertinentes de los decretos.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la ley 1233 de 2008, ley expedida con posterior a la expedición de los decretos demandados, contempló la obligación de las cooperativas y precooperativa de trabajo asociado de aportar parafiscales, ley que sí fue emitida por el Congreso de la República y sobre la cual no se pronunció el Consejo de Estado, por lo tanto, se debe entender que sigue vigente.

De acuerdo con lo anterior, en nuestra opinión, considerando que la obligación actual que tienen las cooperativas de trabajo asociado de aportar parafiscales está sustentada en una ley de la República [1233 de 2008] sobre la que ningún ente de control constitucional se ha pronunciado, esta sigue vigente.

En este momento, independientemente de la posición asumida por el



Consejo de Estado, existe una ley vigente que obliga a las cooperativas a realizar aportes parafiscales, ley que no ha sido demandada ni cuestionada, por lo tanto, consideramos que las cooperativas y precooperativas tendrán que seguir realizando aportes parafiscales en la medida en que exista tal obligación al tenor del artículo 114-1 del estatuto tributario.

Prestaciones sociales en las cooperativas de trabajo asociado.

La legislación laboral no es aplicable a los asociados de las cooperativas de trabajo asociado, por tanto, no existe la figura de las prestaciones sociales para los trabajadores vinculados mediante estas cooperativas.

No obstante, el régimen de compensación de cada cooperativa deberá contemplar la forma de que la remuneración de sus asociados no se vea afectada en comparación con los empleados vinculados mediante contrato de trabajo, los cuales sí tienen derecho a prestaciones sociales, pues de lo contrario no se estaría cumpliendo con el objetivo básico de cualquier cooperativa, que no es otro que el procurar el bienestar de sus asociados, y en ningún momento estos deben quedar en inferioridad de condiciones frente a los trabajadores vinculados mediante un contrato de trabajo, que parece ser el común denominador en nuestra realidad.

Es precisamente por estas situaciones que las cooperativas de trabajo asociado han tenido tanto auge, puesto que permite a los empresarios disminuir sustancialmente los costos laborales, en cuanto a que las cooperativas de trabajo asociado no están cobijadas por la legislación laboral, pudiendo de esta forma eludir el pago de muchos beneficios a los trabajadores, como las prestaciones sociales.

Cabe anotar que los trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado vinculados mediante contrato de trabajo, es decir, aquellos que no son socios



de la cooperativa, tienen derecho a todos los beneficios establecidos por el Código Laboral.

Prohibiciones especiales a las cooperativas de trabajo asociado.

La ley 1233 de julio de 2008 ha establecido unas prohibiciones adicionales a las cooperativas de trabajo, que buscan corregir algunas de las falencias de este sistema, falencias que afectan gravemente los intereses de los cooperados.

En efecto ha establecido el artículo 7º de esta ley:

«(...) 1. 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 terceros o remitirlos como trabajadores en misión. En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado.

2. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos.

3. Cuando se comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante y las cooperativas o las precooperativas de trabajo asociado, serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado y las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado quedarán



incursas en las causales de disolución y liquidación previstas en la ley, sin perjuicio del debido proceso, y les será cancelada la personería jurídica.

4. Tanto la potestad reglamentaria como la disciplinaria sólo será ejercida por la precooperativa o cooperativa de trabajo asociado. En ningún caso, tales potestades podrán ser ejercidas por el tercero contratante. Si esto llegare a suceder se configurará de manera automática un contrato de trabajo realidad y, además, el contratante deberá soportar los efectos previstos en el numeral anterior, sin perjuicio de otras consecuencias legales" (...)».

Resulta novedosa la situación planteada en el numeral 4 del artículo 7 de la ley 1233 de 2008, en el sentido de considerar que se convertirá en contrato de trabajo si el contratante ejerce acción reglamentaria o disciplinaria contra un cooperado que labore en su empresa. Quiere decir esto que, si el trabajador cooperado que trabaja para una empresa X debe ser sancionado por cualquier irregularidad por su cooperativa, no por la empresa, caso en el cual se configurará un contrato de trabajo.

Cooperativas multiactivas no pueden ofrecer trabajo asociado.

Una cooperativa multiactiva no puede ofrecer servicios de trabajo asociado, o, dicho de otra forma, no puede prestar los servicios que debe prestar una cooperativa de trabajo asociado.

Las cooperativas multiactivas no se crearon para ofrecer mano de obra, ni para vender el trabajo de sus integrantes, así que les está impedido ofrecer este tipo de servicios que son propios de las cooperativas de trabajo asociado.



Veamos lo que dice el artículo 63 de la ley 79 de 1988:

«Serán cooperativas multiactivas las que se organizan para atender varias necesidades, mediante concurrencia de servicios en una sola entidad jurídica.»

Como se puede observar, el objetivo principal de una cooperativa multiactiva es ofrecer servicios en beneficio de sus asociados, no el de buscarles trabajo ni actuar como empresa de servicios temporales o herramienta de las empresas para tercerizar su mano de obra.

Diferencia entre una cooperativa de trabajo asociado y una cooperativa multiactiva.

La sala laboral de la corte suprema de justicia en sentencia 45303 del 25 de marzo de 2015 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueña Quevedo, dejó claro cuál es la diferencia entre estas cooperativas:

«De otra parte, es dable concluir que si el objeto de las cooperativas de trabajo asociado es el de generar trabajo para los asociados, mediante el desarrollo actividades económicas, profesionales o intelectuales orientadas a la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios, y el de las cooperativas multiactivas es la prestación de variados servicios al grupo social de sus asociados, a través del despliegue de distintas actividades empresariales encaminadas a la satisfacción de sus necesidades, no es viable que esta última organización solidaria conciba en su estructura interna una sección de trabajo asociado, por razón de los intereses disimiles de los asociados que trabajan en la cooperativa y los que solo esperan que esta les preste servicios.



«Esto quiere decir que una cooperativa, o se constituye para ofrecerles trabajo a sus asociados, o para prestarles servicios. Si es para lo primero, el interés de los asociados es que los bienes y servicios producidos por la cooperativa de trabajo asociado se vendan al mayor precio, pues de ello dependen sus ingresos (compensaciones). Si la cooperativa es para prestar servicios a los asociados, el interés de los mismos es el opuesto, esto es, que los bienes y servicios los puedan adquirir de la cooperativa al menor precio posible.»

De la prohibición para ofrecer trabajo asociado a una cooperativa multiactiva

La corte en la misma precisa tal prohibición:

«De suerte que, si una cooperativa multiactiva tuviera una sección de trabajo asociado, se suscitaría un conflicto de intereses entre los asociados que trabajan en la cooperativa y los que solo esperan que les preste servicios. Es decir, el esquema es insustentable de cara al conflicto de intereses que promueve.

Adicionalmente, para que pueda constituirse una cooperativa de trabajo asociado, es necesario que sus asociados trabajen en la CTA, esto es, que los servicios que se preste dicha empresa solidaria sean fruto del trabajo personal e indelegable de sus asociados. De manera que, no puede darse una cooperativa de servicios a los asociados, multiactiva, con una sección de trabajo asociado, pues habría asociados trabajadores y otros no trabajadores (simples usuarios de los servicios).»

Queda claro que una cooperativa no puede ser mitad multiactiva y la otra mitad cooperativa de trabajo asociado, o dentro de la misma crear una



sección que preste servicios de trabajo asociado.

Sanciones por intermediación laboral.

Las cooperativas de trabajo asociado que practiquen la intermediación laboral serán sancionadas drásticamente gracias a lo dispuesto por el artículo 63 de la ley 1429 de 2010 en su artículo 63. Dicha norma fue reglamentada por el decreto 002025 de junio 8 de 2011.

«Artículo 1. Para los efectos de los incisos 1º y 3º del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, cuando se hace mención a intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones.

Esta actividad es propia de las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006. Por lo tanto esta actividad no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado.

Para los mismos efectos, se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa.

Para los efectos del presente decreto, cuando se hace mención al tercero contratante o al tercero que contrate, se entenderá como la institución y/o empresa pública y/o privada usuaria final que contrata a personal directa o indirectamente para la prestación de servicios.

De igual manera, cuando se hace mención a la contratación, se entenderá como la contratación directa o indirecta».



Esta norma prohíbe también a las empresas del Estado y privadas contratar trabajadores en misión con cooperativas o precooperativas de trabajo asociado.

Se crean sanciones para una serie de prácticas, tanto de las cooperativas como de las empresas contratantes de las mismas:

«Artículo 3º. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado y el tercero que contrate con estas y esté involucrado en una o más de las siguientes conductas será objeto de las sanciones de ley cuando:

- a) La asociación o vinculación del trabajador asociado a la Cooperativa o Precooperativa no sea voluntaria.*
- b) La cooperativa o precooperativa no tenga independencia financiera.*
- c) La cooperativa o precooperativa no tenga la propiedad y la autonomía en el uso de los medios de producción, ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que se contraten.*
- d) La cooperativa o precooperativa tenga vinculación económica con el tercero contratante.*
- e) La cooperativa y precooperativa no ejerza frente al trabajador asociado la potestad reglamentaria y disciplinaria.*
- f) Las instrucciones para la ejecución de la labor de los trabajadores asociados en circunstancias de tiempo, modo y lugar no sean impartidas por la cooperativa o precooperativa.*
- g) Los trabajadores asociados no participen de la toma de decisiones, ni de los excedentes o rendimientos económicos de la cooperativa o precooperativa.*



h) Los trabajadores asociados no realicen aportes sociales.

i) La cooperativa o precooperativa no realice el pago de las compensaciones extraordinarias, ordinarias o de seguridad social.

J) La cooperativa o precooperativa que incurra en otras conductas definidas como las faltas en otras normas legales».

Se crean fuertes multas para las cooperativas que practiquen la intermediación laboral:

«Artículo 4º. Cuando se establezca que una Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado ha incurrido en intermediación laboral, o en una o más de las conductas descritas en el artículo anterior, se impondrán sanciones consistentes en multas hasta de cinco mil (5.000) smlmv, a través de las Direcciones Territoriales del Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo), de conformidad con lo previsto en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010. Entrará a regir una vez sea sancionada y promulgada la Ley del Plan de Desarrollo Económico 2010-2014 “Prosperidad para Todos” .

Además de las sanciones anteriores, las cooperativas o precooperativas de trabajo asociado que incurran en estas prácticas quedarán incursas en causal de disolución y liquidación. La Superintendencia de la Economía Solidaria y las demás Superintendencias, para el caso de las cooperativas especializadas, cancelarán la personería jurídica.

Al tercero que contrate con una Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado que incurra en intermediación laboral o que esté involucrado en una o más de las conductas descritas en el artículo anterior o que contrate procesos o actividades misionales permanentes, se le impondrá una multa hasta de cinco mil (5.000)



smlmv, a través de las Direcciones Territoriales del Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo). Lo anterior, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 4 del artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, con base en el cual el inspector de trabajo reconocerá el contrato de trabajo realidad entre el tercero contratante y los trabajadores.

Ningún trabajador podrá contratarse sin los derechos y las garantías laborales establecidas en la Constitución Política y en la Ley, incluidos los trabajadores asociados a las (Sic) la Ley 149 de 2010.

Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado. Si adelantada la correspondiente investigación, el inspector de Trabajo, en ejercicio de sus competencias administrativas, concluye que el tercero contrató con una cooperativa o precooperativa de trabajo asociado incurriendo en intermediación laboral o que concurren cualquiera de los otros presupuestos de hecho y de derecho para que se configure un contrato de trabajo realidad, así deberá advertirlo, sin perjuicio de las sanciones establecidas en el inciso anterior, y de las facultades judiciales propias de la jurisdicción ordinaria laboral.

Parágrafo. En caso de reincidencia de los terceros contratantes, se aplicará en todo caso la multa máxima».

Se le pone fin a la práctica de afiliar trabajadores independientes por medio de este tipo de cooperativas:

«Artículo 5º. A una Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado se le impondrá una multa de hasta cinco mil (5.000) SMMVL a través de las Direcciones Territoriales del Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo), cuando actúe



como asociación o agremiación para afiliación colectiva de trabajadores independientes a la Seguridad Social Integral. Entrará a regir una vez sea sancionada y promulgada la Ley del Plan de Desarrollo Económico 2010-2014 "Prosperidad para Todos" ».

Las multas imponibles serán de acuerdo con la siguiente tabla:

Número total de trabajadores asociados y no asociados	Valor multa en SMMLV
De 1 a 25	De 1.000 a 2.500 SMMLV
De 26 a 100	De 2.501 hasta 3.000 SMMLV
De 101 a 400	De 3.001 hasta 4.000 SMMLV
De 401 en adelante	De 4.001 hasta 5.000 SMMLV

Para los empleadores que hayan sido sancionados por contratar con cooperativas de trabajo asociado que practican intermediación laboral y ayudar en la práctica, se crea un beneficio si formalizan a los trabajadores afectados por esta práctica ilegal.

«Artículo 10. Sin perjuicio del contrato de trabajo realidad que se configure entre el verdadero empleador y el trabajador, como lo establece el artículo 53 de la Constitución Política, a los terceros



contratantes que contraten procesos o actividades misionales permanentes prohibidas por la ley, cuando voluntariamente formalicen mediante un contrato escrito una relación laboral a término indefinido, se les reducirá la sanción en un veinte por ciento (20%) de su valor por cada año que dicha relación se mantenga, con un cien por ciento (100%) de condonación de la misma luego del quinto año. Entrará a regir una vez sea sancionada y promulgada la Ley del Plan de Desarrollo Económico 2010-2014 "Prosperidad para Todos".

Esta nueva regulación busca detener la extendida intermediación laboral realizada por las CTA, lo que supone una gran conquista para los trabajadores.



REGLAMENTO DE TRABAJO.

El reglamento de trabajo es un documento de suma importancia en toda empresa debido a que se convierte en norma reguladora de las relaciones internas de la empresa con el trabajador.

El reglamento de trabajo, siempre que no afecte los derechos mínimos del trabajador, es una herramienta indispensable para resolver los conflictos que se llegaren a presentar dentro de la empresa, y es tan importante que si no existiera sería muy difícil sancionar a un trabajador por algún acto impropio, puesto que no habría ninguna sustentación normativa o regulatoria que ampare una decisión sancionatoria.

El reglamento de trabajo se encarga de contemplar aquellos aspectos no contemplados de forma expresa por la ley, o que simplemente han quedado al libre albedrío de las partes.

El reglamento de trabajo está regulado por los artículos 104 a 125 del Código Sustantivo del Trabajo, considerando, claro está, las derogatorias que hizo la ley 1429 de diciembre 29 de 2010.

Resulta pertinente recalcar la importancia del reglamento de trabajo, puesto que este será el que sirva de guía y de herramienta para mantener el orden dentro de la empresa.

Su importancia también se vislumbra al momento de tratar algún problema surgido con un trabajador, puesto que cualquier sanción debe estar contemplada en el reglamento, y si este no existe, la empresa tendrá dificultades si decide sancionar a un empleado sin las bases regulatorias y sin ofrecerle al trabajador un debido proceso, aspectos que deben estar en el reglamento de trabajo.

No hay que olvidar que el empleador no puede imponer una sanción no



prevista en el reglamento de trabajo, y si no hay reglamento no habrá posibilidad de sancionar a un empleado.

Empleadores obligados a tener reglamento de trabajo.

Como ya se anotó anteriormente, la legislación laboral colombiana obliga a que algunos empleadores elaboren un reglamento de trabajo.

Veamos ahora quiénes están en la obligación de elaborar el reglamento de trabajo a la luz del artículo 105 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Obligación de adoptarlo. 1. Está obligado a tener un reglamento de trabajo todo patrono que ocupe más de cinco (5) trabajadores de carácter permanente en empresas comerciales, o más de diez (10) en empresas industriales, o más de veinte (20) en empresas agrícolas, ganaderas o forestales.

2. En empresas mixtas la obligación de tener un reglamento de trabajo existe cuando el patrono ocupe más de diez (10) trabajadores».

La obligación de tener un reglamento de trabajo aplica también para las personas naturales que cumplan las condiciones contempladas por el artículo 105 del Código Sustantivo del Trabajo, pues así se desprende de la lectura del artículo 194 del Código en mención:

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

En cuanto al concepto de permanencia de que trata el artículo 105 del



Código Sustantivo del Trabajo, debemos remitirnos al artículo 291 del mismo Código que dice:

«Carácter permanente. Se entiende que una empresa tiene carácter permanente cuando su finalidad es la de desarrollar actividades estables o de larga duración, cuando menos por un tiempo no inferior a un (1) año».

Es importante enfatizar en que el incumplimiento de esta obligación expone al empleador a serias consecuencias, que van desde multas económicas hasta inconvenientes para mantener la disciplina dentro de la empresa, siendo esta última la que más conflictos genera en el interior de la empresa.

Consecuencias de no tener un reglamento de trabajo.

Los empleadores que estando obligados a tener un reglamento de trabajo no lo tengan, se exponen a unas consecuencias que pueden resultar onerosas y que es importante conocer.

En primer lugar, incumplir con la obligación de tener un reglamento de trabajo ya no expone a que la empresa sea sancionada por la dirección general del trabajo, según lo establecía el numeral 4 del artículo 123 del Código sustantivo del trabajo, por cuanto este fue derogado por la ley 1429 de 2010.

Pero adicional a lo anterior, no tener un reglamento de trabajo puede llevar a que los empleados no puedan ser sancionados, y en algunos casos, a que no puedan ser despedidos aun existiendo una justa causa.

Así se desprende de lo establecido por el artículo 114 del Código Sustantivo del Trabajo:

«Sanciones no previstas. El patrono no puede imponer a sus



trabajadores sanciones no previstas en el reglamento, en pacto, en convención colectiva, en fallo arbitral o en el contrato individual».

Esto obliga a concluir que si no hay reglamento no será posible imponer ninguna sanción a los empleados, lo que hace casi imposible establecer y mantener una disciplina en la empresa, y la convivencia y el control se deteriorarán sin que la empresa pueda hacer mucho para evitarlo o remediarlo, por cuanto carece de las herramientas legales para ello al haber omitido su obligación de elaborar su reglamento de trabajo.

Aprobación del reglamento de trabajo.

La ley 1429 de 2010 eliminó la obligación que tenía el empleador de presentar el reglamento de trabajo ante el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo) para su aprobación, en la medida en que derogó el artículo 116 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que contenía tal obligación.

Sanciones disciplinarias al trabajador.

Al empleador le está permitido imponer sanciones disciplinarias al trabajador, según las facultades que le confiere el código laboral y las limitaciones que este le impone.



Sanciones disciplinarias que se pueden imponer al trabajador.

El empleador puede imponer una serie de sanciones disciplinarias al trabajador según el tipo de falta en que incurra, y las sanciones puede ser de tres tipos: amonestaciones, multas y suspensión.

Amonestaciones como sanción disciplinaria al trabajador.

La amonestación es un llamado de atención que se hace al trabajador cuando incurre en una falta, y puede ser un simple llamado de atención verbal, o un llamado de atención escrita con copia a la hoja de vida.

La amonestación, especialmente cuando se hace por escrito, debe contener de forma clara y puntual la falta que se le imputa al trabajador, lo mismo que las consecuencias de incurrir en tales faltas, de modo que el trabajador tenga conciencia y claridad de las consecuencias de sus actos y decisiones, y de esa forma convertir la amonestación no sólo en un elemento sancionador sino educador o formador.

Multas que se pueden imponer al trabajador como sanción.

Las multas que se pueden imponer al trabajador están reguladas por el artículo 113 del código sustantivo del trabajo, bajo las siguientes condiciones:

- Sólo se pueden imponer multa por retrasos o faltar al trabajo.
- El monto de la multa que se imponga no puede exceder la quinta parte



(20%) de un día de salario.

- Las multas se pueden descontar del salario del trabajador.
- El empleador puede descontar del sueldo el tiempo no trabajado que origina la multa.

El dinero de las multas debe destinarse exclusivamente para regalos y premios a los trabajadores del establecimiento.

El monto de las multas está limitado, pero no la cantidad de ellas, de modo que se impondrán tantas multas como faltas cometa el trabajador.

Suspensión del trabajador por sanciones disciplinarias.

La suspensión del contrato de trabajo es una de las sanciones disciplinarias que se pueden imponer al trabajador, de acuerdo con el artículo 112 del código sustantivo del trabajo.

Téngase en cuenta que la suspensión del contrato del trabajo implica para el empleador el cese de la obligación de pagar el salario, y para el trabajador de prestar sus servicios.

La suspensión cuando es por primera vez no puede ser superior a 8 días, y en caso de reincidencia no puede ser superior a 2 meses.

La ley no prohíbe suspender varias veces a un trabajador, lo que prohíbe es aplicar una suspensión superior a 8 días si es la primera vez, y a dos meses si hay reincidencia, pero se pueden imponer varias suspensiones si el trabajador sigue incurriendo en faltas.



Cómo se contabilizan los días de suspensión del trabajador.

El número de días de suspensión que se imponen al trabajador es diferente si se consideran los días hábiles o no, por lo tanto, es un aspecto que debe quedar claro en el reglamento de trabajo.

La suspensión tiene dos aspectos a considerar:

- La limitación que contempla la ley.
- La suspensión que impone el empleador al trabajador.

Respecto al primer caso, la norma señala que la suspensión, cuando es por primera vez no puede ser superior a 8 días, ni a 2 meses en caso de reincidencia, pero la ley no dice si son días hábiles o calendario, así que debemos recurrir a lo que señala el artículo 62 de la ley 4^a de 1913:

«En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil.»

De acuerdo con esta norma, la suspensión del trabajador por primera vez no puede exceder de 8 días hábiles, y en caso de reincidencia de dos meses calendario.

En el segundo caso, en el reglamento de trabajo cuando se tipifican las faltas sancionadas con suspensión y se fijan los días de suspensión para cada una de ellas, ese número de días deben ajustarse a los límites legales, y se contabilizarán según lo disponga el reglamento de trabajo, pero si en él nada si dice se aplicará la regla general del artículo 62 de la ley 4^a del 1913.



Fijación de los días de suspensión del trabajador.

Cuando el trabajador es suspendido esa suspensión debe ser sin interrupción, o, dicho de otra forma, la suspensión no se puede fraccionar.

Si el trabajador fue suspendido por 10 días, esa suspensión debe ser continua y no se puede suspender la suspensión para luego reiniciarla de nuevo.

No es correcto que el trabajador cumpla uno o dos días de suspensión, regrese al trabajo y una semana después reanude la suspensión.

Días de descanso obligatorio en la suspensión del trabajador.

Los días de descanso obligatorio que queden incluidos dentro de la suspensión del contrato de trabajo, pueden o no verse afectados como pasa a explicarse.

Supongamos que el trabajador es suspendido por 4 días hábiles que inician el viernes. Si incluimos el sábado, la suspensión termina el martes, de modo que la suspensión efectiva termina siendo de 5 días calendario, pero no por ello el trabajador pierde la remuneración del domingo, que es de descanso obligatorio.

Respecto al pago de los descansos obligatorios señala el numeral primero del artículo 173 del código sustantivo del trabajo:

«El empleador debe remunerar el descanso dominical con el salario ordinario de un día, a los trabajadores que habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborables de la semana, no falten al trabajo, o que, si faltan, lo hayan hecho por justa causa o por



culpa o disposición del empleador.»

El pago del domingo es un derecho que el trabajador se ha ganado por haber trabajado la semana previa, y ese derecho sólo se pierde si el trabajador deja de laborar la semana completa sin causa justificada, y en este caso el trabajador faltó fue por disposición del trabajador y no por decisión o culpa del trabajador.

En este caso el trabajador faltó al trabajo durante esa semana, pero lo hizo por decisión del empleador quien fue el que impuso la suspensión.

Si bien se puede alegar que el trabajador fue suspendido por culpa suya (cometió una falta), y por tanto dejó de trabajar la semana completa por su culpa, esa culpa inicial fue sancionada con la suspensión y no puede ser sancionada una segunda vez con la pérdida del pago del descanso dominical.

Distinto es cuando los días de suspensión del contrato impide laboral toda la semana previa al dominical que se reclama, pues en tal caso el trabajador no ha ganado el derecho al descanso dominical remunerado.

El derecho al descanso dominical remunerado se adquiere por trabajar la semana previa, pero si el trabajador no laboró ni un solo día porque el contrato estaba suspendido, es natural que no tenga derecho a la remuneración del domingo.

La suspensión del trabajador no lo priva del derecho al pago del descanso dominical cuando se ha ganado ese derecho por haberse trabajado la semana previa, pero si no lo hizo, y considerando que el contrato de trabajo está suspendido, en nuestro criterio no hay lugar a que el empleador pague ese descanso remunerado.



Pagarlo es como si se suspendiera la suspensión del contrato para poder remunerar ese domingo. El contrato de trabajo está suspendido y no hay lugar pagar ningún salario al trabajador, excepto si ya estaba causado el derecho como ya se explicó.

En el caso de los festivos, en nuestro criterio no se debe pagar ese descanso remunerado cuando el contrato de trabajo está suspendido, pues la consecuencia de la suspensión del contrato, como ya se anotó, es precisamente que cesa para el empleador la obligación de pagar el salario.

El caso del descanso dominical es una excepción a la regla, porque a pesar de estar suspendido el contrato, se adquirió el derecho a su pago por trabajar la semana previa, condición que impone la norma, y cumplida la condición se adquiere el derecho.

En el caso de los festivos el derecho a su pago se adquiere por disposición legal, no porque el trabajador deba cumplir una condición previa como en el caso de los domingos.

Sancionar al trabajador por fuera de la jornada laboral.

Existe una costumbre generalizada en los empleadores de imponer obligaciones a los trabajadores por fuera de la jornada laboral, y si estos las incumplen son sancionados, lo que es incorrecto.

El trabajador sólo está obligado para con el empleador si está trabajando para él, es decir, está dentro de la jornada laboral, que es donde se presenta la prestación del servicio por parte del trabajador, y la contraprestación por ese servicio que es el pago del salario.



Esto para señalar que el empleador no puede exigir tareas al trabajador que está por fuera de la jornada laboral, y si no puede imponerle obligaciones menos puede sancionarle por no cumplirlas.

Esto sucede regularmente cuando el empleador exige al trabajador que asista a reuniones o capacitaciones en horas no laborales, como puede ser en la noche, los domingos o los festivos.

La sanción por incumplir con actividades fijadas en horas no laborales procede cuando esas horas son remuneradas, ya sea como trabajo extra o como dominical o festivo, según corresponda.

Si el empleador convoca al trabajador para que labore trabajo extra, o un domingo o festivo, el trabajador está en la obligación de trabajar, y ese trabajo será remunerado, y si el trabajador falta a esa obligación puede ser sancionado.

En resumen, si el empleador remunera el tiempo que el trabajador deba dedicar a esas actividades por fuera de la jornada laboral, puede sancionar al trabajador si no asiste a ellas.

Es así porque al ser remuneradas ya no estamos hablando de una actividad por fuera de la jornada laboral, pues esta se extiende cuando existe remuneración por ese tiempo adicional.

Procedimiento para sancionar al trabajador.

Para sancionar al trabajador se debe garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa del trabajador, y ello implica brindarle la posibilidad de presentar descargos.



En primer lugar, el empleador sólo puede imponer las sanciones que estén consagradas en el reglamento de trabajo o en otros documentos como una convención colectiva o el mismo contrato individual de trabajo.

Respecto al proceso que se debe seguir para imponer una sanción disciplinaria al trabajador, la Corte constitucional en sentencia T-457 del 2005 resalta los siguientes aspectos:

- La comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas pasibles de sanción.
- La formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar (con la indicación de las normas reglamentarias que consagran las faltas) y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias.
- El traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados.
- La indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos (de manera oral o escrita), controvertir las pruebas allegadas en su contra y aportar las que considere necesarias para sustentar sus descargos.
- El pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente.
- La imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron.
- La posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones de las autoridades competentes.



Los puntos 5 y 7 no siempre son procedentes en el sector privado, sino que son propios de las entidades oficiales donde existen varias instancias para tomar decisiones.

Adicional a lo anterior, debe existir simultaneidad entre la fecha de comisión de la falta y la fecha en que se impone la sanción, lo que no quiere decir que sea el mismo día, sino en un término razonable que permita al empleador identificar la falta y recolectar las pruebas necesarias para sustentar y motivar el llamamiento a descargos.

La norma también exige que en la presentación de descargos el trabajador esté acompañado de dos compañeros de trabajo.

Se debe levantar un acta de la diligencia de descargos firmada por las partes que participaron en ella.

La empresa debe comunicar al trabajador la decisión que tome respecto al llamamiento a descargos, que puede ser la imposición de la sanción que corresponda a la falta según los criterios establecidos en el reglamento de trabajo, o el desistimiento o archivo del proceso disciplinario.



CONTRATO DE SERVICIOS.

Aunque el contrato de prestación de servicios no hace parte de la legislación laboral sí hace parte de la realidad diaria de las empresas y trabajadores, por lo que se ha decidido dedicar un espacio para tratar este tema.

Como ya se expuso, el contrato de servicios no está regulado por el Código Sustantivo del Trabajo, sino por el Código Civil; en consecuencia, nada de lo estipulado por la legislación laboral le es aplicable al contrato de servicios.

Se debe tener claridad en el sentido que el contrato de servicios no puede camuflar una verdadera relación laboral, puesto que, de ser así, automáticamente se convertirá en un contrato de trabajo y en ese caso queda cobijado por la legislación laboral.

Recordemos que para que se configure una relación laboral basta con que confluyan tres elementos esenciales del contrato de trabajo: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.

En este orden de ideas, si se firma un contrato de servicios, pero en su ejecución se configuran los tres elementos señalados, el contrato de prestación de servicios perderá toda validez legal y se convertirá en un contrato laboral con todas las implicaciones que ello conlleva.

Diferencia entre el contrato de trabajo y el contrato de servicios.

Un contrato de trabajo se diferencia de un contrato de prestación de servicios, en que en el contrato de trabajo existe subordinación y prestación personal del servicio, en tanto que en un contrato de servicio no existe la subordinación y no es obligatorio que el contrato sea ejecutado por quien lo firmó, de modo que puede ser ejecutado por terceras personas, según determine el contratista.



Resulta claro que en un contrato de servicios no existen un horario, un modo o forma de hacer las cosas; ni la obligación de obedecer instrucciones al contratante, diferentes a las convenidas en el contrato.

Una empresa puede colocar a su jardinero para que pinte las paredes de su empresa, y en ese caso el jardinero deberá cumplir con un horario de entrada y de salida; podrá el empleador decirle que por la mañana pinte y que por la tarde se vaya para un banco a realizar una consignación; podrá también el empleador decirle que empiece a pintar en esta o aquella pared, que lo haga de esta u otra forma, etc.

En cambio, un trabajador vinculado mediante contrato de servicios puede pintar en la mañana o en la tarde, o no hacerlo durante un día y luego al otro día traer a sus vecinos para que le ayuden. Existe completa independencia, y lo único que lo obliga es lo pactado en el contrato, como por ejemplo que el objeto contratado debe entregarlo en *xo y fecha*, o que en el proceso debe utilizar *xo y pintura*, etc.

Características del contrato de servicios según la Corte constitucional.

Cuando se vinculan trabajadores un contrato de servicios puede resultar difícil discernir entre la existencia legal del contrato de servicios o de un contrato de trabajo realidad, por aquello de que toda relación personal de trabajo se presume regida por un contrato de trabajo según lo estipula el artículo 24 del código sustantivo del trabajo, de manera tal que es crucial poder distinguir claramente entre una figura y la otra, y la Corte constitucional nos da una excelente pista en la sentencia C-154 de 1997:

«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.»

Aunque esta sentencia se refiere a un contrato de servicios firmado con una entidad estatal no impide que sea tomada como referencia para el sector privado, y queda claro el concepto de subordinación y autonomía, elementos esenciales a probar en un eventual proceso laboral que busque el reconocimiento del contrato de trabajo realidad.

Cuando la subordinación y la autonomía no son claras y evidentes, resulta de capital relevancia contar con una serie de elementos probatorios que permitan concluir con meridiana claridad que tales figuras existen, pues no siempre es obvia la existencia de un contrato realidad ante la creatividad que despliegan algunos empleadores a la hora de elaborar los contratos de servicios.

¿Cambiar la modalidad de contrato de servicios a laboral implica algún riesgo de que el trabajador demande por el primer contrato?

Existen empresas que tienen una forma particular “de poner a prueba” a sus trabajadores y lo hacen vinculándolos primero por contrato de servicios y luego, si están satisfechos con el trabajador, le cambian el tipo de contrato a contrato de trabajo. ¿En ese caso existe el riesgo de que el trabajador demande a la empresa para que el primer contrato de servicios le sea reconocido como de trabajo?

Naturalmente que existe el riesgo de una reclamación en ese sentido, y si las condiciones y supuestos fácticos en que se desarrolló el contrato inicial de



servicios permite al juez concluir que en realidad se trataba de un contrato laboral, la empresa será condenada a reconocerle las prestaciones económicas propias de una relación laboral.

No obstante, se aclara que el mero cambio de modalidad de contrato no implica que el contrato de servicios inicial necesariamente se deba calificar como un contrato de trabajo realidad, y así se pronunció la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 19475 de febrero 19 de 2013, con ponencia del magistrado Carlos Isaac Nader:

«Cabe agregar a lo ya explicado que resulta descabellada la tesis del recurrente en el sentido de sostener que el solo hecho de asignar a la misma persona la ejecución de actividades similares en períodos diferentes y sucesivos, mediante formas de contratación distintas (una, la inicial, independiente y otra, la siguiente, subordinada), implica necesariamente que prevalece la segunda y que por ende la inicial era simulada, porque el elemento que permite distinguir una forma de contratación de otra no puede radicar únicamente los quehaceres que se realizan, sino el entorno general de la relación, como antes se vio, y desde esa perspectiva bien puede ocurrir, como en verdad aquí ha acontecido, que las mismas tareas se ejecuten bajo esquemas contractuales distintos, sin que ello implique fraude o simulación en una de las relaciones.»

Así las cosas, quien recurre a vincular a sus nuevos trabajadores mediante un contrato de servicios para luego cambiarlo a contrato de trabajo, debe tener especial cuidado en la forma en que redacta el contrato de servicios, y muy especialmente, en la forma en que el contrato se ejecuta para prevenir este tipo de situaciones. Si el trabajador se contrata mediante servicios, el desarrollo de ese contrato debe ser acorde a ese tipo de contrato, y si quiere mayor control y subordinación del empleado, entonces lo recomendable es iniciar con un contrato de trabajo como lo exige la ley.



Si hay duda respecto a si el contrato es de trabajo o de servicios, se presumirá que es de trabajo.

El artículo 24 del código sustantivo del trabajo reza que toda relación personal de trabajo se presume que está regida por un contrato de trabajo, y la jurisprudencia ha dicho que en aquellos casos en que existe una duda que impide inequívocamente determinar si el contrato entre las partes es de trabajo o de servicio, se presumirá que es un contrato de trabajo.

El trabajador ha sido relevado de la obligación de probar la subordinación en virtud del artículo 24 del código sustantivo del trabajo, de manea que es el empleador el que tiene que demostrar la ausencia de la subordinación y, por consiguiente, la inexistencia de la relación laboral, pero si no lo consigue de forma clara y contundente, se configura la presunción de que trata el artículo 24 del código sustantivo del trabajo.

La corte suprema de justicia, en sentencia de hace ya rato pero aún vigente (27 de junio de 2000, radicación 14096, MP Francisco Escobar), se pronunció en los siguientes términos:

«De conformidad con el artículo 24 del C.S.T debe presumirse que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Consiguientemente, si en un proceso se establece que se dio una prestación personal de servicios remunerada y se desconoce si fue subordinada o no, o subsiste duda a este propósito, deberá el respectivo juez concluir que la relación estuvo regida por un contrato de trabajo con las consecuencias jurídicas que ello pueda aparejar.»

Añade y precisa la corte:

«Sin embargo, importa insistir que el referido canon no pretendió abolir las relaciones laborales independientes, ni en modo alguno las descartó, pues al contrario supone que el concepto de relación de trabajo es un género que contiene especies diversas entre las cuales,



fueras de la modalidad subordinada descrita y definida en los dos artículos precedentes del estatuto, se hallan las prestaciones de servicios que en modo independiente y bajo diversas expresiones contractuales efectúan personas naturales en beneficio de otras naturales o jurídicas con derecho a remuneración. Solo que el artículo 24 en desarrollo del concepto de protección al trabajador consagra la presunción que arriba quedó enunciada, de forma que este se halla liberado de acreditar la subordinación como elemento esencial que es del contrato de trabajo, cosa que no impide que aparezca la prueba de que el vínculo en cuestión en realidad fue independiente.»

Se concluye que el empleador tiene la obligación de probar la inexistencia de la relación laboral, y debe hacerlo sin dejar sombra de duda, pues de lo contrario el juez tendrá que dar aplicación a la presunción a que se refiere el artículo 24 del código sustantivo del trabajo.

Es irrelevante si la remuneración pactada se denominó honorarios o salario.

Quienes vinculan personal mediante un contrato de servicios se esfuerzan porque en éste quede claramente que la remuneración se hará bajo la modalidad de honorarios, creyendo que con ello evitará luego que el trabajador pretenda cobrar prestaciones sociales argumentando la existencia de una relación laboral, pero se debe decir que es irrelevante si en el contrato quedó en mayúscula, negrilla y subrayado que la remuneración se hará por honorarios, puesto que en ese caso lo que importa es la realidad que se vivió en el desarrollo y ejecución del contrato.

La sala laboral de la corte suprema de justicia se refirió a ello de forma muy clara en la sentencia 13088 del primero de marzo de 2000, con ponencia del magistrado Germán Valdés Sánchez:



«La denominación que se le de al pago por las partes no condiciona su naturaleza jurídica, pues la esencia salarial del mismo surge necesariamente de su condición de ser una contraprestación directa de un servicio personal subordinado. El elemento de la relación jurídica que identifica su naturaleza laboral y la distingue de una meramente civil o de otra estirpe, lo constituye la subordinación o dependencia jurídica y continuada que supedita la forma de los servicios. Por tanto, siempre que esos servicios se presten bajo tales condicionamientos, el pago se deberá tener por salarial, prescindiendo del nombre que el empleador o las dos partes le den al mismo.»

Para desvirtuar una relación laboral es insuficiente que como prueba se exhiba un contrato y unas facturas o cuentas de cobro donde el concepto relacionado sea honorarios, puesto que, si se probó la existencia de la continuada subordinación, o, dicho de otra manera, si el empleador o contratista no pudo desvirtuar la presunción de subordinación que se deriva del artículo 24 del código sustantivo del trabajo, se configura el contrato de trabajo realidad.

Seguridad social en el contrato de servicios.

La seguridad social en el contrato de prestación de servicios está a cargo del contratista, quien se debe afiliar como independiente al sistema de seguridad social en salud y pensiones, y deberá asumir la totalidad de la cotización, puesto que la empresa o contratante no tiene ninguna responsabilidad en la seguridad social del contratista.

Le corresponde al contratante exigir al contratista su afiliación al sistema de seguridad social, y es recomendable que se condicione el pago de lo debido a la presentación de la respectiva prueba de las cotizaciones; esto con el



ánimo de evitar situaciones de riesgo por los accidentes o enfermedades que pueda sufrir el contratista en ejecución del objeto contratado.

Respecto a los riesgos laborales, es el contratante quien deberá afiliarse a la ARL al contratista según lo dispone el artículo 5 del decreto 0723 de 2013.

Prestaciones sociales en el contrato de servicios.

El contrato de servicios no da derecho al pago de prestaciones sociales por cuanto como ya se mencionó con anterioridad, un contrato de servicios no está cobijado por la legislación laboral, única que contempla este tipo de beneficios.

En consecuencia, un trabajador que esté vinculado bajo la figura del contrato de servicios no tiene derecho a prestaciones sociales, vacaciones ni a lo que comúnmente se llama liquidación; a lo único que se tiene derecho es al pago de lo pactado en el contrato de prestación de servicios.

Es en razón a estas características que las empresas deciden camuflar los contratos de trabajo como un contrato de servicios, con el único objetivo de disminuir los costos laborales.

Aportes parafiscales en el contrato de servicios.

En el contrato de prestación de servicios, por no estar regulado por la legislación laboral sino por la civil, no existe la obligación de realizar aportes parafiscales.



Estabilidad laboral reforzada en el contrato de servicios.

Desde hace varios años la jurisprudencia de la corte constitucional y la misma corte suprema de justicia, han dispuesto que la estabilidad laboral reforzada también aplica para el contrato de servicios, sólo que en este caso no se conoce como estabilidad laboral, sino como estabilidad ocupacional.

Todo contratista que esté en debilidad manifiesta en ocasión a una discapacidad o el estado de embarazo, por ejemplo, goza de la estabilidad laboral reforzada, lo que se traduce en que no se le puede terminar el contrato de servicios mientras persista su condición, y si el contrato expira por el tiempo acordado, el contratante se ve obligado a renovarlo.

La sentencia STL9963 con radicación 67655 del 19 de julio de 2016, de la corte suprema de justicia, con ponencia del magistrado Fernando Castillo Cadena, recoge la línea jurisprudencial de estas dos altas cortes en los siguientes términos:

«Posteriormente, en la sentencia T-222 de 20 de marzo de 2012, precisó la protección a la mujer embarazada en el marco de un contrato de prestación de servicios e indicó:

La Corte ha establecido que tratándose de mujeres embarazadas que mantienen una relación civil en contratos de prestación de servicios, se debe aplicar el principio de estabilidad laboral reforzada y se debe ordenar la renovación del contrato. Así lo ha desarrollado la jurisprudencia:

“Tal estabilidad se predica también para los contratos de prestación de servicios, en los cuales a pesar de conocerse que su naturaleza no



genera una relación laboral de subordinación, se debe aplicar el criterio establecido por la jurisprudencia mediante el cual se ha dicho para los contratos a término fijo que el solo vencimiento del plazo o del objeto pactado, no basta para no renovar un contrato de una mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta los principios de estabilidad laboral y primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por las partes del contrato laboral; tal figura se aplica siempre que al momento de la finalización del plazo inicialmente pactado subsistan la materia de trabajo y las causas que los originaron y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación” .

Postura que fue reiterada en el fallo de unificación SU- 070 de 2013, donde la misma Corporación frente al tema expuso lo siguiente:

En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un “contrato realidad”, pues “existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales[se] puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral” , en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela.

Bajo esta lógica, deberá verificarse la estructuración material de los



elementos fundamentales de un contrato de trabajo, “independientemente de la vinculación o denominación que el empleador adopte para el tipo de contrato que suscriba con el trabajador” . Así, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo, son (i) el salario, (ii) la continua subordinación o dependencia y (iii) la prestación personal del servicio. Por lo tanto, si el juez de tutela concluye la concurrencia de estos tres elementos en una vinculación mediante contrato de prestación de servicios de una trabajadora gestante o lactante, podrá concluirse que se está en presencia de un verdadero contrato de trabajo.

Así mismo, en el caso de contratos de prestación de servicios celebrados por el Estado con personas naturales, debe advertirse que éste únicamente opera cuando “para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden” . Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral, “ello conllevaría a su desnaturalización y a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo; a los artículos 1, 2 y 25 de la Carta; además a los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo.”

Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante



haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las características del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

De la jurisprudencia transcrita, se destaca que la medida que brinda el mayor margen de garantía y, por consiguiente de protección, es el reintegro o renovación del contrato;»

Esto obliga a que un contratante evalúe esta realidad al momento de la terminación de un contrato de servicios, pues la finalización del tiempo pactado en el contrato de servicios no siempre libera al contratante de las obligaciones que tiene con el (la) contratista.

Debido a que el contrato de servicios está regulado por la ley civil y esta no consagra tales beneficios, casi siempre el contratista que pretende el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada debe recurrir a la acción de tutela, pues los contratistas no siempre actúan por voluntad propia según los lineamientos de las altas cortes.

La otra alternativa es iniciar una demanda laboral para lograr el reconocimiento de un contrato de trabajo realidad, y reconocida la relación laboral entonces buscar que se le apliquen las prerrogativas que la ley laboral contempla para estos casos, pero sin duda el camino más expedito es la acción de tutela, pero considerando que esta no siempre prospera debido al carácter excepcional de este recurso, el cual no procede cuando el



demandante cuenta con otros mecanismos de defensa como es la jurisdicción laboral ordinaria.



OTROS ASPECTOS RELEVANTES EN EL CONTRATO DE TRABAJO.

Aparte de los temas ya abordados existen otros que debemos conocer para comprender mejor las obligaciones y derechos derivados del contrato de trabajo.

Trabajadores de confianza, dirección o manejo.

Los trabajadores o empleados de dirección y confianza tienen un tratamiento especial en el código sustantivo de trabajo en tanto que por su condición no les aplican algunas prerrogativas que a otros trabajadores sí.

Concepto o definición de dirección, confianza o manejo.

El código sustantivo del trabajo no define el concepto de empleado o trabajador de dirección, de confianza o manejo, de modo que ha sido la jurisprudencia que a lo largo de la historia lo ha definido.

Se entiende como trabajador de dirección y confianza, aquel trabajador que por su cargo y por las funciones que cumple, tiene una gran responsabilidad dentro de la estructura administrativa de la empresa, en cuanto poseen mando y jerarquía frente a los demás empleados, y por esa razón comprometen los intereses del empleador.

La confianza o manejo deben ser relevantes en la estructura de la empresa, y no porque guarde las llaves de la oficina del gerente se puede considerar que el trabajador es de esta clasificación, sino que esta surge de la naturaleza misma de la actividad a desarrollar, y que requiere del empleador el



despliegue de especial confianza sobre el trabajador.

La calidad de trabajador de dirección y confianza puede ser expresamente contemplada en el respectivo contrato de trabajo, pero si así no se hiciese, lo que prima no es la enumerado en el contrato, sino la naturaleza de las funciones que se cumplen; lo que significa que la condición de ser empleado de dirección y confianza, no está dado por el contrato en sí, sino por las funciones desempeñadas por el empleado, puesto que así no figure en el contrato, ha sido la voluntad del empleador el asignarle ese tipo de funciones, fue su voluntad que el empleado le representara ante los demás trabajadores o desempeñara funciones esenciales en su empresa.

Jornada laboral en los trabajadores de dirección, confianza o manejo.

Esto es lo que hace especial a estos trabajadores, y es que la jornada laboral máxima no es aplica.

Es así por expresa disposición del artículo 162 del código sustantivo del trabajo, lo que viene a significar que los trabajadores de dirección, de confianza o manejo, deben trabajar más allá de la jornada máxima legal sin que se les deba reconocer trabajo extra o suplementario.

Horas extras en trabajadores de dirección, manejo o confianza.

En otras palabras, los trabajadores de dirección, de confianza o manejo no tienen derecho a que se les pague las horas extras que laboren, así laboren muchas, lo que ha llevado a que muchos empleadores utilicen ilegalmente esta figura para obligar a que sus trabajadores laboren extensas jornadas sin pagarles por su trabajo extra.



De allí que una falsa calificación de trabajador de dirección o confianza resulte relativamente sencilla de desvirtuar en una demanda laboral, pues es suele ser evidente cuando se utiliza esta figura indebidamente en quien no cumple las características de este tipo de trabajadores.

Recargo nocturno en los trabajadores de dirección, de confianza o manejo.

Los empleados de dirección, de confianza o de manejo están excluidos de la jornada laboral máxima y por consiguiente del derecho a pago de horas extras, pero no del recargo nocturno, que es un asunto diferente.

Así lo deja claro la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 40016 del primero de agosto de 2012 con ponencia de la magistrada Ely Del Pilar Cuello Calderón:

«La anterior inferencia por cuanto, si bien es cierto que los trabajadores de dirección, confianza y manejo están excluidos de la jornada máxima legal y, en consecuencia no devengan aumentos por laborar en jornada suplementaria o de horas extras, ello no significa que la misma exclusión deba extenderse a la remuneración legalmente establecida por recargo nocturno, pues es una regla de interpretación de la ley que las normas que establezcan restricciones o excepciones no son aplicables por analogía.

En consecuencia, es evidente la equivocación del sentenciador de alzada, cuando dedujo que por ostentar el demandante la condición de trabajador de dirección, confianza y manejo, también estaba excluido del derecho a devengar los recargos nocturnos, pues dicho contingente de trabajadores sí tiene derecho a la remuneración adicional establecida legalmente por el hecho de prestar sus servicios en horas de la noche.»



Significa que, si el trabajador se ve obligado a laborar de noche, se le debe pagar el recargo nocturno, que es del 35%.

Como en estos trabajadores no aplican las horas extras, nunca habrá que pagarles recargos extra nocturnos sino sólo recargos nocturnos.

Trabajo dominical y festivo en los empleados de dirección, de confianza o manejo.

Caso similar al recargo nocturno; los trabajadores de dirección, de confianza o manejo tienen derecho al pago de los dominicales y festivo sen que se vean obligados a trabajar.

Así lo dispone la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 41715 del 11 de mayo de 2016 con ponencia del magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán:

«Según el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, los empleados que desempeñen cargos de dirección, confianza, o manejo, están excluidos de la jornada máxima legal, que por tratarse de una excepción a la regla general contenida en el primer inciso del artículo 161 del mismo ordenamiento, cuyo plausible propósito es proteger al trabajador en su salud, en la medida que le garantiza un tiempo de prudente descanso, que además, repercute en el mejor desempeño de sus labores, que se hace más evidente con lo preceptuado en los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 50 de 1990, y 165 a 167 del estatuto sustantivo laboral, la interpretación que se impone al mencionado artículo 162, tiene que ser restrictiva, en la medida en que lo allí consagrado es una excepción, de suerte que, dentro de la expresión «jornada máxima legal de trabajo», no puede entenderse incluido lo relativo al trabajo en días dominicales y festivos, que si son trabajados generan la obligación de pagar el tiempo durante el cual



se haya prestado el servicio, así se trate de un empleado de dirección, confianza, o manejo.

Lo anterior es menos discutible, si se observa que los temas relativos a la jornada máxima legal, y a los descansos obligatorios, en el que está contenido el concerniente a los domingos y festivos, es materia de regulación en títulos diferentes del Código Sustantivo del Trabajo.»

Lo único a que no tienen derecho los trabajadores de dirección, confianza y manejo es al pago de horas extras, pero los demás conceptos se le deben reconocer, y los descansos remunerados se le deben conceder.

Vacaciones en los trabajadores de dirección, de confianza o manejo.

Estos trabajadores no están excluidos del derecho a las vacaciones ni a la forma de su remuneración, así que se le aplican las reglas generales de este derecho.

Es decir que tienen derecho a los 15 días hábiles de descanso y a ser remunerados con el sueldo que tengan al momento de salir a vacaciones.

Trabajadores de dirección, de confianza o manejo y los sindicatos.

Los trabajadores de dirección y confianza pueden pertenecer a un sindicato, pero no pueden formar parte de las juntas directivas de los sindicatos.

El artículo 409 del código sustantivo del trabajo establecía que los trabajadores de dirección y confianza no tenían fuero sindical, pero fue declarado inexistente por la Corte constitucional en sentencia C-593 de 1993.



Certificación laboral.

El empleador tiene la obligación de expedir una certificación laboral a los trabajadores que haya contratado, ya sea durante la ejecución del contrato o luego de haberse terminado.

Obligación de expedir la certificación laboral.

Expedir una certificación laboral es una obligación del empleador que expresamente contempla el artículo 57 del código sustantivo del trabajo en su numeral 7:

«Dar al trabajador que lo solicite, a la expiración de contrato, una certificación en que consten el tiempo de servicio, la índole de la labor y el salario devengado;»

Si bien la ley señala que la obligación de expedir la certificación laboral es a la expiración del contrato de trabajo, esta debe ser expida incluso si el trabajador la solicita durante la ejecución del contrato de trabajo por las implicaciones y el alcance que la jurisprudencia de la Corte constitucional le ha dado a este documento.

Requisitos y contenido de la certificación laboral.

La certificación laboral debe contener los siguientes elementos según el numeral 7 del artículo 57 del código laboral:

- Tiempo de servicio del trabajador.
- Cargo y funciones desempeñadas por el trabajador.
- Salario devengado por el trabajador.



Es todo lo que la ley exige que se debe certificar, pero también señala qué no se debe incluir en el certificado laboral, como en efecto lo hace el numeral 8 del artículo 59 del código sustantivo del trabajo, que prohíbe al empleador:

«Emplear en las certificaciones de que trata el ordinal 7o. del artículo 57 signos convencionales que tiendan a perjudicar a los interesados, o adoptar el sistema de "lista negra", cualquiera que sea la modalidad que utilicen, para que no se ocupe en otras empresas a los trabajadores que se separen o sean separados del servicio.»

El empleador debe limitarse a certificar los elementos ya señalados sin entrar a realizar juicios de valor en la certificación, menos si son negativos y perjudican al trabajador.

Claro está que el empleador puede, a voluntad suya, incluir en la certificación aspectos positivos del desempeño del trabajador, pero nunca negativos.

Es importante señalar que la ley no contempla que la certificación deba contener las funciones desempeñadas por el trabajador, pero es un requisito que la Corte constitucional exige:

«Ahora bien, reciente jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado que la respuesta que requiere el demandante para demostrar su capacidad laboral y su experiencia, no debe limitarse a consignar el tiempo laborado y el cargo desempeñado, pues ello sólo es indicativo de la labor desarrollada. La respuesta debe extenderse a precisar las funciones que cumplía en cada uno de los cargos que asumió, pues ese dato el que permitirá al ex - trabajador demostrar con mayor exactitud su capacidad laboral.»



Se trata de la sentencia T-163 de 2002, la misma que aborda la procedencia de la acción de tutela en estos casos, tema desarrollado más adelante.

Como se puede observar, la certificación laboral no implica una recomendación en favor del trabajador, sino una simple constancia de unos hechos ciertos.

Derecho de petición para exigir certificación laboral.

Si el empleador se niega a expedir una certificación laboral a un trabajador, este puede presentar un derecho de petición en ese sentido, y el empleador está obligado a darle respuesta efectiva, es decir, a expedir el certificado solicitado.

El artículo 32 de la ley 1755 de 2015 establece la procedencia del derecho de petición contra entidades privadas para garantizar derechos fundamentales, y la Corte constitucional históricamente ha calificado el derecho al trabajo como fundamental.

De otra parte, el parágrafo primero del artículo 32 de la ley 1755 de 2015 señala lo siguiente frente a personas naturales:

«Este derecho también podrá ejercerse ante personas naturales cuando frente a ellas el solicitante se encuentre en situaciones de indefensión, subordinación o la persona natural se encuentre ejerciendo una función o posición dominante frente al peticionario.»

Como se observa, el derecho de petición procede incluso contra personas naturales, y uno de los requisitos es que el peticionario se encuentre en una situación de subordinación, como es el caso del trabajador.



Acción de tutela para solicitar certificación laboral.

El trabajador al que se le ha negado una certificación laboral puede presentar un derecho de petición al empleador exigiendo la certificación, y el empleador está obligado a atender esa petición, y si no lo hace, el trabajador queda habilitado para presentar una acción de tutela.

La procedencia de la acción de tutela para solicitar una certificación laboral ha sido avalada por la Corte constitucional desde los años 90 del siglo anterior, y reiterada en muchas oportunidades.

Es el caso de la sentencia T-163 de 2002 en la que señala la Corte:

«En razón a lo anterior y dadas las circunstancias particulares del caso objeto de revisión, es preciso hacer dos consideraciones:

Primera: el accionante se encuentra en estado de subordinación, frente a la empresa accionada, pues dada su condición de ex - empleado, los efectos de la antigua relación laboral se prolongan en el tiempo, en la medida en que lo solicitado en su escrito de tutela, - certificación laboral- está esencialmente ligado al vínculo laboral extinguido.

(...)

Definidos los criterios jurídicos que caracterizan a las situaciones de indefensión y subordinación, y vistas las circunstancias fácticas que rodean el proceso objeto de revisión, encuentra la Sala que el accionante no sólo se encuentra en estado de subordinación, dada su calidad de ex - empleado, que depende de su antiguo patrono para obtener una respuesta que sólo este puede dar y que resuelve la



petición como tal, sino que además, es evidente su estado de indefensión, dada la ausencia de medios jurídicos eficaces para repeler la conducta del particular demandado.

Segunda: La inexistencia de una respuesta a la petición elevada por el accionante, genera una vulneración constitucional adicional, como es el derecho fundamental al trabajo, pues sin la certificación laboral reclamada, le es imposible demostrar su experiencia y capacidad laboral, hecho que le anula la posibilidad de encontrar otra fuente de trabajo, situación que pone en peligro sus condiciones mínimas de vida digna y la subsistencia de quienes dependen económicamente de él.»

Esta sentencia deja clara la procedencia de la acción de tutela para solicitar la certificación laboral y en la parte resolutiva ordena a la empresa privada accionada que expida la certificación solicitada.

Recordemos que la ley le impone al empleador la obligación de expedir un certificado laboral, y si este no cumple con esa ley procede la acción de tutela.

Carta de recomendación laboral.

La carta de recomendación laboral es distinta a la certificación laboral que se debe extender en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 57 del código sustantivo de trabajo, y su expedición no es obligatoria para el empleador.



La carta de recomendación laboral tiene como finalidad resaltar las virtudes del trabajador, lo que se puede hacer en la misma certificación laboral, o en un documento aparte.

Ya dependerá de cada empleador si expide la carta de recomendación, y los términos que utilizará en ella.

Exámenes médicos de ingreso al trabajador.

En el proceso de selección de personal las empresas suelen hacer exámenes médicos a los candidatos o aspirantes antes de contratarlos, exámenes que están regulados por la resolución 2346 de 2007 del ministerio de salud y protección social.

Qué son los exámenes médicos de ingreso o pre – ocupacionales.

Los exámenes médicos de ingresos, o mejor llamados de preingreso o pre – ocupacionales, son aquellos que los empleadores practican para determinar las condiciones de salud física y mental de los trabajadores que contratará.

Al respecto señala el artículo 4 de la resolución 2346 de 2007:

«EVALUACIONES MÉDICAS PRE-OCUPACIONALES O DE PREINGRESO. Son aquellas que se realizan para determinar las condiciones de salud física, mental y social del trabajador antes de su contratación, en función de las condiciones de trabajo a las que estaría expuesto, acorde con los requerimientos de la tarea y perfil del cargo.

El objetivo es determinar la aptitud del trabajador para desempeñar



en forma eficiente las labores sin perjuicio de su salud o la de terceros, comparando las demandas del oficio para el cual se desea contratar con sus capacidades físicas y mentales; establecer la existencia de restricciones que ameriten alguna condición sujeta a modificación, e identificar condiciones de salud que estando presentes en el trabajador, puedan agravarse en desarrollo del trabajo.

El empleador tiene la obligación de informar al médico que realice las evaluaciones médicas pre – ocupacionales, sobre los perfiles del cargo describiendo en forma breve las tareas y el medio en el que se desarrollará su labor.

En el caso de que se realice la contratación correspondiente, el empleador deberá adaptar las condiciones de trabajo y medio laboral según las recomendaciones sugeridas en el reporte o certificado resultante de la evaluación médica pre – ocupacional.»

El examen médico es el que determina si el trabajador puede ser contratado o no desde el punto de vista médico científico, o si se puede contratar bajo ciertas recomendaciones o restricciones, a las que tendrá que sujetarse el empleador.

Por ejemplo, se puede dar el caso que un empleado pueda ser contratado para un cargo determinado, pero por el examen médico no pueda ser trasladado a otro cargo por ser incompatible con su estado de salud.

Médicos autorizados para realizar exámenes de ingreso.

El examen médico de ingreso es el que determina si una persona puede ser



o no contratada para el cargo indicado y respecto al cual se hace la evaluación médica, y esa decisión se debe tomar con base a un criterio médico autorizado, lo que impide que cualquier médico pueda hacer este tipo de exámenes y certificaciones.

La norma exige claramente que los exámenes de ingreso deben ser realizados por médicos especialistas en salud ocupacional. Señala el artículo 9 de la resolución 2346 del 2007:

«PERSONAL RESPONSABLE DE REALIZAR LAS EVALUACIONES MÉDICAS OCUPACIONALES. Las evaluaciones médicas ocupacionales deben ser realizadas por médicos especialistas en medicina del trabajo o salud ocupacional, con licencia vigente en salud ocupacional, siguiendo los criterios definidos en el programa de salud ocupacional, los sistemas de vigilancia epidemiológica o los sistemas de gestión, así como los parámetros que se determinan en la presente resolución.

Cuando según certificaciones expedidas por las respectivas secretarías de salud de los departamentos de Amazonas, Arauca, Chocó, Guainía, Guaviare, San Andrés, Putumayo, Vaupés y Vichada, no exista disponibilidad de médicos con especialización en medicina del trabajo o salud ocupacional, con licencia vigente en salud ocupacional, las evaluaciones médicas ocupacionales podrán ser realizadas por médicos que tengan mínimo dos (2) años de experiencia en salud ocupacional, previa inscripción como tales ante las respectivas secretarías de salud y mientras subsista dicha situación.

PARÁGRAFO. El médico evaluador deberá entregar al trabajador copia de cada una de las evaluaciones médicas ocupacionales practicadas,



dejando la respectiva constancia de su recibo.»

Estos exámenes deben ser realizados por personal idóneo y siguiendo los parámetros adecuados, lo que garantiza que el proceso de contratación no sea discriminatorio pues cualquier decisión se hace con base a informes con criterio médico – científico, que es difícil refutar judicial o administrativamente.

Por qué se deben hacer los exámenes médicos de ingreso.

La principal razón por la que se deben hacer los exámenes médicos de preingreso es la necesidad de que el estado físico y de salud del trabajador contratado sea compatible con el oficio o actividad que va a desarrollar.

La empresa no sólo debe evaluar la competencia técnica o profesional de los trabajadores que va a contratar, sino que debe evaluar su capacidad física y mental para desempeñar el empleo.

El estado de salud del trabajador determina qué actividades puede desarrollar o no, y para no contratar a un empleado que luego no puede hacer el oficio para el que fue contratado por problemas de salud, se debe evaluar su estado de salud antes de contratarlo, lo que en no es discriminatorio.

Es por ello que el empleador tiene la obligación de comunicar al médico ocupacional el perfil del cargo que ocupará el evaluado, pues con base a ese perfil el médico determina o certifica la aptitud o no del aspirante, lo que descarga la existencia de discriminación.

El médico debe actuar apegado al perfil del cargo comunicado por el



empleador, de manera que, si el trabajador tiene una enfermedad o lesión que no le impide desempeñarse en el perfil indicado, no puede negarse a certificar su aptitud porque sería discriminatorio.

Por ejemplo: el médico debe evaluar a una empleada para el cargo de secretaria y detecta que tiene una lesión en la espalda que le impide llevar objetos pesados. Como esa lesión no interfiere en el desempeño como secretaria porque ese cargo no implica levantar objetos pesados, no puede expedir una recomendación de no contratación.

De otra parte, los exámenes de ingresos tienen como finalidad identificar lesiones o enfermedades preexistentes del trabajador, algo de lo que están pendientes las administradoras de riesgos laborales y también deben estarlo los empleadores.

Si se contrata a un empleado que ya está lesionado y no se identifica esa lesión al momento de contratarlo, el empleado puede en un futuro alegar que se lesionó trabajando para el empleador que lo contrató lesionado, y puede exigir que se le pague una cuantiosa indemnización, y como el empleador o la ARL no pueden demostrar la preexistencia de esa lesión probablemente deban responder ella.

No se puede cobrar los exámenes medios de ingreso.

El empleador no puede cobrar los exámenes de ingreso que realice al trabajador.

Así lo señala claramente el artículo 11 de la resolución 2346 de 2007:

«CONTRATACIÓN Y COSTO DE LAS EVALUACIONES MÉDICAS OCUPACIONALES Y DE LAS VALORACIONES COMPLEMENTARIAS. El



costo de las evaluaciones médicas ocupacionales y de las pruebas o valoraciones complementarias que se requieran, estará a cargo del empleador en su totalidad. En ningún caso, pueden ser cobrados ni solicitados al aspirante o al trabajador.

El empleador las podrá contratar con Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Ocupacional o con Entidades Promotoras de Salud, las cuales deben contar con médicos especialistas en medicina del trabajo o salud ocupacional, con licencia vigente en salud ocupacional.

El empleador también puede contratar la realización de dichas valoraciones directamente con médicos especialistas en medicina del trabajo o salud ocupacional, con licencia vigente en salud ocupacional.»

Los exámenes no se pueden cobrar, ni se le puede exigir al aspirante que los lleve ya realizados. El empleador no puede decirle a un candidato que el traiga una resonancia magnética; si el empleador requiere hacer ese examen debe asumir su costo.

Desafortunadamente esa prohibición de cobrar o solicitar exámenes no siempre se cumple, puesto que no existen mecanismos de control y sancionatorios funcionales, y el trabajador al que le pidan plata para los exámenes o le pidan exámenes y no lo acepte, simplemente no lo contratan y el trabajador no tiene herramientas para denunciar y probar esa irregularidad.



Exámenes médicos que no se pueden solicitar al trabajador.

El empleador podrá hacer los exámenes médicos que sean necesarios según el perfil del cargo que vaya a desempeñar el trabajador, pero la ley prohíbe realizar ciertos exámenes que atengan contra la dignidad del trabajador o que pueden resultar discriminatorios como la prueba de embarazo, VIH, etc.

No obstante, en determinados casos está justificado solicitar exámenes que en los demás casos está prohibido.

Por ejemplo, si el oficio es trabajo en alturas no se puede contratar a una empleada en estado de embarazo puesto que se coloca en riesgo la vida y la salud tanto de la trabajadora como la de su hijo, por lo tanto, está plenamente justificado solicitar la prueba de embarazo porque el perfil del cargo hace imposible que se pueda contratar a una empleada embarazada.

Igual sucede con ciertos cargos u oficios que pueden comprometer la salud y seguridad de terceros cuando esos oficios son desempeñados por personas con enfermedades infectocontagiosas, caso en el cual es justificable solicitar exámenes como el VIH, tuberculosis, etc.

De allí la importancia de remitir el centro de salud ocupacional el perfil del cargo, pues ese perfil determina qué exámenes médicos se pueden hacer y cuáles no, y es la prueba que tiene el empleador para demostrar que no discrimina.

Responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales.

La responsabilidad solidaria por deudas u obligaciones laborales es



considerada por la ley en algunos casos especiales, y permite al trabajador demandar tanto al empleador directo como al responsable solidario.

La responsabilidad solidaria por deudas laborales de los socios de la empresa.

Cuando se trabaja para una empresa o sociedad, el contrato de trabajo se firma con esa empresa, pero esa empresa tiene dueños, está conformada por socios, luego surge la duda de si el trabajador puede demandar también esos socios.

La responsabilidad solidaria de los socios con las deudas laborales está dada en el artículo 36 del código sustantivo del trabajo que señala lo siguiente:

«Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.»

Como se observa, la solidaridad predica únicamente sobre los socios o dueños de las sociedades de personas, lo que excluye a las sociedades por acciones o de capital.

Al respecto ha señalado la Sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 43972 del 7 de septiembre de 2016, con ponencia del magistrado Fernando Castillo Cadena dijo:



«...en su labor de unificar la jurisprudencia nacional, esta Sala de modo reiterado tiene adoptado como criterio hermenéutico que la solidaridad estatuida en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, no se extiende a las sociedades de capital.»

En la sentencia 39891 del 6 de noviembre de 2013 con ponencia del magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve señaló que:

«El sistema jurídico laboral no ha desconocido que en la legislación mercantil cada tipo de sociedad compromete de manera diferente la responsabilidad de los asociados frente a terceros y frente a los trabajadores de la empresa. De ahí que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo establezca que en las sociedades de personas sus miembros son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, pero nada dispone en cuanto a las sociedades de capital y por lo mismo no responsabiliza a los accionistas por las obligaciones laborales.

Cuando el artículo 252 del Código de Comercio establece que en las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales, y que en la fase de la liquidación solo pueden ejercerse contra los liquidadores, esté (sic) precepto guarda armonía con el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo y por lo mismo es un error considerar que dentro de ese esquema normativo el juez pueda recurrir al artículo 28 ibídem para decir que, como el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de su patrono, cuando se produce la disolución o liquidación de una sociedad de capital los accionistas deben hacerse cargo, en forma solidaria (o individual), de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo,



pues ni el régimen legal laboral extiende a ellos ese tipo de responsabilidad ni puede decirse que los accionistas sean copropietarios de una empresa que se ha constituido y desarrollado bajo la forma propia de las sociedades anónimas.»

La responsabilidad laboral solidaria de los socios aplica únicamente para sociedades limitadas y demás sociedades de personas.

No aplica para sociedades por acciones como las anónimas o las S.A.S.

Cambio de tipo de sociedad no afecta la responsabilidad laboral por deudas ya causadas.

Las sociedades comerciales pueden transformarse y con ello cambiar su tipo de responsabilidad, como por ejemplo pasar de una sociedad limitada a una sociedad anónima, o lo que es más común hoy día, cambiarse a una S.A.S.

Si bien la nueva figura no contempla la responsabilidad solidaria por deudas laborales, esa seguirá existiendo frente a las deudas y obligaciones adquiridas antes de la fecha de transformación.

Al respecto señaló la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 63306 del 20 de junio de 2018 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

«Ahora, en relación con la condena solidaria deprecada en el libelo, la Sala la estima procedente porque en el artículo 169 del Código de Comercio se establece que cuando se da una mutación en el tipo de sociedad que modifica la responsabilidad de los socios frente a terceros, la misma no afecta las obligaciones contraídas por la compañía con anterioridad a la inscripción del acuerdo de



transformación en el registro mercantil.

Así las cosas, Alejandro (...) es solidariamente responsable de las condenas que se impongan a la sociedad demandada, conforme a lo establecido en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, porque durante el desarrollo del contrato laboral con la demandante fue socio de la compañía demandada (f.º 109 a 112), constituida bajo del tipo de la limitada, y su responsabilidad no sufrió alteración alguna con el cambio de Rada Cassab Estética Total Ltda. a una sociedad de la categoría de la anónima.»

Lo anterior es una forma de evitar que se cambie el tipo de sociedad para defraudar a los trabajadores.

Solidaridad laboral en empresas públicas.

Hay empresas donde algunos de los socios son empresas públicas o estatales, y para ellas también hay responsabilidad laboral solidaria en los términos del artículo 36 del código sustantivo del trabajo, en la medida en que no se trate de sociedades por acciones.

Sobre este tema se pronunció la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia

«Al margen de lo anterior, resulta pertinente señalar, que como la solidaridad que se reclama en el sub examine tiene por fuente la ley, se observa que ambas normas, tanto la del sector oficial como particular tienen el mismo alcance, dado que al confrontarlas imponen el deber de solidaridad, por el pago de las condenas por obligaciones surgidas del contrato de trabajo, de las sociedades de personas y sus



miembros, hasta el límite de su responsabilidad. Dichos preceptos legales son del siguiente tenor literal:

SOLIDARIDAD SECTOR PRIVADO	SOLIDARIDAD SECTOR OFICIAL
<p><i>Art. 36 del CST.- Responsabilidad solidaria. Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanan del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.</i></p>	<p><i>Art. 7 del Decreto 2127 de 1945.- Son también solidariamente responsables, en los términos del artículo anterior, las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí, en relación con el objeto social y solo hasta el límite de la responsabilidad de cada socio, de acuerdo con la ley; las cooperativas de patronos, y cada uno de sus afiliados, respecto de la actividad que aquéllas coordinen o de la elaboración de los productos que unas u otros distribuyan; y los condueños o comuneros</i></p>



de una misma empresa, entre sí, mientras permanezcan en indivisión.6+

De ahí que, así se aplique el Código Sustantivo de Trabajo como lo determinó el juez de primer grado, o el precepto legal del sector oficial, de todos modos se llegaría a la misma conclusión sobre la responsabilidad solidaria de los socios consagrada en estas preceptivas análogas o equivalentes.»

Lo anterior es importante porque si bien se afirma que la responsabilidad laboral de los socios predica respecto a las sociedades de personas, se precisa que una sociedad o persona jurídica también pueden conformar sociedades de personas.

Responsabilidad laboral solidaria del dueño de la obra en contratistas independientes.

Cuando la empresa contrata con un tercero (contratista) el desarrollo de actividades en beneficio de la empresa puede surgir responsabilidad solidaria de la empresa con las obligaciones laborales incumplidas de su contratista.

Esta responsabilidad la encontramos en los artículos 34 y 35 del código sustantivo del trabajo.

El primero habla del contratista independiente y el segundo de simple intermediario, dos conceptos que se debe tener claros pues de ellos



depende que exista solidaridad o no.

Solidaridad laboral del contratista independiente.

En primer lugar, observemos lo que dice el artículo 34 del código sustantivo del trabajo:

«1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.»

De lo anterior se interpreta que la solidaridad surge cuando la obra, labor o actividad contratada con el contratista independiente, es propia de desarrollo normal del empleador.



Si la actividad contratada es parte del proceso de producción, o corresponde a cualquier actividad que normalmente debe desarrollar la empresa para poder operar, entonces hay solidaridad con las obligaciones laborales incumplidas por el contratista.

Un ejemplo elemental pero que nos sirve para ilustrar la intención del legislador, es el de las reparaciones locativas de las instalaciones del empleador.

En una empresa que se decidida a fabricar calzado, no hace parte su objeto social pintar las paredes de sus instalaciones, ni de repararlas, ni hacerle mantenimiento a la parte eléctrica, etc. En consuena, estas actividades al ser ajenas o extrañas a las actividades normales que desempeñan pueden ser contratadas con terceros sin que se genere responsabilidad solidaria de la empresa con las obligaciones laborales del contratista.

Si la empresa contrata con un contratista independiente actividades propias de su objeto social, entonces surge la responsabilidad laboral solidaria.

Es el caso de la misma empresa de calzado que subcontrata con un tercer parte del proceso de fabricación, como puede ser el de corte de material, o el diseño de los modelos.

Estas son actividades que por obligación debe realizar la empresa si quiere fabricar los productos, y, por lo tanto, debería hacerlo con trabajadores vinculados laboralmente, pero como lo hace con un tercero, para proteger los derechos del trabajador debe responder solidariamente con ese contratista en caso de que no llegue a pagar salarios y prestaciones, por ejemplo.

Es así porque no puede ser que la empresa obtenga ganancias con su



actividad y luego se valga de terceros para no responder por las obligaciones laborales de los trabajadores que contribuyeron directamente a generarle esos beneficios.

Si el tercero no paga los salarios de sus trabajadores, la empresa no puede decirle al trabajador que no fue ella quien lo contrató y que por tanto no tiene nada que ver. De permitirse tal situación se abre la puerta a que el empleador defraude a los trabajadores en contubernio con los contratistas.

Definición de contratista independiente en los términos del artículo 34 del código laboral.

Para que la solidaridad laboral no surja en los términos del artículo 34, es preciso que el contratista independiente cumpla con los requerimientos de la norma.

- De esta se desprende que el contratista debe cumplir con tres requisitos esenciales a saber:
- Debe asumir todos los riesgos de la actividad contratada.
- Debe realizarlo con sus propios medios.
- Debe tener libertad y autonomía técnica y directiva.

Si el contratista no cumple con esos tres requisitos, será considerado como un simple intermediario en los términos del artículo 35 del código sustantivo del trabajo del que nos ocuparemos más adelante.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 9435 del 24 de abril de 1997 con ponencia del magistrado Francisco Escobar Henríquez define al contratista independiente en los siguientes términos:

«Con arreglo al artículo 3 del Decreto 2351 de 1965, es una persona



natural o jurídica que mediante un contrato civil o mercantil se compromete, a cambio de determinada remuneración o precio, a realizar una o varias obras o a prestar un servicio en favor de la persona natural o jurídica con quien contrate. El contratista asume los riesgos propios de la función a su cargo, debe ejecutarla con sus propios medios y goza de libertad y autonomía técnica y directiva. Para poder cumplir su obligación requiere contratar trabajadores, cuya fuerza de trabajo ha de encauzar y dirigir en desarrollo del poder de subordinación, 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. Es que con este no se compromete a llevar trabajadores, sino a lograr por su cuenta y riesgo a cambio de un precio, el objetivo propuesto, de forma que en este orden de ideas 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 patrono en términos formales o reales con respecto de los trabajadores requeridos por el contratista, ya que no ejerce la subordinación laboral frente a aquellos o este, de suerte que solo es acreedor de un resultado o de un concreto servicio. Con todo, la ley laboral lo hace responsable solidario por la remuneración, prestaciones, indemnizaciones y derechos laborales correspondientes a los trabajadores del contratista, siempre y cuando la obra o servicio que éste deba cumplir no sea extraña a las actividades normales propias de la respectiva empresa o negocio del contratante.»



Responsabilidad solidaria con las obligaciones laborales del subcontratista.

Si el contratista de la empresa a su vez subcontrata con otro contratista algunas de las actividades, la empresa dueña o beneficiaria de la obra es responsable solidaria con las obligaciones laborales que incumpla el subcontratista.

Así lo considera el numeral 2 del artículo 34 del código sustantivo del trabajo.

Esa solidaridad existe siempre y cuando exista solidaridad respecto al contratista principal, es decir, si este es un verdadero contratista independiente, y se trata de actividades ajenas o extrañas las normales de la empresa, no hay solidaridad ni respecto al contratista ni al subcontratista.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 13157 del 10 de mayo del 2000, con ponencia del magistrado Francisco Escobar afirma que:

«De este modo el cargo no es estimable, y sea del caso agregar que, contrario a lo expuesto en la acusación, en la figura del contratista o subcontratista, la dueña de la obra siempre se beneficia de su ejecución dada su condición de tal; lo que sucede es que frente a las obligaciones laborales de los trabajadores (salarios, prestaciones e indemnizaciones), debe analizarse si la obra o labor contratada con aquellos sujetos es de las ordinarias de la empresa o negocio, porque en ese caso hay responsabilidad solidaria, o si es ajena o extraña al objeto de la empresa o negocio, puesto que en tal evento no podrá predicarse la aludida responsabilidad.»

La norma precisa que esa solidaridad se da incluso si la subcontratación se realizó sin autorización del contratante principal, que se extiende a los casos en que la subcontratación se dio en violación de la prohibición expresa de



contratar pactada entre las partes.

Responsabilidad solidaria del intermediario.

Existe otra figura denominada simple intermediario laboral, que consagra el artículo 35 del código sustantivo del trabajo:

«1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.»

Es lo contrario al contratista independiente, quien actúa como una empresa con recursos y medios propios y autonomía directiva y operativa.

El intermediario utiliza los recursos del contratante, y está sujeto a la coordinación o subordinación del contratante.

Ha dicho la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 9435 del



24 de abril de 1997 con ponencia del magistrado Francisco Escobar Henríquez:

«El artículo 35 del C.S.T describe dos clases de intermediarios a saber: Las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono y las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos por cuenta del empleador.

En todo caso los intermediarios, cualquiera que sea su modalidad, no son el empleador sino su representante para efectos de la contratación (C.S.T, art 32) e incluso algunos son meros corredores de colocación, conforme arriba se dijo, es decir personas naturales o jurídicas cuya actividad radica en postular trabajadores a solicitud de un eventual empleador interesado, quien, si lo estima pertinente, vinculará directamente al postulado caso en el cual deberá cancelar un monto establecido al agente.»

La Corte va un poco más allá en la sentencia 12187 del 27 de octubre de 1999 con ponencia del magistrado José Roberto Herrera Vergara:

«Es innegable que ese tema constituye uno de los más elevados vericuetos en el derecho del trabajo colombiano, pues en ocasiones resulta verdaderamente complejo determinar si se está en presencia de él o de figuras cercanas o similares como la representación patronal, el contratista independiente y las empresas de servicios temporales.

Aun cuando no es dable sentar en esta materia criterios rígidos, en especial cuando se da una pluralidad de los síntomas característicos de estas figuras, nuestro derecho positivo contiene algunas pautas



sobre el particular. Así, la figura del simple intermediario está regulada en el artículo 35 del CST, que es del siguiente tenor:

"Son simples intermediarios las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono.

"Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono para beneficio de este y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo."

"Como se ve de estos dos primeros incisos del artículo trascrito, en el derecho colombiano se prevén dos clases de intermediarios:

"a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.

"b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de



actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la Ley colombiana (artículo 1º del decreto 2351 de 1965) considere al intermediario “representante” del empleador.

“La segunda hipótesis es la más próxima a la figura del contratista independiente. Por regla general éste dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Parte de esos trabajos puede delegarlos en un subcontratista. Si la independencia y características del contratista es real, las personas que vincula bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios, sin perjuicio de las reglas sobre responsabilidad solidaria definidas en el artículo 36 del CST y precisadas por la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en sentencias del 21 de mayo de 1999 (Rad. 11843) y 13 de mayo de 1997 (Rad. 9500). Empero, si a pesar de la apariencia formal de un “contratista”, quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, directamente o a través de sus trabajadores dependientes, será éste y no el simple testaferro el verdadero patrono, y por tanto no puede eludir sus deberes laborales.

“Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas, sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no



es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas.»

Para complementar consideramos pertinente transcribir un aparte de la sentencia 30653 del 17 de febrero de 2009 con ponencia del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza:

«Cumple anotar que si bien el intermediario laboral es representante del empleador, ello no significa que el representante a su vez sea intermediario, pues entre esas dos figuras, según surge de la sentencia transcrita, existen diferencias sustanciales, que se reflejan en la responsabilidad que surge de ellas, en la medida en que la solidaridad respecto de las obligaciones laborales del empleador sólo se predica del intermediario y no del representante, que podrá llegar a ser responsable laboralmente, pero sólo en los eventos excepcionales puntuados por la jurisprudencia que, en todo caso, no se presentan en el asunto aquí debatido.»

Como se observa, el asunto incluso es más complejo que la mera intermediación o representación, sino que puede tocar también a los contratistas independientes a que se refiere el artículo 34 del código sustantivo del trabajo.

No se puede renunciar a la responsabilidad solidaria por vía contractual.

Se encuentra con regularidad que algunas empresas firman contrato de



servicios con un contratista independiente, y en el incluyen cláusulas que buscan exonerar a la empresa contratante de las posibles consecuencias derivadas de un incumplimiento de las obligaciones laborales por parte del contratista independiente.

Sobre esta posibilidad, la sala laboral de la corte suprema ha sido muy clara en afirmar que no es procedente:

«Así las cosas, la circunstancia de que en el contrato civil o comercial se establezca que el beneficiario de la labor u obra “no asume ninguna responsabilidad por los daños o perjuicios que se ocasionen, debido al incumplimiento por parte del CONTRATISTA de las normas de seguridad necesarias en este tipo de trabajos, por lo cual las indemnizaciones y costos que se produzcan por accidente de trabajo son por cuenta del CONTRATISTA” , no tiene la suficiente vocación de desconocer la protección de que gozan los trabajadores, pues para éstos debe ser indiferente lo pactado entre las partes porque, se repite, la solidaridad emana de la misma ley, por lo que el garante no puede desconocer normas de orden público y de imperativo cumplimiento, sólo por el hecho de que el otro pactante, que desde luego no es el trabajador, incumplió con las obligaciones a las que se comprometió, en la medida en que para buscar la efectividad de lo acordado existen mecanismos que la ley ofrece, y que no es precisamente soslayar la solidaridad en el pago de las acreencias de índole laboral. (Sentencia del 17 de agosto de 2011, radicación 35938)»

Es evidente que cláusulas de este tipo son ineficaces puesto que contradicen de una forma muy clara las normas superiores que incluso tienen la categoría



de orden público como la misma corte lo ha manifestado.

En consecuencia, si a la luz de los artículos 34 y 35 del código sustantivo del trabajo surge la responsabilidad solidaria, los acuerdos contractuales no pueden desconocer dicha realidad.

Deudas u obligaciones cobijadas por la responsabilidad solidaria.

El artículo 34 del código sustantivo del trabajo señala que la responsabilidad solidaria es respecto a salarios, prestaciones e indemnizaciones.

«...será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores...»

Esto excluye que la responsabilidad solidaria se extienda a otros conceptos como los aportes parafiscales que tienen un origen legal diferente no contemplado el código sustantivo del trabajo, tal como lo ha señalado la sección cuarta del Consejo de estado en varias oportunidades.

En cuanto a las indemnizaciones derivadas de una relación laboral, hay unas que sólo proceden cuando existe mala fe del empleador, y en este caso se presenta una situación particular, por cuanto el empleador, el contratante o dueño de la obra es apenas un responsable solidario.

En consecuencia, si quien actuó de mala fe fue el contratista y no la empresa dueña de la obra, ¿debería esta liberarse de la solidaridad al haber incurrido en mala fe?

Este asunto fue abordado por la sala laboral de la Corte suprema de justicia



en sentencia 35938 antes referida:

«Es claro, entonces, 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, lo que, se ha dicho, reafirma aún más su simple condición de garante.

En estas condiciones, 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.»

Como se puede observar, una vez condenado el empleador o contratista, al deudor solidario no le queda otro camino que responder por la deuda de la que es garante o deudor solidario, y no puede excusarse en que la culpa no es suya sino del contratista, pues ello resulta irrelevante por cuanto la conducta del deudor solidario no se examina en ningún sentido.

Responsabilidad laboral solidaria en la contratación con empresas de servicios temporales.

Cuando se contratan trabajadores por intermedio de empresas de servicios temporales, la responsabilidad solidaria surge cuanto esta contratación ha sido irregular o indebida.

Al respecto ha señalado la sala laboral de la Corte suprema de justicia en



sentencia 69399 del 15 de agosto de 2018 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

«Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 adujo que las empresas usuarias no pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales» de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.

La infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal conduce a considerar al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, vinculado mediante contratos laboral a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que su verdadero empleador (empresa usuaria) tiene previstos en favor de sus asalariados. A su vez debe tenerse a la empresa de servicios temporales como simple intermediaria, que, al no manifestar su calidad de tal, está obligada a responder solidariamente por la integridad de las obligaciones de aquella.»

Recordemos que la contratación con empresas de servicios temporales sólo es posible respecto a ciertas actividades y por un determinado tiempo, y de no cumplirse esas premisas se genera la responsabilidad solidaria.

Aquí es oportuno precisar que en este caso la responsabilidad solidaria no es de la empresa contratante sino de la empresa de servicios temporales, lo que en principio puede lucir paradójico.

Es así porque este es un asunto distinto al abordado por el artículo 34 del



código sustantivo del trabajo, y lo que sucede cuando se hace intermediación laboral ilegal con una empresa de servicios temporales, es que se declara o reconoce un contrato de trabajo realidad en cabeza de la empresa usuaria, es decir, la que contrató con la empresa de servicios temporales.

Es decir que los papeles se invierten, puesto que el trabajador firmó un contrato de trabajo con la empresa de servicios temporales, pero al ser una intermediación ilegal, ese contrato muta a un contrato de trabajo realidad, pero con la empresa usuaria, y la temporal pasa de ser la empleadora a la deudora solidaria.

Responsabilidad laboral solidaria en la contratación con cooperativas de trabajo asociado.

Este caso es exactamente igual al de las empresas de servicios temporales, en la medida en que la contratación por intermedio de las cooperativas de trabajo asociado se haga de forma irregular constituyendo una intermediación laboral.

Al respecto señaló la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 46237 del 7 de febrero de 2018 con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno:

«En cuanto al argumento de la cooperativa de ser improcedente la condena en solidaridad, en tanto las entidades se dedicaban a actividades diferentes, debe indicarse que la condena en solidaridad, impuesta por el sentenciador de primer grado, lo fue en razón de que la cooperativa había actuado como mera intermediaria de la verdadera empleadora, en este caso, la entidad promotora de salud,



lo cual generaba los efectos previstos en el artículo 35 del C.S.T., en el entendido de que si el mero intermediario no manifiesta su condición de tal debe responder de manera solidaria por el pago de salarios y prestaciones adeudados al trabajador, por lo que el legislador no previó para este caso específico la afinidad de actividades y objeto social entre deudor principal y solidario, como lo quiere hacer ver la apelante.»

Cuando la cooperativa de trabajo realiza intermediación laboral ilegal, el juez declara la existencia del contrato de trabajo realidad entre el asociado y la empresa a la que prestó los servicios, y puede declarar la responsabilidad solidaria de la cooperativa respecto a los derechos del trabajador que se deriven de la declaración del contrato de trabajo realidad.

Aquí una vez más la responsabilidad solidaria no es de la empresa para con el trabajador, sino de la cooperativa para con el cooperado a quien se le reconoció un contrato de trabajo realidad.

Responsabilidad laboral solidaria en la sustitución patronal.

Cuando se produce la sustitución patronal surge la responsabilidad solidaria respecto a las obligaciones laborales a la fecha en que se produce la sustitución.

Así lo señala el numeral primero del artículo 69 del código sustantivo del trabajo:

«El antiguo y el nuevo empleador responden solidariamente las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél,



pero si el nuevo empleador las satisfiere, puede repetir contra el antiguo.»

El nuevo empleador debe responder solidariamente por las deudas del anterior empleador, y en eso la ley es absolutamente clara.

La responsabilidad solidaria predica respecto a cualquier forma que conduzca a la sustitución patronal, como puede ser la venta de la empresa o establecimiento de comercio, o el arrendamiento, como lo deja claro la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 39062 del 25 de enero de 2011 con ponencia del magistrado Camilo Tarquino:

«En consecuencia, si la sociedad “INVERSIONES EL BOSQUE LTDA” fungió como empleador del demandante, y a su vez, “ACONPI ASOCIADOS LTDA” la sustituyó patronalmente, en virtud del contrato de arrendamiento que suscribieron, tal circunstancia conduce inexorablemente a que se derive responsabilidad solidaria de las deudas laborales entre el antiguo y nuevo empleador, de conformidad con lo previsto en el artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo.»

Vender, arrendar, prestar o regalar el establecimiento de comercio da vida a la responsabilidad laboral solidaria del nuevo empleador respecto a las deudas dejadas por el anterior.

A quien demandar cuanto hay responsabilidad solidaria por obligaciones laborales.

Que exista responsabilidad solidaria no implica que el trabajador pueda demandar indistintamente al deudor o al responsable solidario, sino que



debe necesariamente demandar al deudor principal y al deudor solidario como tal.

Una vez condenado el deudor principal el responsable solidario debe responder solidariamente por la deuda del deudor principal (valga la redundancia para el efecto).

En el caso de la solidaridad derivada de la sustitución patronal, el trabajador puede demandar al anterior empleador, a los dos, o únicamente al nuevo empleador, pues este en virtud de la solidaridad que deviene de la sustitución patronal, el nuevo empleador es responsable por todas las obligaciones laborales del anterior empleador, toda vez que a eso se compromete cuando consiente el negocio jurídico que genera la sustitución.

En algunos casos es posible no demandar al contratista sino al beneficiario de la obra cuanto resulta evidente que la solidaridad surge de la naturaleza misma de las actividades realizadas, pero en cada caso particular la situación puede ser distinta, y en todo caso, en la medida de lo posible es mejor demandar a las dos partes; al deudor y al obligado solidariamente.

Prescripción de los derechos laborales.

Los derechos laborales prescriben si el trabajador no reclama su derecho dentro de la oportunidad que le confiere la ley.

Término general de prescripción de los derechos laborales.

Los derechos laborales contemplados por el código sustantivo del trabajo



colombiano prescriben a los tres años de haberse causado.

Los derechos que adquieren un trabajador como producto de una relación laboral en los términos del código sustantivo del trabajo, no son eternos, sino que prescriben tres años después de haberse causado o adquirido; así lo contempla el artículo 488 del mismo código.

La prescripción implica la pérdida del derecho por parte del trabajador y la cesación de la obligación por parte del empleador puesto que se pierde la oportunidad para reclamarlos judicialmente.

Computo del término de prescripción.

El término de prescripción de 3 años inicia a contarse desde el momento en que el derecho es exigible para el trabajador, fecha que puede ser diferente a la fecha en que se causa el derecho como veremos más adelante.

Prescripción de sueldos o salarios.

El salario se hace exigible una vez haya terminado el periodo de trabajo pactado, el cual puede ser diario, semanal, quincenal o mensual. Es decir que la prescripción empieza a correr al día siguiente del vencimiento del plazo para pagar el salario.

Si el sueldo debió pagarse el último día del mes, desde el primer día del siguiente mes inicia el término de prescripción para el salario de cada mes, por lo tanto, cada mes es independiente, y por cada sueldo mensual se computa el término de la prescripción.



Prescripción de los recargos por trabajo extra o nocturno.

Si bien estos conceptos hacer parte del salario, su término de prescripción cambia en vista que el pago de estos no se hace exigible sino en el mes o periodo siguiente al que se causan.

Así lo dice expresamente el numeral 2 del artículo 134 del código sustantivo del trabajo:

«El pago del trabajo suplementario o de horas extras y el del recargo por trabajo nocturno debe efectuarse junto con el salario ordinario del periodo en que se han causado, o a más tardar con el salario del periodo siguiente.»

La norma le está dando un periodo de pago de plazo al empleador paga pagar esos conceptos, de manera que, si bien ese derecho se causa en el mes o periodo en que se ejecuta el trabajo, para el trabajador sólo es exigible cuando venza el plazo que el empleador tienen para pagarlo, que es el periodo siguiente, es decir, el mes siguiente si es que el periodo de pago es mensual. Si el periodo de pago es quincenal, el plazo para pagarlos es la siguiente quincena, y es allí cuando inicia el computo del término de la prescripción.

Prescripción de las prestaciones sociales.

El término de prescripción de las prestaciones sociales es de 3 años, pero por la fecha en que se hacen exigibles cambia su conteo, toda vez que el trabajador no las puede exigir judicialmente sino cuando ha surgido la obligación del empleador de pagarlas o reconocerlas.



Prescripción de la prima de servicios.

La prima de servicios debe ser pagada en dos cuotas, una en junio y otra el 20 de diciembre. Quiere decir esto que en la prima que ha de ser pagada en junio, la prescripción se empieza a contar desde el 01 de julio, y en la prima que se debe pagar a más tardar el 20 de diciembre, la prescripción empieza a contarse desde el 21 de diciembre.

Antes de esas fechas el pago de la prima de servicios no se puede exigir, y así lo recuerda la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 43894 del 10 de junio de 2015 con ponencia del magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas:

«No la casa en lo demás por cuanto como quedó dicho, respecto de las primas de servicios y los intereses a las cesantías, que fueron las otras dos condenas impuestas por el Ad quem, el término de prescripción sí se cuenta desde su respectiva causación, tal y como se hizo en la sentencia acusada, y en esa medida no erró en la exégesis de la norma acusada.»

En esa sentencia la Corte declara que en la prescripción de la prima de servicios el término de prescripción no se cuenta desde la terminación del contrato, sino cuando se causa durante la ejecución de este, que son las fechas en que se debe pagar la prima de servicios al trabajador.

Prescripción de las cesantías.

Contempla el 249 del código sustantivo del trabajo que, al término del contrato de trabajo, el empleador está obligado a pagarle al trabajador un mes de salario por cada año trabajado o proporcional si el tiempo fuere inferior a un año.



Quiere decir esto que las cesantías son exigibles por parte del trabajador al momento de terminar el contrato de trabajo, por lo que la prescripción empezará a correr a partir del día siguiente a la terminación del contrato de trabajo.

Si bien cada año el empleador debe consignar las cesantías al fondo de cesantías, estas no prescriben año a año, puesto que no se le están pagando al trabajador, sino que son consignadas a un tercero para que las gestione en lugar de la empresa, de suerte que las cesantías anualizadas no están sometidas al fenómeno de la prescripción; las que prescriben son las cesantías definitivas.

Así lo deja claro la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 67636 del 21 de noviembre de 2018 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

«No obstante, en atención a que la accionada formuló la excepción de prescripción, respecto de las cesantías, es preciso indicar que de acuerdo con la doctrina de esta Corporación, durante la vigencia del contrato no opera tal fenómeno extintivo de esa obligación, toda vez que dicha prestación se hace exigible a la terminación del vínculo laboral.»

Y en sentencia dijo 46704 del 26 de octubre de 2016 dijo:

«En este punto debe aclararse, que las cesantías así se tengan que consignar anualmente en un fondo de pensiones, se hacen exigibles a la terminación del contrato de trabajo, ya que por la naturaleza y finalidad de esta prestación social, destinada a atenuar las vicisitudes que pudieren sobrevenir de la condición de cesante en que pudiera encontrarse el trabajador, solo a la finalización del vínculo aquél



podría beneficiarse sin las limitaciones exigidas en los casos en que durante la vigencia de la relación laboral necesitara anticipos parciales o préstamos sobre las mismas, lo que significa que desde el día siguiente a culminarse el contrato resulta dable contar con la efectiva libertad de disposición.»

Es claro que derecho al pago del auxilio de cesantía se hace exigible sólo cuando termina el contrato de trabajo y es a partir de ese momento en que empieza a correr el término de la prescripción.

Prescripción de los intereses sobre las cesantías.

En los intereses sobre las cesantías la prescripción trienal empieza a contarse desde la fecha vence el plazo para que el empleador los pague al trabajador.

Recordemos que esa fecha es el 31 de enero, de modo que a partir de allí empieza a correr el término de prescripción de los intereses sobre cesantías, obligación que es anual de modo que cada año es independiente.

Es el criterio de la sala laboral de la Corte suprema de justicia que se encuentra en la sentencia 43894 del 10 de junio de 2015 antes referida.

Es importante precisar que cuando se liquida el contrato de trabajo se deben pagar al trabajador los intereses sobre cesantías que se adeuden a esa fecha, y cuando este es el caso, la prescripción se cuenta desde la fecha de la terminación del contrato.

Recordemos que los intereses sobre cesantías tienen diferentes fechas de pago como lo establece el artículo 2 de la ley 52 de 1975:

«Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el



mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.»

Dependiendo de la fecha en que nace la obligación de pagar los intereses sobre las cesantías así mismo inicia el conteo del término de prescripción.

Prescripción de la indemnización moratoria por no consignar las cesantías.

La indemnización moratoria por no consignar las cesantías prescribe a los 3 años contados desde la fecha en que se causó la mora, es decir, el 15 de febrero de cada año, fecha en que venció el plazo para consignar las cesantías.

El pago de la indemnización moratoria surge desde el mismo momento en que se causa la mora en la consignación de las cesantías, y debe ser reclamada desde esa fecha, lo que ningún trabajador hace mientras esté vigente la relación laboral, razón por la que algunos jueces reconocían el inicio de la prescripción sólo desde la finalización del contrato de trabajo postura que no reconoce el Consejo de estado y que podemos aplicar por analogía en el derecho privado.

Prescripción de las vacaciones.

Las vacaciones tienen un tratamiento ligeramente diferente a los otros derechos, puesto que estas se causan al cumplir un año de servicios, poro



solo son exigibles un año después, de suerte que la prescripción empieza a correr un año después de su causación.

Recordemos que las vacaciones deben ser otorgadas dentro del año siguiente a aquel en que se obtuvo el derecho a disfrutarlas, pero es facultad exclusiva del empleador otorgarlas.

El trabajador sólo las puede exigir una vez haya pasado un año de haberse causado el derecho, por lo que se puede decir que, en el caso de las vacaciones, la prescripción es de 4 años contados a partir de la fecha de la obtención del derecho a disfrutarlas, y ese derecho surge al cumplir un año de trabajo.

En ese sentido se pronunció la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 46704 del 26 de octubre de 2016 con ponencia del magistrado Gerardo Botero Zuluaga:

«... no se encuentran afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción salvo las vacaciones cuya reclamación implica la pérdida del derecho del trabajador a disfrutar o compensar las correspondientes a los años que excedan de cuatro, pues las mismas son exigibles hasta cuando venza el año que tiene el empleador para concederlas.»

Es claro que la vacaciones prescriben luego de 4 años de causadas y no reclamadas.

Prescripción de la compensación en dinero de las vacaciones.

Tratándose de la compensación de las vacaciones en dinero, derecho que



surge a la terminación del contrato respecto a las vacaciones no disfrutadas, la prescripción se cuenta precisamente desde la terminación del contrato.

Así lo dice la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 39023 del 14 de agosto de 2013:

«Además de ello, esta Sala de la Corte ha sostenido que la compensación en dinero de las vacaciones, que es la que se amolda a las pretensiones de la demanda, se hace exigible desde la misma terminación del contrato de trabajo y, por lo mismo, desde allí comienza a contarse el término para la prescripción.»

Esta es un criterio jurisprudencial que la Corte ha mantenido históricamente y que resulta lógico, por cuanto terminado el contrato es que surge el derecho del trabajador a que se le compensen en dinero las vacaciones que no alcanzó a disfrutar como consecuencia de la terminación del vínculo laboral.

Prescripción de la indemnización moratoria por el no pago de la liquidación del contrato de trabajo.

Al terminar el contrato de trabajo, dice el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, se debe pagar todo lo adeudado al trabajador, y que, de no hacerse en ese término, se ha de pagar la indemnización por mora en el pago de tales acreencias.

La prescripción de esta indemnización es de tres años contados a partir del día siguiente en que termina el contrato de trabajo.



Prescripción de la acción de reintegro.

Cuando un trabajador es despedido ilegalmente pude demandar al empleador para que un juez ordene el reintegro, y como todo derecho laboral, la acción de reintegro está sujeta a la prescripción que es de 3 años.

Así lo confirma la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 59273 del 3 de octubre de 2018 con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno:

«Sin embargo, el reintegro al cargo en sí mismo considerado prescribe según la regla general de las leyes sociales, que disponen, sin exclusión alguna, que los derechos prescriben, por regla general, en tres años, de manera que, con independencia del fundamento que se haga valer para sostener que el despido es ilegal, incluyendo en ese fundamento la ineeficacia o la nulidad de la desvinculación, el derecho al reintegro que se invoque como consecuencia de esa ineeficacia está condicionado, para su reconocimiento judicial, al término extintivo que la ley determine.

Si las leyes sobre prescripción o la naturaleza de la pretensión no permiten excluir de los efectos extintivos al reintegro, nada puede decir en contrario el intérprete.»

En el pasado la prescripción de la acción de reintegro era de 3 meses, término que fue derogado por la ley 50 de 1990, y mantuvo vigente los 3 meses sólo para los trabajadores que a la entrada en vigencia de la ley 50 de 1990 tuvieran más de 10 años de servicio, como lo señala la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 49911 del 9 de agosto de 2017 con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruiz.



Prescripción de los derechos laborales un contrato de trabajo realidad.

Cuando un juez declara la existencia de un contrato de trabajo realidad surge la duda respecto del momento en que debe contarse el término de la prescripción, si desde la terminación de la relación contractual o desde la sentencia que declara la existencia del contrato de trabajo.

Al respecto la sala laboral de la Corte suprema de justicia se pronunció en sentencia 59273 del 3 de octubre de 2018 con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno:

«En este caso, aunque el planteamiento no es muy claro, la censura sugiere, por una parte, que una obligación no se hace exigible hasta tanto no es declarada por el juez del trabajo, cuestión que ha sido negada por esta Corte, al precisar que las sentencias que declaran un contrato de trabajo en la realidad no tienen un efecto constitutivo sino declarativo.»

Es abundante la jurisprudencia de la Corte suprema de justicia en el sentido de que la prescripción de los derechos laborales surgidos de la declaración de un contrato de trabajo realidad, la prescripción empieza a contarse desde el momento mismo en que se causa el derecho o se termina la relación contractual que fue declarada como una relación laboral.

Esto obliga a que el trabajador actúe con rapidez, pues una vez desvinculado tiene 3 años para reclamar cualquier derecho.

Prescripción de las pensiones.

El derecho a la pensión es imprescriptible, y esa ha sido la posición de la



Cortes suprema de justicia desde tiempos antiguos, por lo esta puede ser reclamada en cualquier tiempo.

Es así por ser un derecho fundamental que no puede ser cercenado de ningún modo.

Prescripción de la reliquidación de la pensión.

El derecho a reliquidar la pensión no prescribe, entendiendo la reliquidación como la inclusión de nuevos factores salariales que incrementarán el ingreso base de liquidación de la pensión que a su vez incrementará la mesada pensional.

Al respecto la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 57644 del 10 de octubre de 2018 con ponencia del magistrado Fernando Castillo Cadena señaló:

«Sentado lo anterior, se impone precisar que la Sala cambió la tesis expuesta en la sentencia CSJ SL, del 15 julio de 2003, radicado 19557 y reiterada en fallos ulteriores desde el año 2003, que sirvieron de base para proferir el fallo de segunda instancia, para señalar, en su lugar, que la acción encaminada a obtener el reajuste de la pensión por inclusión de factores salariales, no está sujeta a las reglas de prescripción, razón por la cual, las personas tienen el poder jurídico de demandar en cualquier tiempo la revisión de sus pensiones.»

Tampoco prescribe el cálculo actuarial como lo señala la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 71716 del 28 de noviembre de 2018 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

«Sobre este puntual aspecto, se advierte que no es de recibo el



planteamiento referente a que la obligación de pagar el cálculo actuarial se vio afectada por el fenómeno de la prescripción, toda vez que esta Sala de la Corte ha sostenido de manera pacífica y reiterada que el pago de los títulos pensionales a transferir son imprescriptibles, en la medida que forman parte del capital indispensable para el reconocimiento de la pensión, la cual es de carácter vitalicio.»

Se debe precisar que los pagos de los mayores valores de la mesada pensional que se reliquiden sí están sujetos a la prescripción de 3 años, pues corren la misma suerte que las mesadas pensionales que a continuación se abordan.

Prescripción de los aportes o cotizaciones a pensión.

Los aportes o cotizaciones a pensión no prescriben. Así lo tiene dictado la Corte suprema de justicia pues considera que forman parte de la construcción de la pensión que ya sabemos es imprescriptible.

Al respecto hay señalado la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia:

«Tras dicha reflexión, a no dudarlo, el Tribunal incurrió en los errores jurídicos que denuncia la censura, porque, en primer término, se valió de un precedente que no resultaba aplicable a la situación en disputa y, en segundo lugar, desconoció que, en tratándose de aportes pensionales omitidos, en tanto se constituyen como parte fundamental para la financiación y consolidación del derecho a la pensión, no resulta dable aplicar la prescripción sobre el derecho, como tal, sino tan solo sobre las mesadas o eventuales reajustes dejados de cobrar oportunamente.»



Más adelante señala la corte que:

«la Corte ha sostenido que mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, no está sometida a prescripción.»

Cuando se omite realizar las cotizaciones a pensión, se puede reclamar su pago en cualquier tiempo por medio de la figura del cálculo actuarial.

Prescripción de los honorarios derivados de un contrato de servicio.

Cuando se trata de reclamar el pago de honorarios derivados de un contrato de prestación de servicios se aplican las normas procesales laborales lo que incluye también el término de prescripción, de modo que este será de 3 años.

Al respecto la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 33330 del 14 de marzo de 2018 con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno señaló:

«En lo que al ámbito jurídico concierne, resulta necesario destacar que, en reciente decisión, esta sala de la Corte precisó que los asuntos relacionados con el reconocimiento de honorarios causados por servicios profesionales de carácter privado debían tramitarse por los ritos del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, «... incluyendo, como se dijo, lo atinente al término de prescripción, aun cuando la relación jurídico-sustancial que aflore del convenio suscrito entre las partes encuentre vadero en las disposiciones del Código Civil.»

En el caso de los honorarios, por remisión al código civil en lo pertinente a la



prescripción, en especial a la interrupción de esta, tiene un tratamiento especial que señala la corte en la misma sentencia 44676 del 8 de febrero de 2017 con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno:

«En dicha decisión también se reconoció que, en todo caso, en estos asuntos, por la remisión autorizada en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, era posible acudir al artículo 2539 del Código Civil, que regula la interrupción natural de la prescripción por el deudor, «...según lo cual cuando el deudor, en un acto voluntario e inequívoco, reconoce tácita o expresamente la obligación, la prescripción se entiende interrumpida, a partir de ese instante...», además de que dicha regla no era incompatible con la interrupción de la prescripción por el acreedor, a través de reclamo escrito, fórmula ésta que, eso sí, era viable «...por una sola vez...»»

Es decir que tratándose de la reclamación de honorarios la prescripción tiene una forma más de interrupción y es la que sucede por el reconocimiento tácito o expreso de la obligación.

Interrupción de la prescripción de los derechos laborales.

La prescripción de los tres años puede ser interrumpida en los términos de los artículos 499 del código sustantivo del trabajo y del 151 del Código Procesal del Trabajo.

Esta interrupción sucede con la simple presentación de un escrito de reclamo al empleador, y hará que la prescripción de los tres años inicie a contar de nuevo.



Naturalmente que el escrito de reclamación del derecho al empleador debe presentarse antes de que prescriba el derecho, esto es, antes de los 3 años de haberse hecho exigible el derecho reclamado.

La prescripción también se interrumpe con la presentación de la demanda en los términos del artículo 94 del código general del proceso.

Diligencia de descargos.

La diligencia de descargos es el mecanismo que permite al trabajador ejercer su derecho de defensa cuando el empleador le inicia un proceso disciplinario o sancionatorio, en el cual el empleado puede controvertir los hechos o faltas que se le imputan.

Diligencia de descargos en los procedimientos disciplinarios laborales.

Cuando el trabajador incurre en una falta por la cual se le pretende sancionar, previamente se le debe citar a una diligencia de descargos para que el trabajador tenga la oportunidad de exponer su versión y presentar pruebas para controvertir las acusaciones que se le plantean en el llamamiento a descargos.

La ley faculta al empleador para que imponga sanciones disciplinarias al trabajador, siempre que estén contempladas en el reglamento de trabajo o en el contrato de trabajo, sanciones que pueden ser la suspensión del trabajador, la imposición de multas o llamados de atención con copia o no a la hoja de vida.



Las anteriores sanciones no se pueden imponer sin haber brindado al empleado la posibilidad de defenderse. Así lo exige expresamente el artículo 115 del código sustantivo del trabajo, y precisa que sin ese requisito no tiene efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga.

Requisitos de la diligencia de descargos.

Para que la diligencia de descargos cumpla con su finalidad deben cumplir unos requisitos mínimos que podemos resumir:

Notificación al trabajador del llamamiento a descargos.

- Dar a conocer al trabajador los motivos o razones del llamamiento a descargos.
- Se requiere que el trabajador presente descargos acompañado de dos representantes del sindicato si lo hay, o de dos compañeros de trabajo en caso de que no exista un sindicato.
- El levantamiento de un acta de descargos que contenga lo desarrollado en la diligencia.

No se requiere representación de abogado para la diligencia de descargos.

En la diligencia de descargos tanto el empleador como el trabajador pueden presentar pruebas y testigos.

Si la norma convencional (reglamento, convención colectiva, etc.) fija un procedimiento especial para el llamamiento a descargos, se debe proceder según lo contemplado en ella.



Motivación del llamamiento a descargos.

El llamamiento a descargos debe contener los hechos o conductas que se imputan al trabajador, pues el derecho a la defensa se puede ejercer sólo si el trabajador conoce lo que se le imputa.

Si bien la ley no dispone que el llamamiento a descargos debe ser motivado, es apenas obvio que se le debe notificar al trabajador las causas y razones por las cuales se le cita a descargos, y esa notificación debe ser previa y con la suficiente antelación para que el trabajador tenga un tiempo razonable para preparar sus argumentos y pruebas en su favor.

La citación a descargos debe contener las razones, causas o motivos, pero no es obligatorio que se señalan las normas legales o convencionales que fueron violadas por el trabajador, a no ser que exista una norma convencional que expresamente contempla tal obligación como claramente lo señaló la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 41073 del 5 de abril de 2011 con ponencia del magistrado Camilo Tarquino.

Inmediatez entre la falta y la citación a descargos.

La citación a descargos debe guardar una relación de inmediatez entre el suceso de los hechos y la citación a descargos.

Esa inmediatez es necesaria para que se estuture el nexo causal entre la ocurrencia del hecho sancionable y la sanción impuesta, pues debe haber certeza sobre la razón o causa por la cual se sanciona al trabajador, y ese nexo se diluye si la citación a descargos se envía mucho tiempo después de ocurrido los hechos.

Se precisa que la inmediatez se debe determinar con referencia a la fecha en



que el empleador tiene conocimiento de la falta, y no desde la fecha en que el trabajador comete la falta.

Diligencia de descargos en el despido por justa causa.

Cuando el trabajador no va a ser sancionado o multado sino despedido por una justa causa, la diligencia de descargos no siempre es obligatoria.

Esto debido a que históricamente la Corte suprema de justicia ha sostenido que el despido o terminación del contrato por justa causa no es una sanción disciplinaria y en ese sentido no es necesario que la empresa llame a descargos al trabajador antes de despedirlo, pues la ley no contempla ese requisito.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 45148 del 5 de noviembre de 2014 con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos señaló lo siguiente:

«Es decir que, para la protección del derecho de defensa al trabajador, conforme al Parágrafo del artículo 62 del CST, salvo norma interna de la empresa que establezca un procedimiento para el despido, lo mínimo legalmente exigible es que, al momento del retiro, se le haga saber a este los motivos y razones concretas del despido, que se suponen han sido previamente establecidas por el empleador, con o sin descargos del trabajador, y que, en todo caso, este haya tenido la oportunidad de conocer y controvertir los hechos que pueden ser constitutivos de la resolución del contrato con justa causa; esa oportunidad de contradicción no se surte necesaria o únicamente con una citación a descargos, pero si ha de facilitarse previamente al despido; es decir que el trabajador, por lo menos, conozca, con



anterioridad a la terminación de la relación, los hechos generadores de la decisión de rompimiento del vínculo, y la contradicción se puede hacer de cualquier forma ante el empleador, o directamente en el debate judicial, a elección del trabajador, si él tiene el convencimiento de que no se dio la justa causa de despido; evento este último, donde el empleador tiene la carga de demostrar la veracidad y la legalidad de las acusaciones hechas en contra del trabajador, y, para tal efecto, cobra especial relevancia las pruebas de la indagación previa al despido realizada por el propio empleador, pues si no las tiene difícilmente podrá probar la justa causa, y, de no hacerlo, se hace merecedor de las debidas consecuencias jurídicas pertinentes.»

Esta posición jurisprudencial fue reiterada en sentencia 58083 del 24 de abril de 2018 con ponencia del magistrado Rafel Brito.

La citación a descargos cuando se despidió el trabajador es necesaria sólo en los casos en que una norma interna de la empresa lo haya considerado, como el reglamento de trabajo, una convención colectiva o en el mismo contrato individual de trabajo. De ser ese el caso, es obligatorio citar a descargos al trabajador en los términos de la norma convencional, pues si no se hace el despido será ilegal.

Quedando claro que la ley no exige que para despedir al trabajador por justa causa se le deba citar a descargos, tal diligencia no es necesaria, pero no obstante se recomienda que en todo caso se cite a descargos al trabajador antes de despedirlo con el fin de evitar desgastes innecesarios en un eventual proceso judicial.

Hay muchos trabajadores que demandan al empleador basados únicamente en que se les violó el derecho a la defensa por no haber sido citados a



descargos, lo que como quedó claro no es necesario, por lo tanto la demanda difícilmente tocará buen puerto pero sí genera un desgaste que puede ser evitable con una diligencia de descargos, que como ya anotamos en otro editorial, es, por lo general, un saludo a la bandera puesto que sólo es un requisito formal que en muchos casos no cambia la decisión del empleador que ya ha sido tomada previamente a la citación a descargos.

En consecuencia, la recomendación es citar a descargos al trabajador antes del despido para evitar demandas innecesarias.

Carta de despido del trabajador.

Para despedir un trabajador lo correcto es pasarle una carta o nota de despido que cumpla con los requisitos de ley que a continuación señalamos.

Requisitos que debe tener la carta de despido.

El único requisito que debe contener la carta de despido es el señalado en el parágrafo único del artículo 62 del código sustantivo de trabajo que señala lo siguiente:

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

Es decir que la carta de despido debe señalar las razones puntuales y concretas por las cuales el empleador despide al trabajador.

Si el despido es por una justa causa, en la carta de despido se deben indicar



o señalar las causas que a juicio del empleador dieron motivo al despido.

La forma en que el empleador debe informar al trabajador las causas o razones de su despido.

Ha quedado claro que en la carta de despido se le debe informar al trabajador las causas, razones o motivos del despido, y ello exige que el empleador las señale de forma puntual, precisa y concreta de manera que se puedan identificar claramente y no se confundan con otras.

Así lo deja claro la sala laboral de la Corte suprema de justicia en la sentencia 38872 del 23 de marzo de 2011 con ponencia del magistrado Carlos Ernesto Molina:

«Si fuera permisible en la carta de despido se enumeran las causales genéricas que traen el código o una determinada disposición para dar por fenecido justamente el contrato de trabajo, tendría la parte que despidió tanta amplitud para hacer encajar dentro de esas causales y ya en el juicio, cualquier comportamiento, actitud o manifestación de la parte afectada, que podría equivaler a justificar el despido con posterioridad a su realización, lo cual es a todas luces inadmisible.”

(...)

En efecto, entiende esta Corporación que el trabajador tiene derecho a conocer con precisión los hechos que soportan la decisión de la empresa porque tal y como lo han sostenido la jurisprudencia y la doctrina, las finalidades de la norma se concretan en dos sentidos: uno, para quien toma la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo que consiste en la imposibilidad de aducir con



posterioridad causales o motivos diferentes y, otro, para la parte afectada quien tiene derecho a conocerlas antes de un eventual debate judicial para controvertirlas, sin que se le pueda sorprender en el proceso con otras nuevas y desconocidas.»

La carta de despido no puede exponer razones genéricas, y no sólo eso, debe especificar el modo, tiempo y lugar de los hechos cuando fuere el caso.

Para ilustrar lo anterior resulta oportuno señalar el caso estudiado por la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 45977 del 25 de enero de 2017 donde el empleador en la carta de despido alega un hecho específico, y en juicio el tribunal termina decidiendo sobre uno distinto:

«La carta de despido que corre a fls. 4 y 64 del cuaderno principal, que se mencionó en el trámite de la sustentación del cargo fue mal apreciada por el tribunal, en la medida que de su texto no es dable extraer que la empleadora le hubiera endilgado al demandante cualquier ausencia injustificada y menos que haya abandonado su sitio de trabajo en una hora distinta a la de la 1 p.m. del día 9 de noviembre de 2001, como equivocadamente lo quiere hacer notar dicho juzgador.

(...)

Acá debe recalcarse que el tribunal si modificó los hechos invocados en la carta de despido como lo argumenta el censor, pues cualquier otra ausencia diferente a la atribuida para atender a la paciente de urgencias a la hora de la 1:00 p.m. ataña a otra conducta, que debió alegarse por el empleador demandado oportunamente y no lo hizo»

En lo posible en la carta de despido se debe indicar la fecha y hora en que se



incurre en la justa causa, y si esa misma falta se repite en una fecha o momento diferente, también se debe incluir en la carta pues de no hacerlo no se puede alegar.

De allí la necesidad de ser enumerar de forma concreta y detallada las causas que se le enrostra al trabajador como justificación para el despido.

La carta de despido no debe contener las normas o leyes que sustentan el despido.

La norma exige que la carta de despido deba incluir las causas por las que se despidió al trabajador, pero no exige que se sustente legalmente el despido del trabajador.

Al respecto señaló la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 45034 del 26 de noviembre de 2014 con ponencia del magistrado Carlos Ernesto Molina:

«En este asunto, desde una perspectiva meramente jurídica, el Tribunal no debió tener como una exigencia legal para la validez del despido, que el empleador tuviera necesariamente que citar en la carta de despido el precepto legal que enmarque la conducta del trabajador en una causal de terminación del contrato de trabajo, pues bastaba la descripción de los hechos imputados para despedir al trabajador como en este caso ocurrió.»

Es claro que la única obligación del empleador es señalar o citar las causas o razones del despido, más no señalar las normas legales en las que sustenta el despido, por lo que no se requiere hacerlo, aunque si lo hace no tiene efecto jurídico alguno.



La carta de despido no prueba la justa causa para el despido.

La carta de despido si bien debe señalar las causas o razones para el despido, lo que implica señalar o enumerar esas justas causa, no prueba que esas causas son ciertas o que ocurrieron.

Frente a este tema se pronunció la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 64659 del 3 de mayo de 2018 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

«En tal sentido, esta Corte ha señalado que quien dimite de un empleo tiene pleno derecho para redactar a su albedrío la comunicación correspondiente. También tiene adoctrinado que la carta de terminación debe contener las razones o motivos aducidos por el empleador o trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, lo cual no significa que los hechos en ella expuestos hayan ocurrido de esa manera. Entonces, el escrito prueba la terminación unilateral del contrato de trabajo, pero no la justificación del mismo y es el juez, por el sendero procesal, quien determina si los supuestos fácticos en que se funda la decisión constituyen o no justa causa.»

Como se dice popularmente, el papel puede con todo, y colocar en la carta de despido las causas de este es apenas un formalismo que no prueba nada distinto al cumplimiento del requisito que exige el parágrafo único del artículo 62 del código sustantivo del trabajo.

En definitiva, la carta de despido lo único que prueba es el despido, tal como lo señala la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 41889 del 12 de febrero de 2014 con ponencia de la magistrada Elsy del Pilar Cuello:

«Con todo, cumple reiterar que la jurisprudencia de esta Sala ha



explicado que el documento por medio del cual se le comunica a un trabajador la terminación de su contrato de trabajo no puede servir de prueba de los hechos que allí se le hayan endilgado, pues solo acredita de quien provino la iniciativa del fenecimiento del vínculo y cuáles fueron las razones que se expusieron para adoptar dicha determinación, que fue lo que dedujo acertadamente el sentenciador de alzada.»

Es claro que la carta de despido sirve para probar que el trabajador fue despedido por el empleador alegando unas justas causas determinadas, que luego tendrán que ser probadas en un proceso judicial si el trabajador despedido decidiera demandar, ya que esta por sí misma no tiene ningún valor probatorio para acreditar las justas causas alegadas.

Consecuencias de no motivar la carta de despido.

Hasta aquí ha quedado claro que es necesario motivar la carta de despido (exponer los motivos del despido), y si el empleador no lo hace, limitándose a notificar el despido sin explicar el por qué, la consecuencia no es otra que la dispuesta por la ley:

«Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.»

Es decir que, si no incluye ningún motivo o causa en la carta de despido, no puede alegar ninguna en caso de que el trabajador lo demande.

Esto equivale a reconocer un despido sin justa causa. Una carta de despido sin motivación se convierte en una confesión de parte sobre que el despido fue injusto.



Se precisa que las consecuencias de la falta de notificación de las causas del despido convierten el despido en injusto más no en ilegal, como lo señala la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia de febrero 17 de 2009, expediente 33758:

«Ya la Sala en otras oportunidades, al establecer la diferenciación entre el despido ilegal y el injusto, precisó que si se omite señalar la causal o el motivo por parte del empleador para desvincular a un trabajador, el despido resulta injusto. Así se indicó en la sentencia del 16 de mayo de 2001, radicación 14777, en la que se dijo: "Considera la Sala que si la ley reviste de ciertas formas un acto de tanta trascendencia como es la terminación del contrato por decisión unilateral de las partes, si ellas no se cumplen la terminación así producida no puede considerarse como justa, porque tales formas son consustanciales a la calificación del despido. Así, por ejemplo, si se omite la manifestación a la otra parte de la causal o motivo que determina la decisión unilateral para terminar el vínculo contractual, la terminación del vínculo laboral se ha considerado siempre como injusta, aún cuando se compruebe con posterioridad la existencia de una justa causa."»

Esta aclaración resulta pertinente por cuanto las consecuencias del despido injusto pueden ser muy diferentes al despido ilegal.

La motivación de la carta de despido opera sólo cuando el despido es por justa causa.

La motivación de la carta de despido, esto es, la inclusión de las causas del despido es necesaria sólo en los casos en que el empleador aduce una justa



causa para despedir al trabajador, pues en caso de un despido sin justa causa, no hay nada que justificar pues no existe causa distinta a la voluntad del empleador.

En tal caso, el empleador tiene como única obligación el pago de la indemnización por despido injustificado, pues con ello está reconociendo el despido injustificado y asumiendo las consecuencias que la ley le impone.

En tal situación, es innecesario que deba motivar la carta de despido, pues es irrelevante considerando que no existe motivo legal justificable para despedir al trabajador.

Si bien la mera voluntad del empleador es una causa legal para despedir al trabajador, no es una justa causa de las que lo eximen de pagar la indemnización por despido injustificado.

La carta de despido no reemplaza la citación a descargos.

Como ya se ha señalado con anterioridad, un trabajador no debe ser despedido por justa causa sin haberle otorgado previamente la oportunidad de ser escuchado y de ejercer su derecho a la defensa, lo que implica citarlo a descargos, y ese papel no lo cumple la carta de despido, o por lo menos, no es el medio más adecuado para hacerlo.

Frente a este tema resulta oportuno transcribir lo dicho por la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 45034 del 26 de noviembre de 2014 con ponencia del magistrado Carlos Ernesto Molina:

«En cuanto al tercer punto que tiene que ver con la obligación establecida en el parágrafo del art. 7º del D.2351/1965 que reza: (...),



lo primero que hay que advertir es que el legislador no previó un modo específico para cumplirla y, en estas condiciones, es al Juez, en cada caso concreto, a quien le corresponde determinar si la carta de despido cumple con los postulados de probidad y lealtad contractual a fin de permitirle conocer al trabajador oportunamente los hechos o motivos que generaron su desvinculación, que garantice su derecho de defensa y contradicción.»

De lo anterior se evidencia que la carta de despido eventualmente puede servir como citación de descargos, pero se debe demostrar que en ocasión a ella el trabajador sí fue escuchado y sí pudo ejercer su derecho a la defensa, pero en vista a que la carta ya incorpora la notificación del despido, se hace difícil probar que se ha respetado el derecho a la defensa del trabajador cuando se ha notificado una decisión ya tomada.

En consecuencia, lo correcto es citar a descargos al trabajador y una vez surtido ese proceso notificar la carta de despido. Esa separación de procedimientos facilita probar que el debido proceso y el derecho a la defensa fueron respetados.

En una demanda el juez debe pronunciarse sobre los hechos contenidos en la carta de despido.

Si el trabajador despedido decide demandar al empleador, el juez debe pronunciarse únicamente sobre los hechos imputados al trabajador en la carta de despido.

Así como la ley prohíbe al empleador alegar motivos distintos a los señalados en la carta de despido, el juez laboral no tiene permitido pronunciarse sobre hechos no contemplados en la carta de despido que son



los que debe evaluar para determinar si el despido fue justo o no.

Al respecto señala la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 45977 del 25 de enero de 2017 con ponencia del magistrado Gerardo Botero Zuluaga:

«Acá debe recalcarse que el tribunal si modificó los hechos invocados en la carta de despido como lo argumenta el censor, pues cualquier otra ausencia diferente a la atribuida para atender a la paciente de urgencias a la hora de la 1:00 p.m. atañe a otra conducta, que debió alegarse por el empleador demandado oportunamente y no lo hizo, ello en acatamiento a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965 que reza: (...) con lo cual se busca que la parte que pone fin a la relación laboral no sorprenda ulteriormente a la otra aduciendo motivos extraños o nuevos como justificativos de la culminación del vínculo, y por tanto no resultaba dable que en este caso dicho juzgador diera por acreditados motivos distintos a los señalados expresamente por la demandada al momento de la extinción del contrato.»

Aquí se advierte la importancia de señalar inequívocamente cada una de las causas del despido del trabajador, pues son esas y no otras las que se deben alegar y probar.

Carta de no renovación del contrato de trabajo es distinta a la carta de despido.

La carta de despido procede cuando el trabajador es despedido en vigencia del contrato de trabajo, más no cuando este ha terminado porque así lo establecieron anticipadamente las partes el firmar el contrato.



En consecuencia, cuando se trata de la terminación del contrato de trabajo a término fijo, y el empleador no quiere renovarlo, lo que debe pasar es una carta de no renovación del contrato, más no una carta de despido.

La carta de no renovación al ser distinta tiene requisitos distintos, y el único requisito es que se notifique al trabajador con una anticipación no inferior a 30 días, y no es requisito incluir en ella las causas por las que no se renueva el contrato, y si se incluyeran, no convierta la carta de renovación en una carta de despido.

Supongamos la siguiente situación:

«Por medio de la presente nos dirigimos a usted con el propósito de informarle la no prórroga del Contrato de Trabajo suscrito entre usted y Avianca, dando con la presente notificación cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por la Ley 50 de 1990, artículo 3. Lo anterior teniendo en cuenta que la empresa considera que usted no ha cumplido a cabalidad con sus funciones»

La anterior notificación de no renovación contiene dos elementos.

- Se notifica a al trabajador de que no le será renovado el contrato de trabajo.
- De forma genérica se le da una explicación o causa.

Pues bien, el tribunal interpretó que no se trató de una carta de no renovación sino de una carta de despido, a lo cual la sala laboral de la Corte suprema de justicia respondió 45364 del 15 de marzo de 2017 con ponencia del magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán:

«Se advierte por la Sala que el texto de la Carta es explícito al enunciar



su propósito de no prórroga del contrato de trabajo de la demandante, contenido que no se altera por una expresión adicional que la ley no prohíbe, pues el artículo 46 del CST no exige formalismo alguno en su construcción. Adicionalmente los demás aspectos probados como la modalidad contractual a terminó fijo, la oportunidad con la que se notifica el aviso a la trabajadora, la constancia de recibo de conformidad (folio 199), no dejan duda alguna del apego de la situación fáctica a los mandatos de la ley laboral contenidos en la norma citada.

El ejercicio de este modo de terminación del contrato de trabajo no prohíbe que se dé una explicación, que en nada afecta el derecho del empleador a terminar un vínculo laboral en la forma establecida previamente por las partes y autorizada por el legislador, ni mucho menos la convierte en una “carta de despido.”

Para evitar este tipo de problemas, la carta de no renovación se debe limitar a notificar al trabajador de que no se le renovará el contrato de trabajo, y no incluir las razones de esa decisión, pues el empleador no está obligado a ello, y hacerlo fue lo que llevó al trabajador a creer que podía demandar al empleador porque creyó que se trataba de un despido y que la carta de quedó mal hecha, para luego de varios años la corte tuviera que decirle que no, que una cosa es no renovar el contrato de trabajo y otra muy distinta es ser despedido.



Carta de renuncia.

El trabajador puede renunciar a su trabajo en cualquier momento y por cualquier razón, y la carta de renuncia es el mecanismo mediante el cual le comunica su decisión el empleador.

¿Es obligatorio presentar la carta de renuncia del trabajo?

La ley no exige a que el trabajador comunique al empleador su decisión de renunciar al contrato de trabajo, por lo tanto, no es obligación hacerlo.

No obstante, si en el contrato de trabajo se pactó la obligación de comunicar al empleador la renuncia con la anticipación acordada, debe hacerlo en honor al compromiso adquirido so pena de asumir las consecuencias pactadas si tal cosa se hubiere pactado.

En todo caso, así no exista la obligación de pasar la carta de renuncia, es de caballeros hacerlo y siempre es positivo terminar las relaciones laborales de buena forma.

Requisitos que debe cumplir la carta de renuncia.

Igual que sucede con la carta de despido al trabajador, en la carta de renuncia el trabajador debe indicar las razones por las que renuncia, en cumplimiento del parágrafo único del artículo 62 del código sustantivo del trabajo.

Es así porque no se puede alegar ninguna causa o razón que no se haya incluido en la carta de renuncia.



El deber del trabajador de motivar la renuncia.

No es que la ley exija incluir en la carta de renuncia las causa o razones o causas de la renuncia, de hecho, ni siquiera exige que se presente la carta de renuncia; lo que la ley dispone es que no se pueden alegar razones o causa distintas a las comunicadas en la carta de renuncia, de manera que, si no hay una carta de renuncia, o existe una, pero sin contener las causas de esa renuncia, simplemente estamos frente a una renuncia voluntaria.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia señala en la sentencia 64659 del 3 de mayo de 2018 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

«En tal sentido, esta Corte ha señalado que quien dimite de un empleo tiene pleno derecho para redactar a su albedrío la comunicación correspondiente. También tiene adoctrinado que la carta de terminación debe contener las razones o motivos aducidos por el empleador o trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, lo cual no significa que los hechos en ella expuestos hayan ocurrido de esa manera. Entonces, el escrito prueba la terminación unilateral del contrato de trabajo, pero no la justificación del mismo y es el juez, por el sendero procesal, quien determina si los supuestos fácticos en que se funda la decisión constituyen o no justa causa.

(...)

Así, dado que el vínculo laboral terminó por iniciativa del promotor del proceso, y como se observó en precedencia, este no cumplió con el deber o la carga procesal de acreditar las supuestas causas que le



endilgó a la empleadora demandada, necesariamente ha de concluirse que el contrato de trabajo feneció por renuncia voluntaria.»

De acuerdo con lo anterior se puede afirmar que la renuncia voluntaria se da en los siguientes casos:

- Cuando no se indican las razones o causas de la renuncia (por que no existen o porque se olvidó incluirlas).
- Porque no se probaron las causas alegadas en la carta de renuncia.

La renuncia voluntaria es una de las formas de terminar un contrato de trabajo, y en tal situación no hay necesidad de motivar la carta de renuncia, excepto por deferencia para con el empleador que le brindó la oportunidad laboral a la que renuncia.

Se deben probar las motivaciones de la carta de renuncia.

En la sentencia previamente referida queda claro que el trabajador puede incluir cualquier cosa que se le ocurra para motivar la carta de renuncia, pero ello no significa que lo consignado allí sea cierto, de manera que le corresponde al trabajador demostrar en juicio que lo dicho en la carta de renuncia es cierto, y en la misma sentencia afirma la corte:

«En efecto, cabe recordar que si es el trabajador quien finaliza el nexo causal con fundamento en el incumplimiento de las obligaciones del empleador, es a este a quien le atañe demostrar ante la autoridad laboral la ocurrencia de los hechos que motivaron la finalización del vínculo, y si los acredita, aquel debe asumir las consecuencias



pertinentes, empero si aquel no logra probar tal incumplimiento, necesariamente la conclusión será que la terminación del contrato de trabajo obedeció a una dejación libre y espontánea.»

Lo anterior es relevante cuando el trabajador alega que la renuncia se debe a la culpa del empleador, pues si el trabajador renuncia libre y espontáneamente no es necesario tal formalismo.

La obligación de probar lo expuesto en la carta de renuncia sólo aplica si el trabajador demanda al empleador por considerar que lo obligó a renunciar, como pasa a explicarse.

Carta de renuncia, renuncia motivada y el despido indirecto.

La carta de renuncia motivada es indispensable para reclamar judicialmente un despido indirecto, pues en ella deben consignarse las causas imputables al empleador por las que el trabajador se ve obligado a renunciar.

Si el trabajador renuncia debido a que el empleador ha incumplido con sus obligaciones o inobservados sus prohibiciones, se entiende que la renuncia es por culpa del empleador, es decir, se trata de una renuncia motivada con justa causa lo que deriva en el despido indirecto.

En tal caso, el trabajador puede demandar al empleador para que el juez declare el despido indirecto, que equivale al despido injusto con las mismas consecuencias.



Situación que deja clara a sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 44057 del 16 de mayo de 2018 con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos:

«Según el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, se indemniza de igual manera el despido sin justa causa decidido por el empleador y la terminación del contrato por parte del trabajador por razones atribuibles al empleador.»

En resumen, el trabajador que presenta la carta de renuncia motivada porque cree que el empleador lo ha obligado a ello por la razón que sea, debe consignar en ella de forma clara, concreta y puntual las razones y causas que motivan la renuncia, pues esas serán las que el juez valore en el proceso judicial que siga a la renuncia.

Aspectos para considerar en la renuncia del trabajador.

La renuncia del trabajador puede ser pacífica o puede ser el preámbulo de un proceso judicial, razón por la que consideramos oportuno abordar algunas situaciones relacionadas con la decisión del trabajador de presentar su carta de renuncia.



Después de la renuncia sigue la liquidación del contrato de trabajo.

Cuando el trabajador renuncia al trabajo le sigue la liquidación del contrato de trabajo, obligación que el empleador debe cumplir sin que tenga incidencia las causas o razones por las que el trabajador renuncia.

Cuando el trabajador presenta la renuncia se deben liquidar y pagar todos los conceptos adeudados al trabajador, excepto la indemnización por despido injustificado, puesto que el trabajador ha renunciado, y si esa renuncia es motivada como ya se explicó, será el juez quien ordene el pago de la indemnización por despido injusto si encuentra probado el despido indirecto.

Ese pago debe hacerse oportunamente, pues en caso de una demanda el empleador puede verse obligado a pagar la indemnización moratoria por no pagar a la fecha de la terminación del contrato todos los valores adeudados al trabajador.

La presentación de la renuncia y la desvinculación del trabajador no requieren ser simultáneas.

Para que la carta de renuncia tenga efecto no es necesario que su presentación sea simultánea con la cesación por parte del trabajador de la prestación de sus servicios a la empresa.

Algunas personas han llegado a concluir que, si el trabajador presenta la carta de renuncia y sigue trabajando uno, dos o más días después de presentar la carta de renuncia, dicha carta queda sin efectos, lo cual no necesariamente es así.



Al respecto la corte suprema de justicia, sala de casación laboral en sentencia del día 15 de marzo de 2000, radicación 12580 hizo la siguiente aclaración:

«Dicho resultado, sin embargo, no es óbice para señalar, ya sin ninguna incidencia en la decisión, la equivocación del Tribunal, pues lo que esta Sala ha sostenido en otras ocasiones, al ventilar situaciones similares a la presente, es que no necesariamente debe haber simultaneidad entre la comunicación de terminación del contrato y el fenecimiento efectivo del vínculo, ya que con frecuencia acontece que entre uno y otro evento pasan varios días, sin que ello signifique por el sólo transcurrir del tiempo la pérdida de eficacia de la primera.»

Es normal que el trabajador trabaje unos días más luego de presentada la carta de renuncia, o luego de finalizada la fecha indicada en la carta de renuncia, para asuntos conocidos como entrega del cargo o para la inducción al empleado que lo reemplaza, etc., situación que no resta eficacia a la decisión comunicada en la carta de renuncia, y para evitar malentendidos, en caso de ser ese el caso se debería dejar por escrito.

Cuando el empleador solicita la carta de renuncia al trabajador.

Suele ocurrir que el empleador en lugar de despedir al trabajador le solicita o hasta le exige que le presente la carta de renuncia, práctica no recomendable.

Exigirle al trabajador que renuncie tiene mucho parecido a despedirlo, y en algunos casos resulta en un despido indirecto si el trabajador procede de la manera adecuada.



Naturalmente que el trabajador se puede negar a presentar la carta de renuncia, y el empleador en tal situación se ve abocado a tomar una de dos decisiones: despedirlo o no.

Si lo despiden será un despido injustificado si no hay una justa causa para el despido.

En algunos casos cuando el trabajador ha incurrido en alguna justa causa y es consciente de ello, si el empleador le exige la renuncia, es viable negociar el retiro que termine siendo un acuerdo de voluntades con lo que se pretende darle un fin amistoso a la relación laboral.

Aquí resulta importante los términos de la carta de renuncia como ya lo vimos.

Se presentan otras situaciones donde el empleador no exige la renuncia, sino que le hace promesas al trabajador, como que le firma un nuevo contrato, o que le cambia el término fijo a indefinido, y no sobra decir que si el trabajador accede a esa propuesta y luego el empleador no cumple, no tiene mucho que hacer por cuanto las promesas del empleador tienen poco valor jurídico, y la solución pasará por probar el engaño el vicio de consentimiento en la voluntad del trabajador, que no es una tarea sencilla.

Implicaciones para el empleador de aceptar la carta de renuncia del trabajador.

¿Para el empleador hay alguna implicación o consecuencia si acepta o no la carta de renuncia que presente el trabajador?



Que el empleador acepte o no la renuncia presentada por el empleado no tiene efecto alguno, por cuanto el trabajador simplemente comunica la renuncia y las razones o causas de ella, y no está pidiendo permiso o autorización para la terminación del contrato de trabajo.

Para que se materialice la finalización del vínculo jurídico creado en torno al contrato de trabajo no hace falta que se acepte la renuncia o el despido, pues estos son hechos definitivos que libremente toma cada una de las partes: el trabajador decide renunciar o el empleador decide despedir al trabajador y no requiere que la otra parte consienta en ello.

La ley no contempló como requisito que se deba aceptar la renuncia para que esta tenga validez.

Si en la carta de renuncia el trabajador imputa justas causas al empleador, que este acepe o no la renuncia en nada afecta la carta de renuncia, pues le corresponde al trabajador probar en juicio lo dicho en la carta y es allí donde se traslada la discusión.

Es importante anotar que la aceptación de la renuncia no es un requisito obligatorio, pero de darse reviste de consensualidad la decisión de renunciar del trabajador, es decir, se convierte en un acuerdo de voluntades respecto a la fecha de finalización del contrato, que sí pasa a tener efectos jurídicos como en seguida se plantea.



Préstamos a trabajadores.

El empleador o la empresa puede hacer préstamos al trabajador para diferentes fines, prestamos que requieren seguir un procedimiento adecuado para evitar futuros problemas con el trabajador.

Legalidad de los préstamos a trabajadores.

Otorgar créditos o préstamos al trabajador no es una obligación del empleador ni un derecho del trabajador, sino una facultad que la norme contempla, para que las partes acuerden los préstamos y las condiciones de estos.

Señala el primer inciso del artículo 151 del código sustantivo del trabajo:

«El empleador y su trabajador podrán acordar por escrito el otorgamiento de préstamos, anticipos, deducciones, retenciones o compensaciones del salario, señalando la cuota objeto de deducción o compensación y el plazo para la amortización gradual de la deuda.»

El otorgamiento de cualquier préstamo debe constar por escrito a fin de ofrecer claridad sobre las condiciones en que se otorga el crédito, y la forma en que el trabajador lo pagará.

Autorización del inspector del trabajo en los préstamos a trabajadores.

La ley no exige la autorización del inspector de trabajo para que el empleador pueda otorgar créditos a sus trabajadores.



No obstante, el inciso segundo del artículo 151 del código sustantivo del trabajo señala que:

«Cuando pese a existir el acuerdo, el empleador modifique las condiciones pactadas, el trabajador podrá acudir ante el inspector de trabajo a efecto de que exija su cumplimiento, so pena de la imposición de sanciones.»

La intervención del inspector de trabajo sea hace necesaria sólo cuando el empleador cambia las condiciones del crédito otorgado, entendiéndose que se hacen en perjuicio del trabajador.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL1264-2018 con ponencia de la magistrada Ana María Muñoz Segura, expresó:

«Esa práctica, que resulta usual en algunos contratos de trabajo, permite al trabajador anticipar su ingreso sin incurrir en los elevados costos que implicaría acudir a otros mecanismos de financiación, y pudo ser la que llevó al legislador a modificar el artículo 151 del estatuto laboral, que hoy en día, sin la intervención de inspectores de trabajo, salvo en el caso que se modifiquen las condiciones pactadas, permite el acuerdo directo entre empleador y trabajador para el otorgamiento de «préstamos, anticipos, deducciones, retenciones y compensaciones de salario».»

En el pasado sí era necesaria la autorización previa del inspector de trabajo para que el empleador pudiera otorgar préstamos al trabajador.



Cobro de intereses en los préstamos a trabajadores.

El artículo 153 del código sustantivo del trabajo prohíbe cobrar intereses por préstamos a los trabajadores que no sean para vivienda:

«Fuera de los casos a que se refiere el artículo anterior, los préstamos o anticipos de salarios que haga el empleador al trabajador no pueden devengar intereses.»

Sin embargo, la Corte suprema de justicia en reiterada jurisprudencia ha señalado que, a pesar de la prohibición legal de cobrar intereses al trabajador, si con ello no se le perjudica, es legal ese cobro.

Por ejemplo, la sala de casación laboral en sentencia SL4613-2019 con ponencia del magistrado Martín Emilio Beltrán Quintero, señala:

«Sobre este aspecto concreto del cobro de intereses por parte del empleador por préstamos otorgados y lo referente a los descuentos que por este concepto se efectuaron por la empleadora, que es el punto sobre el cual se encuentra inconforme el demandante, corresponde señalar que los mismos no están del todo prohibidos, como tampoco el acuerdo a que se llegue para su pago, y mientras no se demuestre que su imposición estaría perjudicando al trabajador, no hay quebrantamiento de los principios y normas protectoras sobre la materia, tal como lo concluyó esta Corporación en sentencia CSJ SL, 19 de mar. 2004, rad. 20151...»

El argumento señalado por la corte en la sentencia rememorada en la sentencia referida es el siguiente:



«No obstante que aplicando los preceptos sustantivos traídos a colación, el actor tendría razón en su reclamo, dentro de un marco de interpretación literal de los mismos, el que no es de recibo, en atención a la época de su redacción y la concepción filosófica que imperaba en 1950; hoy, su concepción ha sido superada con el paso del tiempo, el que impone que al trabajador además de facilitarle la consecución de vivienda, que es por la que propugna el artículo 152 del Código Sustantivo del Trabajo, se le permita y garantice otras líneas de crédito para la adquisición de unos bienes o servicios como la consecución de vehículo y préstamos para educación, que van a mejorar su nivel de vida. Créditos que si son ofrecidos por el empleador en condiciones más ventajosas o al menos iguales a las vigentes en el mercado, no se puede privar al trabajador que tenga acceso a ellos so pretexto de la prohibición del artículo 153 del Estatuto Sustantivo, en cuanto al pacto de intereses, porque en lugar de favorecerlo, por obvias razones se le estaría perjudicando, y ese no es el espíritu de las referidas disposiciones, ni de los artículos 13 y 14 del mismo estatuto.»

Por lo anterior, siempre y cuando los intereses cobrados al trabajador no sean excesivos son permitidos.

Y respecto a qué se consideran intereses excesivos no hay un criterio definido, pero por supuesto que lo son aquellos que superen la tasa de usura, pero lo ideal es cobrar intereses comerciales, es decir, los que regularmente cobra un banco, o incluso menos.



Descuentos de nómina por préstamos al trabajador.

Como lo señala el artículo 151 del código sustantivo del trabajo, el acuerdo sobre el préstamo debe ser por escrito y en él se deben pactar expresamente las condiciones del crédito como el valor de las cuotas, los intereses cobrados, el plazo para pagarlos, y por supuesto, la autorización para hacer el descuento respectivo de la nómina.

La autorización para el descuento de la nómina si bien parece obvia, no se debe suponer, sino que se debe incluir expresamente en el acuerdo escrito, a fin de cumplir con el artículo 149 del código sustantivo del trabajo, que señala en su numeral 1:

«El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. ...»

La autorización debe ser escrita y estar firmada para que el descuento de nómina sea válido.

Préstamos al trabajador a la terminación del contrato de trabajo.

Suele suceder que se le ha hecho un crédito al trabajador para que lo pague en 5 años, por ejemplo, y cuando lleva 3 años pagando es despedido o renuncia. ¿Qué sucede con el saldo pendiente de pago?

En tal caso el empleador puede descontar de la liquidación del trabajador el saldo adeudado, incluso si debe retenerle el 100% del valor de la liquidación.



Al respecto se pronunció la sala labora de la Corte suprema de justicia en sentencia SL868-2020 con ponencia del magistrado Ernesto Forero Vargas:

«Además, ésta Corte igualmente señaló que los descuentos no autorizados por el asalariado no son legales mientras se encuentre vigente la relación laboral, pero una vez ésta termine, no tiene la misma connotación, porque también desparece la garantía para el crédito otorgado por el empleador, que lo es el salario y las prestaciones sociales. En consecuencia, los contratantes vuelven «al plano de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual».»

De manera que así el trabajador no haya autorizado a descontar más de una cuota mensual, al terminar el contrato se pueden descontar de una vez todas las cuotas faltantes.

Sin embargo, lo ideal es que en el acuerdo que se haga por escrito sobre el otorgamiento del crédito se incluya una cláusula donde el trabajador acepte expresamente descontar de su liquidación el saldo insoluto del crédito a la terminación del contrato.

Préstamos a trabajadores.

El empleador o la empresa puede hacer préstamos al trabajador para diferentes fines, prestamos que requieren seguir un procedimiento adecuado para evitar futuros problemas con el trabajador.



Legalidad de los préstamos a trabajadores.

Otorgar créditos o préstamos al trabajador no es una obligación del empleador ni un derecho del trabajador, sino una facultad que la norma contempla, para que las partes acuerden los préstamos y las condiciones de estos.

Señala el primer inciso del artículo 151 del código sustantivo del trabajo:

«El empleador y su trabajador podrán acordar por escrito el otorgamiento de préstamos, anticipos, deducciones, retenciones o compensaciones del salario, señalando la cuota objeto de deducción o compensación y el plazo para la amortización gradual de la deuda.»

El otorgamiento de cualquier préstamo debe constar por escrito a fin de ofrecer claridad sobre las condiciones en que se otorga el crédito, y la forma en que el trabajador lo pagará.

Autorización del inspector del trabajo en los préstamos a trabajadores.

La ley no exige la autorización del inspector de trabajo para que el empleador pueda otorgar créditos a sus trabajadores.

No obstante, el inciso segundo del artículo 151 del código sustantivo del trabajo señala que:

«Cuando pese a existir el acuerdo, el empleador modifique las condiciones pactadas, el trabajador podrá acudir ante el inspector de trabajo a efecto de que exija su cumplimiento, so pena de la imposición de sanciones.»



La intervención del inspector de trabajo sea hace necesaria sólo cuando el empleador cambia las condiciones del crédito otorgado, entendiéndose que se hacen en perjuicio del trabajador.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL1264-2018 con ponencia de la magistrada Ana María Muñoz Segura, expresó:

«Esa práctica, que resulta usual en algunos contratos de trabajo, permite al trabajador anticipar su ingreso sin incurrir en los elevados costos que implicaría acudir a otros mecanismos de financiación, y pudo ser la que llevó al legislador a modificar el artículo 151 del estatuto laboral, que hoy en día, sin la intervención de inspectores de trabajo, salvo en el caso que se modifiquen las condiciones pactadas, permite el acuerdo directo entre empleador y trabajador para el otorgamiento de «préstamos, anticipos, deducciones, retenciones y compensaciones de salario».»

En el pasado sí era necesaria la autorización previa del inspector de trabajo para que el empleador pudiera otorgar préstamos al trabajador.

Cobro de intereses en los préstamos a trabajadores.

El artículo 153 del código sustantivo del trabajo prohíbe cobrar intereses por préstamos a los trabajadores que no sean para vivienda:

«Fuera de los casos a que se refiere el artículo anterior, los préstamos o anticipos de salarios que haga el empleador al trabajador no pueden devengar intereses.»



Sin embargo, la Corte suprema de justicia en reiterada jurisprudencia ha señalado que, a pesar de la prohibición legal de cobrar intereses al trabajador, si con ello no se le perjudica, es legal ese cobro.

Por ejemplo, la sala de casación laboral en sentencia SL4613-2019 con ponencia del magistrado Martín Emilio Beltrán Quintero, señala:

«Sobre este aspecto concreto del cobro de intereses por parte del empleador por préstamos otorgados y lo referente a los descuentos que por este concepto se efectuaron por la empleadora, que es el punto sobre el cual se encuentra inconforme el demandante, corresponde señalar que los mismos no están del todo prohibidos, como tampoco el acuerdo a que se llegue para su pago, y mientras no se demuestre que su imposición estaría perjudicando al trabajador, no hay quebrantamiento de los principios y normas protectoras sobre la materia, tal como lo concluyó esta Corporación en sentencia CSJ SL, 19 de mar. 2004, rad. 20151, reiterada en la CSJ SL, 11 jun. 2008, rad. 33502, cuando puntualizó lo siguiente:»

El argumento señalado por la corte en la sentencia rememorada en la sentencia referida es el siguiente:

«No obstante que aplicando los preceptos sustantivos traídos a colación, el actor tendría razón en su reclamo, dentro de un marco de interpretación literal de los mismos, el que no es de recibo, en atención a la época de su redacción y la concepción filosófica que imperaba en 1950; hoy, su concepción ha sido superada con el paso del tiempo, el que impone que al trabajador además de facilitarle la consecución de vivienda, que es por la que propugna el artículo 152



del Código Sustantivo del Trabajo, se le permita y garantice otras líneas de crédito para la adquisición de unos bienes o servicios como la consecución de vehículo y préstamos para educación, que van a mejorar su nivel de vida. Créditos que si son ofrecidos por el empleador en condiciones más ventajosas o al menos iguales a las vigentes en el mercado, no se puede privar al trabajador que tenga acceso a ellos so pretexto de la prohibición del artículo 153 del Estatuto Sustantivo, en cuanto al pacto de intereses, porque en lugar de favorecerlo, por obvias razones se le estaría perjudicando, y ese no es el espíritu de las referidas disposiciones, ni de los artículos 13 y 14 del mismo estatuto.»

Por lo anterior, siempre y cuando los intereses cobrados al trabajador no sean excesivos son permitidos.

Y respecto a qué se consideran intereses excesivos no hay un criterio definido, pero por supuesto que lo son aquellos que superen la tasa de usura, pero lo ideal es cobrar intereses comerciales, es decir, los que regularmente cobra un banco, o incluso menos.

Descuentos de nómina por préstamos al trabajador.

Como lo señala el artículo 151 del código sustantivo del trabajo, el acuerdo sobre el préstamo debe ser por escrito y en él se deben pactar expresamente las condiciones del crédito como el valor de las cuotas, los intereses cobrados, el plazo para pagarlos, y por supuesto, la autorización para hacer el descuento respectivo de la nómina.



La autorización para el descuento de la nómina si bien parece obvia, no se debe suponer, sino que se debe incluir expresamente en el acuerdo escrito, a fin de cumplir con el artículo 149 del código sustantivo del trabajo, que señala en su numeral 1:

«El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. ...»

La autorización debe ser escrita y estar firmada para que el descuento de nómina sea válido.

Préstamos al trabajador a la terminación del contrato de trabajo.

Suele suceder que se le ha hecho un crédito al trabajador para que lo pague en 5 años, por ejemplo, y cuando lleva 3 años pagando es despedido o renuncia. ¿Qué sucede con el saldo pendiente de pago?

En tal caso el empleador puede descontar de la liquidación del trabajador el saldo adeudado, incluso si debe retenerle el 100% del valor de la liquidación.

Al respecto se pronunció la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL868-2020 con ponencia del magistrado Ernesto Forero Vargas:

«Además, ésta Corte igualmente señaló que los descuentos no autorizados por el asalariado no son legales mientras se encuentre vigente la relación laboral, pero una vez ésta termine, no tiene la misma connotación, porque también desparece la garantía para el crédito otorgado por el empleador, que lo es el salario y las



prestaciones sociales. En consecuencia, los contratantes vuelven «al plano de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual».

De manera que así el trabajador no haya autorizado a descontar más de una cuota mensual, al terminar el contrato se pueden descontar de una vez todas las cuotas faltantes.

Sin embargo, lo ideal es que en el acuerdo que se haga por escrito sobre el otorgamiento del crédito se incluya una cláusula donde el trabajador acepte expresamente descontar de su liquidación el saldo insoluto del crédito a la terminación del contrato.

Contrato de trabajo con vivienda para mayordomos.

Cuando se contrata un mayordomo para una finca necesariamente se le debe suministrar la vivienda, que puede considerarse como un pago en especie, lo que se puede evitar contractualmente.

Suministro de vivienda como pago en especie.

Cuando al trabajador se le suministra la vivienda, si nada se dijo en el contrato, esta se considera como pago en especie adicional al salario que se haya acordado, y como pago en especie se integra al salario como base para el pago de prestaciones sociales y liquidación de los aportes a seguridad social.

Desprevenidamente muchas personas contratan mayordomos para su finca y les dan acceso a la vivienda sin considerar las implicaciones laborales que



ello supone, y el trabajador puede perfectamente demandar a su empleador para que le reconozca prestaciones y seguridad social sobre ese concepto.

En caso de una demanda, el juez reconocerá el suministro de vivienda como un pago en especie y ordenará la reliquidación de prestaciones sociales y de indemnizaciones con base a ese nuevo componente salarial, que se determinará con criterio comercial, que, dependiendo del tipo de finca, puede ser más o menos elevado, teniendo en cuenta que el salario en especie está limitado, por lo que se debe tener en cuenta lo señalado en el numeral 2 del artículo 129 del código sustantivo del trabajo:

«El salario en especie debe valorarse expresamente en todo contrato de trabajo. A falta de estipulación o de acuerdo sobre su valor real se estimará pericialmente, sin que pueda llegar a constituir y conformar más del cincuenta por ciento (50%) de la totalidad del salario.»

Cuando en el contrato no se fija un valor al pago en especie que representa la vivienda, sino que se guarda silencio al respecto, ese valor en especie es determinado mediante peritaje y puede llegar a fijarse hasta en un 50% del valor del salario, lo que dependerá del valor de la finca y de la vivienda suministrada.

No es lo mismo una casa de una finca de estrato 1 que una finca de recreo en Anapoima, Melgar o Girardot.

Cómo excluir del salario la vivienda del mayordomo.

Para evitar lo anteriormente señalado, en el contrato de trabajo que se firme con el mayordomo se debe incluir una cláusula que de forma expresa se



acuerde que el suministro de la vivienda se considera un pago no constitutivo de salario.

La cláusula que se debe incluir en el contrato puede ser algo así:

«Las partes de común acuerdo convienen en que la vivienda, los servicios públicos y la alimentación que llegare a suministrarte el empleador al trabajador no se tendrán en cuenta como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales y las indemnizaciones a que hubiere lugar.»

Es un acuerdo válido que permite al empleador suministrar la vivienda, la alimentación y los servicios públicos sin que constituyan salario para el mayordomo, evitando así pagar prestaciones sociales y seguridad social sobre ellos.

Monto del salario a pagar cuando se excluyen suministros en especie.

Excluir del salario el suministro de vivienda y otras especies implica que se debe pagar en efectivo por lo menos un salario mínimo, pues al excluir la especie del salario, el valor reconocido como salario no puede ser inferior al mínimo.

Si el empleador no quiere pagar el salario mínimo y además suministrar vivienda y alimentación «gratis», entonces deben acordar expresamente que el suministro de esos conceptos constituye pago en especie, dentro de los límites legales.

En consecuencia, se debe elegir una de dos opciones:



- El suministro de vivienda se acuerda como no constitutivo de salario.
- El suministro de vivienda se acuerda como pago en especie fijándole expresamente un valor.

Si se guarda silencio, se considera que el salario del trabajador es el acordado en dinero más el valor de la vivienda que fije un perito en el proceso laboral.

Este es el único elemento especial para tener en cuenta en el contrato de trabajo con mayordomos, pues los demás elementos del contrato son los normales, como funciones, jornada laboral, etc.

¿Es obligatorio entregar el cargo o puesto de trabajo?

Cuando un trabajador renuncia a su trabajo o es despedido, surge la duda de si tiene obligación o no de entregar el cargo o el puesto de trabajo a quien lo reemplazará.

De la obligación de entrega del puesto de trabajo.

En principio la entrega del puesto de trabajo, o el empalme con el trabajador que ocupará el cargo, es una obligación del trabajador, incluso si no se ha pactado en el contrato de trabajo.

La jurisprudencia de Corte suprema de justicia ha señalado reiteradamente que la entrega del puesto de trabajo es una obligación inherente al del contrato de trabajo, y que corresponden a la ejecución de buena fe del mismo contrato por parte del trabajador, como más adelante se manifiesta.



De manera que es obligación del trabajador entregar su cargo a quien lo recibe, lo cual debe ser previsto por el empleador para que, en lo posible, esa entrega se haga antes de la terminación del contrato de trabajo.

Entrega del cargo luego de terminado el contrato de trabajo.

Como ya señalamos, lo ideal es que la entrega y actividades de empalme se realicen en vigencia del contrato, cuando el trabajador aún está bajo el poder de subordinación del empleador.

Si la entrega del cargo se hace luego de finalizado el contrato de trabajo, si bien el trabajador tiene la obligación ética o moral de entregarlo, o incluso contractual, nada impide que se niegue a ello pues ya no existe una relación jurídica que lo vincule al empleador.

En estos casos la entrega depende de la buena relación que hayan tenido empleador y trabajador, o de la buena voluntad del trabajador.

Si en el contrato de trabajo el trabajador se comprometió a entregar su cargo o realizar el empalme incluso después de finalizado el contrato, tendrá que cumplir con tal compromiso, y de no hacerlo, en el mismo contrato se debe haber acordado la consecuencia, pero es improbable que esto suceda en la práctica.



Efecto jurídico de entregar el cargo luego de finalizado el contrato de trabajo.

Si el trabajador hace la entrega de su cargo o puesto de trabajo en una fecha posterior a la fecha en que se termina el contrato de trabajo, el contrato de trabajo o relación laboral no se prolonga por ese lapso adicional.

Supongamos que el contrato de trabajo se termina el 15 de agosto, y el trabajador se queda trabajando hasta el 25 de del mismo mes haciendo el empalme o entregando el puesto a quien lo reemplaza. En tal caso, el contrato de trabajo no se prolonga por 10 días más, sino que en todo caso la fecha de terminación del contrato será el 15 de agosto para todos sus efectos.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 31823 de 5 de febrero de 2008, señaló:

«El hecho [de] que la entrega del respectivo cargo o puesto de trabajo, se haga en una fecha posterior a la terminación del contrato, no significa que la relación laboral se prolongue por ese tiempo, pues esa diligencia no es más que una consecuencia natural de las obligaciones inherentes al cargo desempeñado y que se ve aplazada por los trámites pertinentes al efecto. Es decir, corresponde a la ejecución de buena fe del contrato y constituye el acto conclusivo el mismo y por lo tanto no genera obligaciones en cabeza del empleador.»

Sentencia que fue reiterada en la sentencia 52851 del 3 de septiembre de 2019 con ponencia de la magistrada Dolly Amparo Caguasango.

La sentencia referida trata sobre un caso en que el contrato terminó el 8 de junio y el trabajador laboró hasta el 14 de junio, y la empresa inicialmente le



pagó hasta esa fecha, pero luego le descontó 5 días argumentando que la terminación del contrato tuvo efectos a partir del 9 de junio.

En todo el proceso laboral (primera instancia, segunda instancia y casación) los juzgadores le dieron la razón a la empresa, por lo que se impone el criterio según el cual solo se debe remunerar al trabajador hasta la fecha en que termina el contrato de trabajo, sin importar que este siga laborando para hacer la entrega de su cargo.

Por lo anterior lo ideal es que el empalme se realice durante la vigencia del contrato de trabajo, aunque nada impide que si se hace posterior el empleador opte por remunera ese tiempo adicional sin que por ello el contrato de trabajo se considere extendido.

¿Permisos otorgados al trabajador se pueden descontar de su salario?

¿Los permisos que el empleador otorga al empleado se pueden descontar del salario o se pueden compensar con trabajo por fuera de la jornada laboral?

Tipos o clases de permisos conceden al trabajador.

Los trabajadores regularmente piden permisos de unas horas, medio día, un día o varios días, y en caso de ser concedidos surge la duda de si la empresa debe remunerar ese tiempo no laborado, o puede descontarlo del sueldo, o exigirle al trabajador que lo compense con trabajo ejecutado por fuera de la jornada laboral.



En primer lugar, hay que diferenciar entre permisos obligatorios que debe otorgar el empleador y los permisos que dependen de su voluntad otorgarlos.

Permisos obligatorios.

El empleador está en la obligación de otorgar los permisos y licencias a los que se refiere el artículo 57 del código sustantivo del trabajo colombiano:

- Permiso o licencias relacionadas con el sufragio.
- Para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación.
- Licencia por grave calamidad doméstica.
- Para desempeñar comisiones sindicales.
- Licencia por luto.
- Licencia de maternidad.
- Licencia de paternidad.
- Permisos para citas médicas.

Remuneración, descuento o trabajo compensatorio en permisos obligatorios.

Las licencias de maternidad, paternidad y por luto son remuneradas por lo tanto no se pueden descontar del sueldo del trabajador, y menos exigir al trabajador que reponga ese tiempo.

En cuanto a la grave calamidad doméstica, la Corte constitucional en sentencia C-930 de 2009 afirma que, si el tiempo de licencia es razonable, no se puede descontar del salario del trabajador, pero si el permiso otorgado



por concepto supera «*lo razonable*», se puede descontar del sueldo o compensar con tiempo laborado por fuera de la jornada laboral.

Respecto a los permisos o licencias para cargos oficiales temporales de obligatoria aceptación, como jurados de votación, o para ejercer el derecho al voto o comisiones sindicales, dice la corte en la misma sentencia que no pueden ser descontados ni compensados con trabajo.

La parte resolutiva de la sentencia referida señala:

«En el reglamento de trabajo se señalarán las condiciones para las licencias antedichas» , contenida en el numeral 6º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo» , condicionada a que se entienda que para el caso de la licencia por grave calamidad doméstica debidamente comprobada, habrá un lapso razonable de permiso remunerado cada mes; y para las licencias obligatorias que se conceden al trabajador para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación, distintos de jurado electoral, clavero o escrutador; las licencias obligatorias para que los trabajadores del sector privado desempeñen comisiones sindicales inherentes a la organización; y las licencias obligatorias para que los trabajadores asistan al entierro de sus compañeros, el tiempo empleado no podrá descontarse del salario del trabajador ni obligarse a compensar con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria.»

Recordemos que el numeral 6 del artículo 57 del código sustantivo del trabajo permitía al empleador descontar este tipo de licencias, pero esa parte



de la ley que fue declarada inexistente por la Corte constitucional en la sentencia C-930 de 2009.

Permisos voluntarios.

Cuando se trata de permisos voluntarios que se otorgan al trabajador como puede ser el permiso para que haga una diligencia en alguna oficina, o para que se vaya para un matrimonio, cumpleaños, etc., el asunto es un tanto distinto.

En este caso, como no es una obligación que la ley impone al empleador, ni es un derecho que la ley concede al trabajador, el empleador no debe cargar con el costo de esos permisos, de manera que ese costo puede ser trasladado al trabajador, pues ha sido su decisión no trabajar.

Frente a este tema resulta oportuno recurrir a la misma sentencia antes referida en el siguiente aparte:

«No obstante, la misma ley laboral ha distinguido entre las diversas circunstancias que podrían impedir al trabajador prestar sus servicios, para establecer que cuando la no prestación se ha originado sin culpa del empleado, sino por disposición del empleador, se debe en todo caso el salario[54]. Si, en cambio, la no prestación del servicio se debe a razones imputables al trabajador, en principio no habrá obligación de pagar el salario.

Como se dijo, la anterior regla general resulta conforme a los postulados de justicia y equidad en las relaciones entre particulares, pues aunque en la relación laboral hay una parte dominante -el



empleado- y una subordinada -el trabajador-, en todo caso las obligaciones recíprocas se justifican por el efectivo cumplimiento de lo convenido por ambas partes. Además, la Constitución Política en su artículo 53 incluye dentro de los principios fundamentales del trabajo aquel según el cual la remuneración debe ser "proporcional a la cantidad y calidad de trabajo", por lo cual si no hay trabajo por causas imputables al trabajador, resulta ajustado a la Carta que no haya salario a cargo del empleador.»

En ese orden de ideas, si el trabajador solicita un permiso para asuntos personales que nada tienen que ver con las obligaciones que la ley le impone al empleador, resulta posible considerar que ese permiso no debe ser remunerado.

Y si ese permiso no debe ser remunerado, entonces se abre la posibilidad de descontar el tiempo no laborado del sueldo del trabajador, o en su defecto, que este pueda compensar ese tiempo laborando el mismo tiempo por fuera de la jornada laboral.

La compensación del tiempo no laborado dentro de la jornada laboral por tiempo laborado por fuera de la jornada laboral, la creemos posible en vista a que primigeniamente el artículo 57 consideraba esa posibilidad, que si bien fue declarada inexequible por la Corte, dicha inexequibilidad se basó en que se trataba de permisos que por obligación debían ser otorgados por el empleador, y que en ningún caso correspondían a la culpa o a la voluntad del trabajador, por lo que el fin perseguido con esa medida luce razonable en este caso.



En todo caso, para evitar complicaciones lo más adecuado es descontar del salario el permiso, en razón a que cualquier trabajo que exceda la jornada laboral se considera suplementario, y podría dar lugar a mal entendidos o reclamaciones.

¿Empresa puede colocar cámaras de video en el lugar de trabajo?

Las empresas tienen la facultad de colocar cámara de video de vigilancia en los lugares de trabajo, siempre que se utilicen exclusivamente para filmar actividades relacionadas con las funciones de los trabajadores.

Legalidad de las cámaras de video instaladas por la empresa.

No existe una ley que regula la instalación de cámaras de video o circuitos cerrados de vigilancia en las empresas, pero la Corte constitucional en varias ocasiones ha considerado que es legal hacerlo siempre que no se afecta el derecho a la intimidad y privacidad de los trabajadores.

Por ejemplo, en la sentencia T-768/08 señaló la corte:

«En este marco de ideas, no resulta desproporcionado que el empleador utilice mecanismos para cumplir con la obligación de seguridad que le asiste con sus trabajadores, y por consiguiente instale medios de video en el lugar de trabajo, siempre y cuando la medida sea proporcional al fin que se busca, es decir sea idónea y necesaria.»



Es natural que el empleador requiera controlar lo que sus trabajadores hacen en su lugar de trabajo, o el conocer lo que el público que ingresa a la empresa hace.

Es una medida de seguridad razonable tanto para la empresa, como para los mismos trabajadores y los clientes.

Lo que está prohibido es colocar cámaras en sitios que por su naturaleza pueden afectar la intimidad de las personas, como baños, vestidores, etc.

La Corte constitucional en la misma sentencia señala:

«En efecto, la instalación de cámaras de video para la filmación de la vida íntima del empleado o trabajador, como en los lugares de servicios personales, o en los locales sindicales, etc., o con el fin exclusivo de filmar partes íntimas de la persona, o acosarla en el lugar de trabajo, resultan una intromisión ilegítima y vulneradoras de la dignidad y el derecho a la intimidad.»

Otro aspecto a considerar, es que la colocación de cámara de video debe ser informada a los trabajadores, es decir, estos deben conocer de la existencia de las cámaras.

En razón a ello en toda empresa pública y privada en la que se colocan cámaras de video, hay una placa que informa a la gente que está siendo monitoreado y grabado, lo que además de cumplir un objetivo disuasorio, garantiza el derecho a la intimidad de las personas en la medida en que estas evitarán incurrir en actividades que comprometa su propia intimidad y privacidad.



En el reglamento de trabajo debe considerarse lo relacionado con las cámaras de vigilancia, para que este conozca de su existencia, y las consecuencias para el trabajador que las obstruye o impide que estas cumplan la función.

Por último, no se requiere aprobación de ninguna entidad en especial para colocar cámaras de vigilancia, y tampoco se requiere el consentimiento de los trabajadores, ya que es una facultad del empleador en cumplimiento de su obligación de proveer un ambiente seguro para sus trabajadores, clientes y para sus propias instalaciones.

Pruebas de alcoholemia en el lugar de trabajo.

Los empleadores tienen la facultad para practicar pruebas de alcoholemia en el lugar de trabajo para determinar si un trabajador está bajo los efectos del alcohol.

Legalidad de la prueba de alcoholemia practicada al trabajador.

Una de las prohibiciones del trabajador contemplada en el artículo 60 del código sustantivo del trabajo es presentarse al trabajo en estado de embriaguez y por supuesto, consumir alcohol en lugar de trabajo.

El estado de embriaguez puede ser visible o evidente, pero la prueba técnica idónea para determinar el alicoramiento o embriaguez de un trabajador, es la prueba de alcoholemia.



La ley no prohíbe al empleador realizar pruebas de alcoholemia, y, de hecho, en algunos casos es necesario hacerlas para prevenir accidentes cuando se requiere que el trabajador esté en óptimas condiciones en razón al tipo de actividad que realiza.

Por ejemplo, un conductor de servicio público no puede conducir en estado de embriaguez por el riesgo que representa para sí mismo, para los pasajeros y todos terceros que circulan o por una vía, así que es responsabilidad de la empresa asegurarse de que sus vehículos no sean conducidos por personas ebrias, y ello sólo se garantiza con la prueba de alcoholemia, y para ello no necesita autorización especial de ninguna entidad para practicarla.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL8002-2014, con radicación 38381 y ponencia del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno, señaló:

«Aunado a ello, si, como se señaló con anterioridad, en determinados sectores de la producción y en ciertas empresas, el hecho de presentarse al trabajo en estado de embriaguez puede tener mayores niveles de gravedad, por el alto riesgo que entraña para la seguridad de las personas y de los bienes de la empresa, resulta apenas legítimo que el empleador pueda mantener dispositivos que le permitan auscultar dicha situación, dentro de una política válida de prevención y control de la accidentalidad.»

Es claro que el empleador está facultado para practicar pruebas de alcoholemia al trabajador, puesto que la presencia de un trabajador con alteración de conciencia en algún grado supone un riesgo para él, para sus compañeros, para terceros o para la empresa misma.



Aunque la gravedad de las consecuencias pueda ser de distinto nivel según la actividad desarrollada por el trabajador, en nada afecta la facultad del empleador para implementar este tipo de pruebas si ese nivel es mayor o menor.

No es requisitos que la prueba de alcoholemia la realice medicina legal.

Algunos trabajadores en un intento de impedir que se determine su estado de embriaguez se niegan a que el empleador les practique la prueba de alcoholemia argumentando que no tiene la facultad, y que tal facultad es exclusive de medicina legal, a la que acuden ellos mismo tiempo después cuando estiman que la prueba ya saldrá negativa.

Al respecto la sala laboral en la sentencia ya referida precisó que:

«En primer lugar, el censor arguye que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses es la única entidad autorizada para determinar el estado de embriaguez de una persona, de lo que se sigue que una empresa no está autorizada para realizar ese tipo de controles respecto de sus trabajadores.

Frente a tal argumento, la Corte debe señalar que, en lo que concierne al ámbito de las relaciones laborales, como lo dedujo el Tribunal, no existe alguna norma que determine que las pruebas de alcoholemia sean de la potestad exclusiva del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.»



De acuerdo a lo anterior, la empresa tiene la facultad de exigir y practicar ella misma la prueba de alcoholemia.

Qué hacer si el trabajador se niega a realizarse la prueba de alcoholemia.

Como ya señalamos, un trabajador que es sorprendido en estado de embriaguez, seguramente se niegue a realizarse la prueba la demore por el tiempo suficiente para que arroje un resultado negativo.

Frente a esto, valga decir que el estado de embriaguez se puede determinar por otros medios como lo señala la Corte en la sentencia ya referida.

«Sobre este tópico, para la Corte lo más deseable es que, ante una sospecha razonada, se realice una prueba técnica que permita deducir el estado de ebriedad de un trabajador, su grado y sus consecuencias negativas para el desarrollo de las labores profesionales en condiciones normales. Sin embargo, ello no impide que, ante la negativa infundada del trabajador de realizarse la prueba, el empleador pueda acudir a otro tipo de elementos indicativos de tal estado, como, entre otros, el comportamiento distorsionado, la falta de motricidad, la falta de coordinación y el alto aliento alcohólico, que pueden ser apercibidos fácilmente, sin necesidad de prueba técnica alguna.»

Cuando el estado de embriaguez es evidente resulta fácil probarlo sin necesidad de una prueba alcoholemia.



Cómo evitar que el trabajador se niegue a realizarse la prueba de alcoholemia.

Teniendo en cuenta que presentarse al trabajo en estado de embriaguez puede constituirse en una justa causa para despedir al trabajador, debe incluirse en el reglamento la obligatoriedad de la prueba de alcoholemia como, y fijar las consecuencias para el trabajador que se niegue a practicarla.

Señala la Corte en la sentencia antes citada:

«En la misma dirección, si en función del entorno laboral que se tiene, el hecho de presentarse al trabajo en estado de embriaguez está calificado como una infracción grave, bien sea en el contrato de trabajo, el reglamento interno o la convención colectiva, debe presumirse que el trabajador tiene plena conciencia de dicha situación y, por lo mismo, debe asumir el uso de los dispositivos para medir el grado de embriaguez ética como una carga legítima, no invasiva de sus derechos fundamentales, previamente concebida y que tiene fines adecuados y razonables, como la seguridad de todos los trabajadores y la prevención de la accidentalidad.»

Incluir esto en el reglamento de trabajo tiene un efecto disuasorio frente al consumo de licor, y frente a la obligatoriedad de la prueba de alcoholemia, dejando claro las consecuencias de negarse a ella.

Traslado del trabajador a otra ciudad.

El empleador tiene la facultad de trasladar al trabajador de ciudad o de lugar de trabajo en la misma ciudad, facultad que es relativa y sujeta a ciertas reglas o límites.



Traslado del trabajador a otro lugar de trabajo.

El contrato de trabajo se caracteriza porque en él el trabajador está subordinado al empleador, y por consiguiente el empleador está en la facultad de impartir órdenes al trabajador en relación con la ejecución del contrato, y una de esas órdenes que puede impartir es la de realizar las actividades en otro sitio de trabajo.

El empleador tiene una organización operativa de sus actividades que le permite gestionar la forma en que cada trabajador desempeña sus funciones, y ello supone que en algún momento y de acuerdo a las necesidades operativas de la empresa, requiera el traslado de empleados o reasignar funciones.

En consecuencia, cuando el empleador, de acuerdo a su criterio determine que requiere trasladar a un trabajador de un lugar a otro, que puede ser otra ciudad o a otro sitio de trabajo en la misma ciudad o zona geográfica, puede hacerlo siempre que el trabajador no resulte seriamente perjudicado.

Ius Variandi Locativo.

La facultad que tiene el empleador para trasladar al trabajador es conocida como ius variandi locativo, que la Corte suprema de justicia lo define así en la sentencia SL4427-2014 con radicación 42773, en la que se discute la naturaleza de una relación jurídica:

«De los anteriores documentos, el juzgador de segunda instancia coligió que se trató simplemente de un cambio del lugar de ejecución



del contrato de prestación de servicios, deducción que, a juicio de la Sala, corresponde a una lectura plana y desprovista de todo el contenido jurídico que explicitan tales elementos de juicio, puesto que una orden como la impartida al actor por uno de los representantes de la entidad, en derecho del trabajo no puede ser entendida sino como un traslado de personal, que traduce, ni más ni menos, el ejercicio del poder subordinante de que es titular el empleador en el marco de la ejecución de un contrato de trabajo.

Tal facultad –conocida como ius variandi locativo–, es totalmente ajena a una relación como la que aduce el demandado, que se caracteriza por su independencia y autonomía, es decir por la ausencia de subordinación. Es exclusiva de ser ejercida por quien ostenta la condición de empleador; legítima en la medida en que resulta necesaria para que el empresario pueda organizar y dirigir el recurso humano en aras de optimizar el resultado de la empresa, de suerte que denota, sin ambages, que quien toma una decisión de este talante, tiene plena convicción del poder que le asiste para adoptarla, lo cual significa que ante un escenario fáctico como el que emerge de la lectura de la documental reseñada, debía arribarse a una conclusión diametralmente opuesta a la que obtuvo el juzgador de segundo grado; es decir, lo que medió entre las partes fue un contrato de trabajo.»

Es clara pues la facultad que tiene el empleador para trasladar a sus trabajadores, pero con algunas limitaciones como a continuación explicamos.



Limitaciones la facultad de trasladar al trabajador.

La jurisprudencia tanto de la Corte suprema de justicia como de la Corte constitucional, ha sido reiterativa en manifestar que la facultad para trasladar al trabajador no es absoluta ni ilimitada.

Señala que se deben tener en cuenta al menos dos consideraciones:

1. Que con el traslado no se afecten derechos ni garantías del trabajador, ni se desmejoren sus condiciones.
2. El traslado debe estar supeditado a la existencia de razones o circunstancias válidas que ameriten el traslado.

Por ejemplo, en sentencia SL21655-2017 con radicación 49496 la sala laboral de la Corte suprema de justicia señala:

«La Sala sobre el particular, ha aclarado que el ius variandi es la facultad del empleador para realizar los cambios necesarios en cuanto al sitio de trabajo, la cantidad, calidad de la producción y su organización; al tiempo que no es una atribución arbitraria e ilimitada del empleador en relación con el trabajador y está limitada a realizar las modificaciones necesarias para mejorar las condiciones laborales, pero no puede afectar la dignidad ni los derechos del trabajador (CSJ SL16964-2017). Esta potestad, entonces, es legítima en la medida en que resulta necesaria para que el empresario pueda organizar y dirigir el recurso humano en aras de optimizar el resultado de la empresa.»

En consecuencia, la orden de traslado debe obedecer en primer lugar a una necesidad operativa cierta, razonable, y no al simple capricho del empleador.



Y, en segundo lugar, con el traslado no se deben afectar los derechos ni garantías del trabajador, y por consiguiente el empleador debe garantizar que luego del traslado el trabajador tendrá por lo menos las mismas condiciones laborales.

Ello implica evaluar aspectos como el costo de vida en el nuevo sitio de trabajo, que puedan implicarle al trabajador un gasto mayor, como por ejemplo en arrendamiento, alimentación, estudio para sus hijos, etc.

También es necesario evaluar la situación particular del trabajador trasladado para identificar situaciones que hagan desaconsejable el traslado, como que el trabajador, su cónyuge o un hijo suyo tenga alguna condición médica que no puede ser atendida en el nuevo sitio de trabajo, etc.

Consideraciones a tener en cuenta en el traslado del trabajador.

Lo primero que el empleador debe hacer cuando firma un contrato de trabajo, es incluir en él una cláusula que considere el traslado del trabajador cuando el empleador lo considere oportuno.

De esta forma el trabajador desde el inicio tiene claro que existe la posibilidad de ser trasladado cuando surja para la empresa la necesidad de hacerlo.

Al determinar la necesidad de trasladar a un trabajador debe justificarse y documentarse esa necesidad y la decisión respecto al trabajador que trasladará, a fin de luego demostrar que el traslado no fue caprichoso, y que no obedeció a una conducta de acoso laboral, como cuando el empleador



decide trasladar a un trabajador por castigo o venganza por una desavenencia personal que haya tenido con él.

Básicamente se debe demostrar que:

- Operativamente era necesario hacer el traslado.
- El trabajador trasladado tenía el perfil necesario para ese cargo.

Se trata de demostrar que existen razones objetivas para el traslado y desvirtuar cualquier reclamo del trabajador.

Cuando el empleador determine la necesidad de trasladar a un trabajador, debe asegurarse que el trabajador no esté en una circunstancia grave que le impida trasladarse, como los supuestos ya expuestos sobre situaciones médicas.

Una vez se determine que el trabajador es «trasladable» se deben ofrecer las garantías para que el trabajador no vea mermado su salario en razón a los gastos adicionales en que deba incurrir en ocasión al traslado.

Tal es el caso del pago de gastos de traslado o viáticos, y de ser necesario, incluir algún auxilio o prima que cubra los gastos adicionales de vivienda, por ejemplo.

Es evidente que un trabajador que en su actual sitio de trabajo tiene casa propia y en el nuevo tendrá que pagar arriendo, está incurriendo en un gasto extra que está desmejorando sus condiciones laborales.

Lo anterior es necesario porque si luego el empleador es demandado, puede demostrar con suficiencia que ejerció su facultad de ius variando en apego a la ley y a la jurisprudencia.



Despido del trabajador que se niega a ser trasladado.

La orden de traslado es una orden como cualquier otra, y si el trabajador no la cumple el empleador tiene la facultad legal para despedirlo con justa causa.

Sin embargo, debe tenerse presente que la justa causa para el despido debe ser acreditada por el empleador en caso de juicio, y por ello el empleador debe demostrar que existió la justa causa, que en este caso fue el incumplimiento de la orden de traslado, y que esta se efectuó con forme es debido.

Por lo anteriores es necesario que el empleador sea diligente al momento de ordenar un traslado, y dejar documentado el proceso.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL4824-2019 con radicación 66871 señala:

«En el caso entonces, no se evidencia que quien alega haber sido desmejorada en sus condiciones verdaderamente lo hubiera sido, o que las condiciones personales y familiares del traslado fueran de tal magnitud adversas que le hubieran impedido materialmente acceder a la orden del empleador.

Lo dicho, dado que, como se dijo en la citada providencia CSJ SL21655-2017, «[...] no basta con la simple oposición o malquerencia del traslado por parte del trabajador para tornarlo en ilegítimo e inaplicable para el empleador». La ausencia de voluntad del trabajador no supone invalidación de la facultad de ius variandi que le asiste al empleador, siempre y cuando, se reitera, ello no comprometa



de forma efectiva o contingente sus derechos constitucionales y legales, lo que por demás, debe estar cabalmente demostrado.»

Que el trabajador no quiera ser trasladado no impide que el empleador ejecute la orden de traslado, y no impide que despida al trabajador por justa causa si este se niega.

Renuncia del trabajador al ser trasladado.

Suele suceder que el trabajador ante una orden de traslado decide renunciar y luego demanda al empleador alegando que fue obligado a renunciar, lo que es posible, pero el trabajador deberá probar que la orden de traslado afectaba sus derechos, o, en otras palabras, que el empleador abusó del ius variandi.

Así lo deja claro la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia SL21655-2017 con radicación 49496:

«De esta manera, correspondía al trabajador demostrar las razones en las que fundó la responsabilidad del empleador en la renuncia, más allá de su propio dicho. Para el asunto sub lite, debía probar que la orden de traslado del 30 de abril de 1993 constituía un verdadero abuso del ius variandi locativo del empleador, lo que no pasó de ser una hipótesis del demandante carente de demostración.»

Se advierte que el trabajador es quien tiene que demostrar que el empleador abusó del ius variandi, pues el ser una prerrogativa legal de que goza el empleador, la carga de la prueba se traslada al trabajador, es decir que un



simple alegato del trabajador no es suficiente para que resulte inaplicable la facultad que tiene el empleador de trasladar al trabajador.

¿Me pueden obligar a trabajar fuera de mi ciudad?

Cuando se firma el contrato de trabajo se fija el lugar donde se ejecutará el contrato de trabajo, y si el trabajador no fue informado, o en el contrato de trabajo no se indicó que el trabajador podía ser trasladado a otro sitio, no es posible obligar al trabajador a trabajar en otra ciudad.

Pero si el trabajo es en la misma ciudad, sólo que fuera de ella, consideramos que el empleador sí tiene la facultad de trasladar al trabajador.

Una cosa es un traslado de ciudad y otra muy distinta el traslado dentro de la ciudad, del centro a las afueras, por ejemplo.

En todo caso, cuando el empleador tenga varias sedes lo ideal es que incluya en el contrato de trabajo la posibilidad de trasladar al trabajador de sede para evitar complicaciones futuras.

Pago de salario sin prestación del servicio.

El código sustantivo del trabajo contempla que en algunos casos el trabajador pueda recibir el salario sin haber prestado sus servicios al empleador.



Casos en que el empleador debe pagar salarios sin que haya prestación del servicio.

El salario es la contraprestación que recibe el trabajador por prestar sus servicios a su empleador, por lo que se entiende que, si el trabajador no presta su servicio, no tiene derecho a la contraprestación correspondiente.

Sin embargo, cuando el trabajador no ha prestado su servicio por disposición o culpa del empleador, sigue teniendo derecho a recibir el salario.

Señala el artículo 140 del código sustantivo del trabajo:

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

Por ejemplo, suele suceder que se daña una máquina que toma un mes repararla, y el operador de esa máquina se queda desocupado por ese mismo término.

Qué hacer cuando no hay funciones para asignar al trabajador.

El empleador podría reasignar temporalmente funciones al trabajador, pero si ello no es posible no puede simplemente mandarlo para la casa y no pagarle el salario, o suspenderle el contrato de trabajo.

Cuando se presenta una situación así, el empleador puede recurrir a unas vacaciones anticipadas, o a una licencia no remunerada en común acuerdo con el trabajador.



Lo que no puede hacer el empleador es suspender el contrato de trabajo de forma unilateral y dejar sin salario al trabajador.

Cuando el tiempo de inactividad del trabajador es corto, el empleador suele enviar a casa al trabajador y pagar su salario común y corriente, y si ese tiempo es mucho, puede acudir a las vacaciones o licencias como ya se indicó, y si el trabajador no está de acuerdo en ello puede despedirlo pagándole la indemnización por despido injusto a que haya lugar.

En tal caso el empleador debe determinar qué le sale más económico, si pagar el salario o pagar la indemnización por despido injusto.

Como se advierte, que el empleador no tenga actividades qué asignar trabajador no es una justa causa para despedirlo.

Qué hacer si el empleador no paga lo adeudado al trabajador.

Cuando la empresa o empleador se niega a pagarle al trabajador las acreencias laborales como salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones, etc., el trabajador puede interponer una demanda laboral ordinaria teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.

Demandar cuando el empleador es una persona natural.

Generalmente los empleadores personas naturales tienen un establecimiento de comercio o negocio, y cuando no quieren pagar a sus trabajadores cierran el establecimiento o lo cambian de titular.



En realidad, lo anterior no es relevante, porque la demanda se interpone contra la persona natural, y obtenida la sentencia judicial a favor del trabajador entonces se inicia un proceso ejecutivo contra la persona persiguiendo los bienes que esta tenga para efecto del embargo, secuestro y remate.

Ello hace necesario identificar todas las propiedades de la persona natural, tanto bienes raíces como cuentas bancarias, inversiones, etc.

Para que el empleador se libre de pagar la sentencia tendrá que insolventarse pasando todos sus bienes a nombre de terceros, y no podrá tener ni siquiera una cuenta bancaria, y en muchos casos ni siquiera un trabajo formal porque su salario puede ser embargado.

Y a eso ayuda que hoy en día por disposiciones tributarias son pocos los pagos que se puede hacer en efectivo, así que el empleador moroso tendrá serias dificultades para esconder su patrimonio e ingresos, lo que en cierta forma justifica iniciar el proceso laboral porque seguramente en algunos casos le será más rentable al empleador pagar lo adeudado que embarcarse en la odisea que supone insolventarse, que puede extenderse durante los 5 años siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

Cuando el empleador es una sociedad o empresa.

Si el empleador moroso es una sociedad o persona jurídica, la situación cambia un poco, y es preciso determinar primero el tipo de sociedad, por lo siguiente:



Si la sociedad es de capital, sólo puede demandar a la sociedad, pero si es de personas puede demandar tanto a la sociedad como a los socios de esta.

Es el caso por ejemplo de una sociedad limitada, donde al tiempo puede demandar a la empresa y a los socios en aplicación de la solidaridad contenida en el artículo 36 del código sustantivo del trabajo.

«Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.»

Una vez la sentencia esté ejecutoriada se inicia la ejecución de la misma pudiendo solicitar el embargo y secuestro de los bienes tanto de la sociedad como de los socios.

Por lo anterior es importante identificar el tipo de sociedad a la que pertenece la empresa que se pretende demandar.

Demandar a una empresa que ya no existe.

Una de las situaciones con que se puede encontrar un trabajador, es que la empresa desaparezca, caso en el cual depende de si la empresa no era más que un establecimiento de comercio perteneciente a una persona natural o era una persona jurídica.



En el primer caso el trabajador puede demandar a la persona natural que era dueña del negocio o establecimiento para el que trabajaba como ya se indicó al principio.

Si se trata de una persona jurídica que ya ha desaparecido no existe a quién demandar, pues la empresa una vez liquidada desaparece de la vida jurídica y deja de ser sujeto de obligaciones y derechos.

Eventualmente si se trata de una sociedad de personas se pueden demandar los socios en aplicación del artículo 36 del código sustantivo del trabajo, pero es un asunto más complicado.

Si la empresa está en proceso de liquidación y aún persiste la personería jurídica, el trabajador puede tener oportunidad de hacerse parte en el proceso de liquidación, teniendo en cuenta que las deudas laborales son de primer orden.

Téngase en cuenta que la ley 1116 de 2016 que regula este tema, en su artículo 48 fija unos plazos para presentar los créditos al liquidador, y ese crédito laboral debe estar representado en una sentencia ejecutoriada y no es la simple admisión de la demanda laboral.

Por lo anterior el trabajador debe reclamar judicialmente sus pagos lo más pronto posible para darle el menor tiempo posible al empleador para que intente alguna maniobra a fin de defraudar al trabajador.

¿Cuándo es necesario contratar a un abogado?

En los procesos laborales cuyas pretensiones son iguales o inferiores a 20 salarios mínimos no es necesario contratar a un abogado para demandar al



empleador, pero en todo caso se recomienda hacerlo, pues seguramente el empleador demandado sí lo hará, y estos procesos son de única instancia donde no está permitida una equivocación, que luego ya no hay oportunidad de enmendarla.

Cambio de funciones al trabajador.

Un trabajador es contratado para que desempeñe unas funciones previamente determinadas, pero luego el empleador se las cambia o le adiciona otras incrementando su carga de trabajo.

Una de las características del contrato de trabajo, es que el trabajador está sometido al poder subordinante del empleador, y precisamente es la subordinación el elemento esencial de una relación laboral, lo que faculta al empleador para que cambie, reasignen o incremente las funciones de sus trabajadores.

Una de las facultades del empleador de modificar o variar las condiciones en que se ejecuta el contrato de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo del mismo.

Limitación a las funciones diferentes a las contratadas.

La facultad para asignar funciones diferentes a las contratadas no puede ser caprichosa y menos puede ser utilizada para afectar los intereses del trabajador, ni utilizarla como mecanismo de castigo, retaliación ni de acoso laboral, lo cual puede dar lugar a la renuncia forzada del trabajador.



El cambio de funciones es legal, pero debe obedecer a razones objetivas y justificadas, y lo más importante, si el cambio de funciones supone una mayor carga de trabajo, en caso de tener que laborar tiempo extra por ello, ese trabajo debe ser pagado.

Adicionalmente, el cambio de funciones no debe implicar el desmejoramiento del salario, y se debe evitar que incremento excesivo de la carga laboral que pueda afectar la salud física y emocional del trabajador.

Cambio de funciones al trabajador como conducta de acoso laboral.

Téngase en cuenta que una de las modalidades de acoso laboral es precisamente colocar funciones al trabajador distintas a las que normalmente deben corresponderle según su cargo y manual de funciones.

El artículo 7 de la ley 1010 de 2006 señala expresamente las siguientes conductas de acoso laboral:

- 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.
- 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.

Por lo anterior, el cambio de funciones o la adición de funciones, debe hacerse con sumo cuidado para evitar que se configure una conducta de acoso laboral, por la cual el trabajador podría renunciar y luego reclamar el despido indirecto que, en caso de ser reconocida por el juez laboral, el empleador será condenado al pago de la indemnización por despido injusto.

¿Me puedo negar a realizar trabajo que no me corresponde?

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, eso depende el tipo de trabajo adicional que se exija al trabajador.

El empleador puede asignar distintas tareas a sus trabajadores, tareas que deben estar dentro del perfil del cargo y del mismo trabajador.

Por ejemplo, no se le puede exigir a un trabajador de oficina que realice un trabajo en alturas para el que no está calificado, y en tal caso, es obvio que el trabajador puede negarse a realizar dicho trabajo.

Seguramente que no es razonable que a un gerente se le envíe a un banco a pagar un recibo de teléfono, pero más por consideración y respeto que por ser ilegal tal orden.



El riesgo de asignar tareas o funciones diferentes para las que fue contratado el trabajador.

Hemos visto que sí es posible reasignar funciones al trabajador, pero debe tenerse en cuenta que ese cambio de tareas o funciones encierra un posible riesgo en relación precisamente a los riesgos laborales.

Un trabajador se contrata para desempeñar una determinada actividad, y se capacita para ello, de manera que, si se le cambian sus funciones, debe ser capacitado para que desempeñe de forma segura esas nuevas funciones.

Para ilustrar lo anterior traemos un aparte de la sentencia SL3530 de 2022, proferida por la sala laboral de la Corte suprema de justicia en la cual se estudia un caso de un trabajador que fue contratado como carpintero y luego fue enviado por el empleador a verificar una placa de función de concreto, que se vino abajo causando lesiones al trabajador:

«Con las anteriores conclusiones y como quiera que el hecho que originó el accidente de trabajo no era del resorte natural de las actividades propias para las que fue contratado el trabajador, el dador de empleo ha debido probar, no solo el cumplimiento de las obligaciones de protección integral del trabajador a que estaba obligado con relación a esa actividad específica, por haber variado el oficio para el cual fue contratado, pues los elementos de protección no pueden ser generalizados, estos deben proporcionarse de acuerdo al detalle de las tareas realizadas, y además debió acreditar que actuó con la diligencia mínima a efecto de prevenir cualquier riesgo laboral, así como se exige del cuidado que debe desplegar el padre de familia, para evitar los riesgos inherentes a las labores desarrolladas en la obra y los asociados a la actividad encomendada y que debió mitigar, al



actuar realmente como empleador para esas precisas circunstancias, frente a la eventual responsabilidad en el accidente de trabajo que sufrió el actor; que por demás, se itera, creada en desarrollo del poder subordinante en calidad de empleador al emitir la orden ya señalada.»

Más adelante señala la misma sentencia:

«En el caso de autos, como se ha mencionado reiteradamente, el empleador (...), envió al señor (...), quien fue contratado como carpintero de obra a revisar si la placa de concreto del piso 27 presentaba alguna filtración, esta situación, pone en evidencia la «culpa suficientemente comprobada del empleador», en la ocurrencia del accidente de trabajo, pues esa responsabilidad, por ser de naturaleza comutativa contractual, se ubica en la culpa leve, entendida como «la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios», máxime si se tiene en cuenta que no demostró que el actor estaba capacitado para ejercer la tarea encomendada, esto es el cuidado de la placa de concreto y específicamente la revisión de filtración en la misma, ni que fuera experto para realizar la labor encargada; a más de ello no resultaba suficiente la entrega de los elementos de protección y seguridad (casco, arnés, cinturón de vida, etc.).»

La corte hace énfasis en que el empleador le impidió una orden al trabajador para que desarrollara una tarea diferente a la contratada, y que no recibió la debida capacitación sobre esa nueva tarea, y que frente a esa circunstancia, era irrelevante si el trabajador contaba con los elementos de seguridad correspondientes, puesto que así vistiera todos los elementos de seguridad



y protección personal, estaba desarrollando una actividad distinta a la contratada y sobre la que no se probó que recibiera capacitación.

Por lo anterior, cuando se le cambian las funciones a un trabajador, este debe recibir la debida capacitación acorde a las nuevas funciones, y se le deben suministrar los elementos de protección acordes a esas nuevas tareas asignadas, pues de lo contrario, en caso de un accidente, el empleado será condenado a indemnizar al trabajador.

Accidente cuando el trabajador se traslada al lugar de trabajo.

Un trabajador puede accidentarse en su trayecto de la casa al trabajo o de trabajo a la casa. ¿Cómo se clasifica ese accidente?

Accidente laboral en traslado del trabajador desde o hacia a empresa.

Para que el trabajador pueda trabajar debe desplazarse desde su residencia hasta su lugar de trabajo, y si llegare a sufrir un accidente en ese trayecto podría pensarse que se trata de un accidente laboral.

El inciso primero del artículo 3 de la ley 1562 de 2012 califica como accidente de trabajo todo suceso que sobrevenga por causa o con ocasión al trabajo, y el segundo inciso señala que:

«Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la



ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.»

La parte donde dice que se considera accidente de trabajo aún si ocurre fuera del lugar y de las horas de trabajo, permite pensar que podría calificarse como accidente de trabajo aquel que ocurre cuando el trabajador se desplaza a su lugar de trabajo.

Pero el inciso 3 del mismo artículo ofrece claridad respecto a esta situación:

«Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.»

Es claro el asunto: si el trabajador se moviliza en un medio de transporte proporcionado por la empresa, en caso de accidente se califica como accidente laboral por el que responde la ARL.

De manera que, si el trabajador se accidenta en su vehículo particular o en uno de servicio público, será un accidente de origen común del que responderán la EPS o el fondo de pensiones según corresponda.

Ahora, si el trabajador, mientras se dirigía de la casa al trabajo, desarrolló alguna actividad ordenada por el empleador, como ir a recoger una encomienda, estamos frente a un accidente de trabajo según la norma previamente referida.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia, al referirse al accidente laboral in itinere señala lo siguiente en la sentencia SL3385-2022 con ponencia del magistrado Omar Ángel Mejía Amador:



«De la norma transcrita se desprende que se considera accidente de trabajo aquel que se produce durante el traslado de los trabajadores a su lugar de residencia o viceversa siempre y cuando el transporte lo suministre el empleador. Resulta claro entonces que, en principio, el simple traslado que realice un trabajador por sus propios medios no constituye accidente de trabajo.»

Señala más adelante la Corte:

«Así las cosas, el desplazamiento por sí solo al sitio de trabajo, de manera autónoma, no constituye un acto propio de la ejecución de la actividad personal como lo quiere hacer ver la recurrente, por tanto, la misma normativa aplicable la excluye de la definición de accidente de trabajo y solo se consideraría como tal, en los eventos en los que el empleador suministre el transporte.»

Es claro que el accidente camino a casa o camino al trabajo, solo se considera laboral cuando el transporte lo suministra el empleador, independientemente de si el vehículo o medio de transporte pertenece al empleador o no, como cuando la empresa contrata el servicio de transporte de sus trabajadores con un tercero.

ARL no cubre accidentes fuera del trabajo.

Definitivamente la ARL no cubre un accidente que ocurre fuera del trabajo por las razones ya expuestas.

Recordamos una vez más que estar fuera de la empresa no necesariamente significa estar fuera del trabajo, puesto que el trabajo se puede desarrollar



en la calle o en la casa, y si en esos lugares se produce un accidente mientras el trabajador estaba ejecutando una labor para el empleador, entonces es un accidente de trabajo y la ARL lo cubre.

Accidente fuera de horario de trabajo.

Suele ocurrir que el trabajador debe realizar alguna actividad para su empleador antes de iniciar su jornada laboral o después de terminar esta, como cuando entregar un documento o paquete fuera de la empresa camino a casa.

En tal caso, como el trabajador está cumpliendo una orden del empleador, si se accidenta fuera de la empresa y por fuera del horario de trabajo, el accidente se califica como laboral.

Para calificar el accidente como de trabajo, lo importante es que al momento del accidente el trabajador esté haciendo alguna actividad relacionada con su trabajo, o esté cumpliendo alguna orden de su empleador o jefe.

El inciso segundo del artículo 3 de la ley 1562 de 2012 señala expresamente:

«Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.»

La norma es clara en calificar de accidente laboral aquel que ocurre fuera del horario de trabajo, siempre que el accidente ocurra en razón a la actividad laboral de trabajador.



El accidente de trabajo, como su nombre lo indica, tiene su origen en el desarrollo de actividades relacionadas con las actividades para las que fue contratado el empleado, y poco importa si esas actividades se estaban desarrollando fuera de su horario habitual.

Recordemos que el trabajador está obligado a cumplir órdenes de su empleador, y si este le exige laborar horas extras, o incluso más allá de lo permitido por la ley, aunque ello no sea legal, si el trabajador la desarrolla durante el desarrollo de esta actividad está cubierto por el sistema de riesgos laborales.

Qué hacer cuando el trabajador fallece.

Cuando muere un trabajador no siempre se tiene clara la forma en que debe proceder el empleador, especialmente respecto al pago de los salarios y prestaciones sociales que quedaron causados al momento del fallecimiento.

Fallecimiento del trabajador termina el contrato de trabajo.

La muerte del trabajador es una causa legal que termina el contrato de trabajo, que de forma expresa contempla el artículo 61 del código sustantivo del trabajo.

La terminación del contrato de trabajo por muerte del trabajador opera de forma automática, como lo resalta la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 38522 del 25 de mayo de 2010 con ponencia del



magistrado Gustavo Gnecco, donde resalta tres características de esta causal:

1. Se produce ipso jure.
2. Opera de manera automática - No es necesario que el empleador sea notificado de suceso para dar por extinguido el contrato.

Es intuitu personae - La obligación de prestación de servicio no puede ser atendida por otra persona.

El contrato termina el día en que el trabajador fallece sin que se requiera de ninguna formalidad especial.

Pago de salarios y prestaciones sociales cuando fallece el trabajador.

El salario y las prestaciones sociales se causan hasta el día en que fallece el trabajador, día en que también termina el contrato, lo que permite interpretar que el empleador debe pagar los salarios y prestaciones sociales en esa fecha, que no es posible puesto que no hay a quién pagarle esos salarios, pues el trabajador ya no existe.

Ante la imposibilidad física de pagar lo adeudado al trabajador, no procede la indemnización moratoria por no pagar lo adeudado al trabajador, aunque algunos empleadores para evitar reclamaciones suelen consignar esos valores a la cuenta de nómina que tenía el trabajador, o hacer la consignación respectiva en el banco agrario a órdenes de juzgado correspondiente.



Cualquiera de las dos opciones es legal, pero el procedimiento correcto es entregar esos dineros directamente a los familiares del trabajador que tengan derecho según se explica a continuación.

Herederos con derecho a reclamar salarios y prestaciones de trabajador fallecido.

El código laboral no tiene una norma que de forma expresa señale los beneficiarios de dichos pagos, y las que hacen referencia al pago de seguros están derogados, como el 204, que es referido por el artículo 293 del código laboral.

No obstante, lo anterior, y de acuerdo a los artículos 1045, 1046 y 1047 que tratan sobre los grados hereditarios, se puede concluir que el pago de los salarios y prestaciones sociales se harán en el siguiente orden:

1. Cónyuge e hijos en partes iguales.
2. Sin no hay cónyuge, la totalidad a los hijos.
3. Si hay cónyuge, pero no hijos, la totalidad al cónyuge.
4. Si no ha cónyuge ni hijos, la totalidad a los padres.
5. Si no hay ninguno de los anteriores, la totalidad corresponde a los hermanos.

Ante la dificultad que puede surgir para determinar quién tiene derecho, algunos empleadores deciden consignar lo debido al trabajador en el banco agrario, y en tal caso, los posibles reclamantes con derecho tendrán que recurrir a un juez para que decida quien o quienes tienen derecho y ordene el desembolso.



Procedimiento para pagar salarios y prestaciones del trabajador fallecido.

Aunque parte de las normas que regulan este procedimiento están derogadas o han sido sustituidas, la doctrina mantiene el procedimiento fijado por el inciso segundo del artículo 212 del código sustantivo del trabajo, que señala:

«Antes de hacerse el pago de la prestación el empleador que la hubiera reconocido debe dar aviso público, con treinta (30) días de anticipación, indicando el nombre del fallecido y de las personas que se hubieren acreditado como beneficiarios. Tal aviso debe darse en la prensa del lugar por dos (2) veces al menos, y en donde no existieren publicaciones periódicas, por medio de una nota al alcalde del Municipio, quien la dará a conocer por bando en dos días de concurso. Este aviso tiene por objeto permitir que todo posible beneficiario se presente a reclamar.»

Se requiere de dos avisos para que todos los interesados que se crean don derecho tengan la oportunidad de presentarse a reclamar el pago.

Controversias entre los posibles beneficiarios.

Puede suceder que se presenten varias personas alegando el mismo derecho, y en tal caso no le corresponde al empleador dirimir la controversia, y por tanto no puede hacer el pago a ninguno de los reclamantes, sino que debe esperar a que estos solucionen dicha controversia, que puede ser ante un juez o un acuerdo entre las partes (contrato de transacción o conciliación).



Mientras se soluciona la controversia el empleador puede optar por consignar los valores adeudados en el banco agrario, lo que le permite desentenderse del asunto.

La solución de consignar los dineros a la cuenta de nómina que tenía el empleador, es viable, porque el empleador puede probar que hizo el pago, y el problema, por llamarlo así, de decidir a quién se le hace el pago, queda en manos del banco.

Pago de cesantías cuando fallece el trabajador.

Tratándose de las cesantías tras el fallecimiento del trabajador, el artículo 258 del código sustantivo del trabajo sí señala expresamente qué se debe hacer:

«El auxilio de cesantía en caso de muerte del trabajador no excluye el seguro de vida obligatorio y cuando aquél no exceda del equivalente a cincuenta (50) veces el salario mínimo mensual más alto, se pagará directamente por el empleador de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 212 del Código Sustantivo del Trabajo.»

Es decir que si el monto adeudado por cesantías es inferior o igual a 50 salarios mínimos mensuales el pago se hace en conjunto con los salarios y prestaciones según el procedimiento ya señalado; caso contrario se debe pagar a cargo de la sucesión, pues el pago no se puede hacer directamente a los familiares, pues la ley excluyó esa posibilidad.



Desconexión laboral.

La ley 2191 del 2022 contempla la desconexión laboral para los trabajadores tanto del sector público como privado, que es nuevo derecho que el empleador debe garantizar al trabajador so pena de incurrir en acoso laboral.

Qué es la desconexión laboral.

La desconexión laboral es el derecho que tienen los trabajadores a no ser contactados por el empleador una vez finaliza su jornada laboral.

La desconexión laboral es definida de la siguiente forma por el artículo 3 de la ley 2191 de 2022:

«Entiéndase como el derecho que tienen todos los trabajadores y servidores públicos, a no tener contacto, por cualquier medio o herramienta, bien sea tecnológica o no, para cuestiones relacionadas con su ámbito o actividad laboral, en horarios por fuera de la jornada ordinaria o jornada máxima legal de trabajo, o convenida, ni en sus vacaciones o descansos.

Por su parte el empleador se abstendrá de formular órdenes u otros requerimientos al trabajador por fuera de la jornada laboral.»

La desconexión laboral prohíbe al empleador contactar al trabajador por cualquier medio en horas de descanso, vacaciones, licencias, etc., para asuntos relacionados con su actividad laboral.

El empleador no puede dar órdenes o instrucciones, ni pedir información o informes por fuera de la jornada laboral convenida en el contrato de trabajo.



Garantía de desconexión laboral.

Respecto a la garantía de desconexión laboral señala el artículo 4 de la ley 2191 de 2022:

«Los trabajadores o servidores públicos gozarán del derecho a la desconexión laboral, el cual inicia una vez finalizada la jornada laboral. El ejercicio del mismo responderá a la naturaleza del cargo según corresponda al sector privado o público. Asimismo, el empleador deberá garantizar que el trabajador o servidor público pueda disfrutar efectiva y plenamente del tiempo de descanso, licencias, permisos, vacaciones y de su vida personal y familiar.»

El parágrafo primero del mismo artículo señala que será ineficaz cualquier cláusula que contrarie esta disposición o desmejora ese las garantías contempladas por la ley.

Desconexión y acoso laboral.

El parágrafo segundo del artículo 4 de la ley 2191 de 2022 señala que la inobservancia de la desconexión laboral podrá constituir una conducta de acoso laboral.

Es decir, que contactar al trabajador por fuera de la jornada laboral puede constituirse en una conducta de acoso laboral, siempre que sea persistente y demostrable, es decir, que por contactar al trabajador por fuera de la jornada laboral de forma esporádica no es una conducta de acoso laboral.



Excepciones a la desconexión laboral.

Como toda norma, la desconexión laboral tiene sus excepciones, que contempla el artículo 6 de la ley 2191 de 2022:

- Los trabajadores y servidores públicos que desempeñen cargos de dirección, confianza y manejo.
- Aquellos que por la naturaleza de la actividad o función que desempeñan deban tener una disponibilidad permanente, entre ellos la fuerza pública y organismos de socorro.
- Situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, en los que se requiera cumplir deberes extra de colaboración con la empresa o institución, cuando sean necesarios para la continuidad del servicio o para solucionar situaciones difíciles o de urgencia en la operación de la empresa o la institución, siempre que se justifique la inexistencia de otra alternativa viable.

En estos casos el empleador está facultado para contactar a los trabajadores por fuera de su jornada laboral, para lo que se recomienda seguir un procedimiento a fin de justificar las razones por las que lo contacta y poder hacer frente a una posible denuncia por acoso laboral.

Política de desconexión laboral.

De acuerdo al artículo 5 de la ley 2191 del 2022, todo empleador debe incluir en su reglamentación interna una política de desconexión laboral que contemple por lo menos los siguientes elementos:



- La forma cómo se garantizará y ejercerá tal derecho, incluyendo lineamientos frente al uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC).
- Un procedimiento que determine los mecanismos y medios para que los trabajadores o servidores públicos puedan presentar quejas frente a la vulneración del derecho, a nombre propio o de manera anónima.
- Un procedimiento interno para el trámite de las quejas que garantice el debido proceso e incluya mecanismos de solución del conflicto y verificación del cumplimiento de los acuerdos alcanzados y de la cesación de la conducta.

Ese procedimiento resulta de capital importancia a fin de garantizar el derecho de desconexión laboral, y lo más importante para el empleador, protegerse de las posibles denuncias por acoso laboral.

Contrato de transacción laboral.

El contrato de transacción es viable en un contrato de trabajo o relación laboral siempre que los derechos sujetos a la transacción no sean de aquellos ciertos e indiscutibles.

Transacción en materia laboral.

La transacción es un mecanismo alternativo para la solución de los conflictos que puedan presentarse entre el trabajador y el empleador, en el cual las partes involucradas expresan su voluntad de dar por terminado un conflicto existente o de evitar un conflicto futuro.



La transacción implica que las partes intervenientes transen, cedan, o se pongan de acuerdo en los aspectos en discusión para dar por terminado el conflicto.

La transacción es un contrato o acuerdo de voluntades cuyo propósito es terminar los conflictos sin la intervención de la justicia, pues son las partes quienes se ponen de acuerdo respecto a los derechos, obligaciones o de dudas reclamadas.

Requisitos del contrato de transacción laboral.

El contrato de transacción no está contemplado de forma expresa en la legislación laboral sino en la civil, más exactamente en el artículo 2469 del código civil:

«La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precavan un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.»

Este contrato aplica también para las relaciones laborales, y en tal caso el artículo 15 del código laboral le impone una limitación:

«Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles.»

El principal requisito del contrato de transacción laboral es que no puede tratarse de derechos ciertos e indiscutibles, que más que un requisito es una prohibición.



Respecto a los requisitos como tal del contrato de transacción laboral ha dicho la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 75199 del 7 de junio de 2017 con ponencia del magistrado Fernando Castillo:

«Esa figura jurídica, la de transacción, ha sido analizada por esta Corte en distintas oportunidades, en las que ha presupuestado que la transacción resulta válida cuando: i) existe un litigio pendiente o eventual (art. 2469 C. Civil), ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S.T.), iii) la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios, y si se pacta mediante representante judicial, este debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y, iv) que hayan concesiones mutuas o recíprocas.»

El contrato de transacción no requiere solemnidad alguna, y ni siquiera es necesario que se llame contrato de transacción como bien lo señala la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 50538 del 6 de diciembre de 2016 con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos:

«De otra parte, en relación a la solemnidad del acto, es suficiente el acuerdo de voluntades para su perfeccionamiento, y a su vez, no es necesario que se celebre de modo especial un contrato que indispensablemente lleve el nombre de contrato de transacción, en razón a que dicho convenio puede pactarse y existir, cumpliendo los requisitos legales del mismo.»

Lo importante es que el documento que contenga la transacción cumpla con los requisitos ya señalados:



1. Exista un conflicto actual o uno futuro eventual.
2. Que no se trate de derechos ciertos e indiscutibles.
3. Que la voluntad de las partes sea expresa y libre de vicios de consentimiento.

No es necesario que una autoridad judicial avale el contrato de transacción, excepto cuando exista un proceso judicial en curso, caso en el cual se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 312 del código general del proceso que en su inciso dos señala:

«Para que la transacción produzca efectos procesales deberá solicitarse por quienes la hayan celebrado, dirigida al juez o tribunal que conozca del proceso o de la respectiva actuación posterior a este, según fuere el caso, precisando sus alcances o acompañando el documento que la contenga. Dicha solicitud podrá presentarla también cualquiera de las partes, acompañando el documento de transacción; en este caso se dará traslado del escrito a las otras partes por tres (3) días.»

El juez valorará la transacción y la aprobará si se ajusta el derecho sustancial, como por ejemplo si no versa sobre derechos ciertos e indiscutibles.

Qué es un derecho cierto e indiscutible.

El contrato de transacción laboral es válido sólo si trata sobre derechos inciertos y discutibles, pues los derechos ciertos e indiscutibles no se pueden transigir ni renunciar por expresa disposición legal.

Entonces: ¿Qué es un derecho cierto e indiscutible?



Se puede afirmar que un derecho es cierto e indiscutible cuando no existe duda respecto a su existencia, donde el derecho se juzga real y reconocido sin la necesidad de que un proceso probatorio que lleve a su convencimiento.

Una relación laboral por disposición legal genera una serie de derechos mínimos que no son renunciables y que no se deben probar pues se dan como un hecho cierto por su origen legal, tales como el salario, las prestaciones sociales, la seguridad social, etc.

El derecho a las prestaciones sociales, por ejemplo, no es discutible; lo que puede ser discutible es el monto de las prestaciones sociales, que es muy diferente.

El empleador no puede alegar que el trabajador no tiene derecho a prestaciones sociales, pero sí puede discutir el valor que se debe reconocer por ese concepto, pues ese valor puede variar por distintos conceptos que se pueden incluir o no en la base para su liquidación.

Las horas extras son un derecho del trabajador, pero son discutibles en la medida en que debe probarse que se laboraron, y el empleador puede decir que no existieron horas extras y el trabajador que sí, y si no hay pruebas de ello, se trata de un derecho incierto y discutible susceptible de ser transado.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 49725 del 11 de abril de 2018 con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno dijo al respecto:

«Asimismo, en torno a las condiciones necesarias para que un derecho se torne cierto e indiscutible, la Corte ha establecido que los beneficios



y garantías que pueden recibir dicho rótulo no son exclusivamente los contemplados en normas legales, sino que también pueden hacer parte de dicho conjunto los contemplados en convenciones, laudos o cualquier otro instrumento colectivo vinculante. (CSJ SL, 11 feb. 2003, rad. 19672). Del mismo modo, ha dicho la Sala que para que un derecho pierda la calidad de cierto e indiscutible, no basta con que el empleador lo cuestione en el curso de un proceso, de manera tal que cualquier beneficio o garantía pueda ser renunciable por el trabajador, so pretexto de que el empleador controvepta su nacimiento, por lo que, ha discernido, «...un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad...» (CSJ SL, 14 dic. 2007, rad. 29332 y CSJ SL4464-2014, entre otras).

En virtud de lo anterior, la Corte considera preciso destacar que la cualificación de un derecho, beneficio o garantía, como derecho cierto e indiscutible, depende de las circunstancias particulares de cada caso y el respectivo análisis debe estar mediado, entre otras cosas, por factores tales como la fuente del derecho, la estructura normativa a partir de la cual se define y el cumplimiento de los requisitos necesarios para su causación.»

Los derechos surgen por ley, en virtud de un contrato de trabajo o de una convención colectiva, y en la media en que sea claros y precisos, se consideran indiscutibles.



Si en un contrato de trabajo de forma expresa se acordó pagar un salario mensual de \$2.000.000, es un hecho indiscutible que no se puede transar.

Ahora, si las partes discuten la existencia del contrato de trabajo porque no hay prueba de su existencia, entonces no existe un derecho cierto e indiscutible, puesto que la existencia del contrato sólo se materializará mediante sentencia judicial en tal sentido. En ese momento el derecho es incierto pues no se sabrá el sentido de la sentencia hasta que no se produzca.

Efectos del contrato de transacción laboral.

El contrato de transacción tiene como efecto la cosa juzgada respecto a los derechos incluidos en el contrato.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 53793 del primero de marzo de 2017 con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos señaló lo siguiente:

«Ciertamente, como lo anota el impugnante, el Tribunal desconoció los efectos de cosa juzgada que le reconoce a la transacción el artículo 2483 del Código Civil, al establecer que esta «...produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes».

De tal suerte que no podía imponer condena por una obligación que ya fue materia de transacción entre las partes, menos cuando no fue el caso de que el accionante estuviera alegando su nulidad.

A propósito, la Sala de Casación Civil estableció que los efectos de la transacción son: i) el cambio de una relación jurídica incierta, en otra



que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y de sus alcances, y ii) la terminación de un proceso judicial, o si no se ha dado el mismo, la imposibilidad de los contratantes, de llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo.»

La cosa juzgada aplica únicamente respecto a los temas transigidos en el contrato, de manera que, si hay derechos o reclamaciones no incluidas, sobre ellas es posible continuar o iniciar el litigio respectivo.

Cuando la transacción sucede en un proceso judicial en curso, dice el artículo 312 del código general del proceso que el juez debe declarar terminado el proceso.

Si la transacción se realiza antes de que exista una demanda, no se pueden demandar hechos contemplados en el contrato de transacción.

Ahora, el hecho de que exista un contrato de transacción no impide que el trabajador demande al empleador, pues el trabajador puede alegar la nulidad del contrato y le corresponde al juez determinar si la transacción se hizo en derecho o no, y le corresponderá al juez declarar o no la cosa juzgada en función de la evaluación que haga del contrato de transacción.

Etapa o instancia procesal en la que se puede firmar un contrato de transacción laboral.

Un contrato de transacción laboral se puede firmar antes de que se inicie el proceso, precisamente para evitar el inicio del proceso, pero si el proceso judicial ya está en curso, la transacción es válida en cualquier instancia.

Al respecto señala el primer inciso del artículo 312 del código general del proceso:



«En cualquier estado del proceso podrán las partes transigir la litis. También podrán transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia.»

Sobre este tema se pronunció la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 69813 del 25 de enero de 2017 donde reitera su propia jurisprudencia en sentencia del 2011:

«En relación con la figura jurídica de la transacción, como mecanismo o forma de terminación anormal del proceso, y que se somete a consideración de la Corte dentro del trámite del recurso de casación, esta Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse, y definir que resulta procedente su aceptación, en los casos en que se reúnan los presupuestos para ello. En la providencia CSJ SL, 5 jul. 2011, rad. 49792, se dijo:

...debe recordar la Corte que ha sido criterio tradicional de esta Sala de Casación considerar que no es de su competencia el pronunciamiento sobre aspectos del proceso distintos a los que atañen al recurso extraordinario, por tenerlos como propios de las instancias del proceso o ajenos a la competencia funcional a ella atribuida, tal es el caso de los contratos de transacción a que ocasionalmente llegan las partes y que exponen en el trámite del recurso de casación.

No obstante, un nuevo estudio de los preceptos jurídicos que regulan la figura de la transacción impone a la Corte arribar a un entendimiento distinto de los mismos, de cara a su aplicación en la



sede casacional, en conformidad con los efectos perseguidos por las partes y ya conocidos para las instancias del proceso.

En efecto, la transacción, como mecanismo o forma de terminación anormal del proceso es sabido, consiste en un contrato, convención o acuerdo mediante el cual las partes extrajudicialmente ponen fin al litigio haciendo concesiones mutuas y recíprocas. En tal caso, por fuerza del efecto de cosa juzgada que le acompaña, la transacción impide el resurgimiento de la controversia judicial que fue su objeto entre quienes la suscribieron, así como que las obligaciones que de allí surjan pueden demandarse ejecutivamente. Similar predicamento puede hacerse de la transacción extrajudicial que tiene por propósito prevenir un litigio futuro.

La transacción, además de constituir un acto jurídico con consecuencias sustanciales, también es un acto procesal válido en el proceso laboral. Como no existen disposiciones propias de su ordenamiento procedural que reglen dicho acto, debe acudirse para ello a las que lo hacen en el procedimiento civil, por virtud de la remisión de que trata el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En tal sentido, el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil prevé que la transacción puede hacerse "en cualquier estado del proceso", incluso, con posterioridad al agotamiento de las instancias, esto es, para "transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia". Ergo, el recurso extraordinario de casación no escapa al ámbito de aplicación de la citada figura, pues es



claro para la Corte que aun cuando su trámite se surte con posterioridad a la sentencia de segunda instancia, no lo es porque el proceso se haya terminado, sino todo lo contrario, porque la sentencia de segunda instancia no está en firme, dado que se encuentra impugnada por fuerza precisamente del recurso extraordinario. De tal manera que, siendo el recurso extraordinario de casación parte del proceso laboral, la transacción es susceptible de producirse durante su trámite y aún después de dictarse la sentencia que lo resuelva, para, como ya se dijo, "transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia".

Así como la competencia funcional no puede afectar en modo alguno la posibilidad de que las partes puedan transigir la litis en curso de las impugnaciones, tampoco puede impedir o inhibir la facultad de los respectivos jueces para resolver los pedimentos derivados de lo transigido. Es la razón para que el mismo artículo 340 señale que ante tal situación las partes deberán dirigir escrito al "juez o Tribunal" que conozca del proceso o de la actuación posterior a éste, precisando sus alcances o acompañado el documento que la contenga, caso en el cual se producirán los efectos procesales pertinentes, al punto de que si se celebró por todas las partes y versa sobre la totalidad de las cuestiones debatidas, el funcionario correspondiente la aceptará si la encuentra a derecho, "quedando sin efecto cualquier sentencia dictada que no estuviere en firme".

En trámite del recurso extraordinario deben entenderse como tales las dictadas en las instancias, pues la de primer grado ha debido ser impugnada o encontrarse en consulta para que se hubiere proferido



la del Tribunal que, a su vez, se encontrará sub júdice por efectos del recurso extraordinario...»

La transacción incluso puede darse luego de la sentencia de casación sobre aspectos del cumplimiento de esta.

Contrato de transacción laboral no puede versar sobre aportes a seguridad social.

Los aportes a seguridad social no se pueden transigir, pues son irrenunciables, de manera que, si hay prueba de la obligación del empleador de pagarlos, no se pueden incluir en el contrato de transacción.

En la sentencia 73481 del 3 de mayo de 2017 con ponencia del magistrado Gerardo Botero, de la sala laboral de la Cortes suprema de justicia se dijo:

«Ahora bien analizado el expediente, encuentra la Sala, que las partes en ningún momento refutaron la existencia de un contrato de trabajo –lo que haría incierto el derecho pretendido- sino que por el contrario reconocieron el vínculo laboral, estableciendo algunas diferencias frente al mismo; razón por la cual, existe certeza sobre la obligación del pago de los aportes al Sistema de conformidad con lo señalado en el art. 17 de la ley 100 de 1993, sin que esta manifestación se entienda como un juicio de valor sobre el trámite del presente recurso extraordinario, debido a que no se establece el monto de dicha obligación, ni los períodos presuntamente adeudados, pues la misma se realiza para determinar si la transacción allegada contempla acuerdo alguno sobre tal derecho.



Una vez revisado el acuerdo transaccional, encuentra la Sala que el mismo vulnera los derechos del trabajador, al transigir la totalidad de las pretensiones de la demanda, en donde se incluye el pago de aportes a seguridad social, obligación que no puede ser eximida por las partes, en atención a la naturaleza de orden público de las normas que gobiernan la relación de trabajo existente.»

Como el contrato de trabajo no se discute, se da por cierto, y como es obligación del empleador afiliar al trabajador al sistema de seguridad social y realizar los pagos respectivos, la seguridad social se convierte en un derecho cierto, indiscutible e irrenunciable.

Distinto es cuando el contrato de trabajo está en discusión, como en el caso del contrato de trabajo realidad, donde la incertidumbre le es propia y sólo desaparece luego de proferida la sentencia que así lo declare.

En tal circunstancia, el derecho al pago de los aportes a seguridad social es discutible, puesto que la obligación del empleador surge solo cuando la sentencia que declare el contrato realidad se emita y quede en firme, y mientras eso no suceda estamos ante un derecho incierto y transigible.

Lo anterior nos permite concluir que no se pueden transigir derechos contenidos en una sentencia judicial en firme o ejecutoriada, pues los derechos que ella contienen se han convertido en ciertos e indiscutibles.



Contrato de transacción no puede estar sujeto a condiciones.

El contrato de transacción no puede estar sujeto a condiciones, donde se cumplirá lo transado solo si se cumple o sucede un echo o situación.

Así lo dejó claro la Corte suprema de justicia en sentencia 50538 del 6 de diciembre de 2016 con ponencia del magistrado Mauricio Burgo:

«Ahora bien, el Principio Protectorio o de Protección, está dirigido a resguardar al trabajador, en tanto, parte del hecho que este es la parte débil de la relación laboral, con todo, esto no se debe a que el asalariado deba ser protegido como a un hijo, no, su razón de ser está fundamentada en la necesidad económica en virtud de la cual el trabajador se pone al servicio del empleador para poder acceder a un sustento, esto es, la limitación de libertad a que se somete quien tiene la necesidad de trabajar. Este principio es la columna vertebral del Derecho del Trabajo, es quien lo viste de identidad y autonomía frente a otras ramas del Derecho, es consecuencia de esto, la obligación de asegurar al trabajador un capital que le permita suplir sus necesidades básicas, de ahí que el sustento de las mismas no se pueda sujetar al cumplimiento de un hecho, que puede o no acontecer.

De otro lado, lo anterior se constituye en un impedimento para que el juez laboral pueda aprobar un contrato de transacción donde se someta el pago de los derechos del trabajador a una condición, no puede este aceptar un negocio donde se someta al trabajador a una incertidumbre perpetua sobre el pago de sus derechos, es deber de este lograr que las Normas Laborales, aún más, las procedimentales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tengan un enfoque



protector, a fin de alcanzar los objetivos del Estado Social de Derecho, no en vano, el trabajo tiene el carácter de principio informador de este último.»

Cuando se firma un contrato de transacción se reconocen unos hechos y derechos y se deben cumplir sin condicionamientos.

Si el empleador acepta deber al trabajador una determinada suma, debe pagarla sin miramientos.



COMPLEMENTOS

Histórico del salario mínimo.

2023: 1.160.000

2022: 1.000.000

2021: 908.526

2020: 877.803

2019: 828.116

2018: 781.242

2017: 737.717

2016: 689.455

2015: 644.350

2014: 616.000

2013: 589.500

2012: 566.700

2011: 535.600

2010: 515.000

2009: 496.900

2008: 461.500

2007: 433.700

2006: 408.000



2005: 381.500

2004: 358.000

2003: 332.000

2002: 309.000

2001: 286.000

2000: 260.100

Histórico del auxilio de transporte.

2022: \$140.606.

2022: \$117.172.

2021: 106.454.

2020: 102.854

2019: 97.032

2018: 88.211

2017: 83.140

2016: 77.700

2015: 74.000

2014: 72.000

2013: 70.500

2012: 67.800

2011: 63.600



2010: 61.500

2009: 59.300

2008: 55.000

2007: 50.800

2006: 47.700

2005: 44.500

2004: 41.600

2003: 37.500

2002: 34.000

2001: 30.000

2000: 26.413

Histórico Uvt.

2023: 42.412

2022: 38.004

2021: 36.308

2020: 35.607

2019: 34.270

2018: 33.156

2017: 31.859

2016: 29.753



2015: 28.279

2014: 27.485

2013: 26.841

2012: 26.049

2011: 25.132

2010: 24.555

2009: 23.763

2008: 22.054

2007: 20.974

2006: 20.000