



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 concurren estos tres elementos esenciales:

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

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

c) Un salario como retribución del servicio.

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 imparta 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 imparta 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 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 a 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 tuitivos 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.

Sucedo 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 mensual 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:

«Cláusulas 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