

## ASPECTOS GENERALES

Después de los breves comentarios de la presentación entraremos en materia haciendo referencia a los aspectos teóricos básicos del derecho laboral que resulta importante conocer, por cuanto nos permite tener algunas ideas claras que facilitarán más adelante la comprensión de algunos temas.

### **La importancia de conocer y acatar la ley laboral**

En los años de experiencia que tenemos conociendo casos particulares e interactuando con nuestros lectores, nos hemos dado cuenta de lo importante que resulta para el empleador conocer y acatar la ley laboral, puesto que si bien a veces la justicia demora o nunca llega, no hay garantía de que a usted no lo alcance el brazo de la ley, y cuando eso ocurra, tendrá serios problemas si no ha cumplido con ella.

La ley laboral se debe cumplir inexorablemente, sin excusas y sin justificaciones. Los derechos mínimos laborales se respetan sí o sí. No hay otro camino.

Hacemos énfasis en la necesidad cumplir la ley laboral porque Colombia es un país donde predomina la economía de subsistencia, de pequeños negocios que apenas generan lo necesario para pagar el arriendo y para que sus dueños sobrevivan con grandes privaciones, pero no por ello la ley laboral los exime de cumplir con las obligaciones frente a los trabajadores que contraten, de manera que así al dueño del pequeño negocio no lo quede para comer, debe pagar lo legal a sus trabajadores, pues, insistimos, la ley no contempla excepciones.

Una muestra de lo que ocurre regularmente en nuestro medio está reflejado en el siguiente mensaje que recibimos en **Gerencie.com**:

*«Quisiera que alguien me ayudara resolver este inconveniente. Yo tengo una panadería y contraté personal diciéndoles que no se les pagaba las prestaciones sociales porque el negocio hasta ahora estaba comenzando y luego de un año hay una persona que me está pidiendo liquidación. ¿Qué debo hacer? Porque nunca se les prometió que se les iba pagar eso hasta que el negocio estuviera formalizado.»*

El código laboral ha establecido unos derechos mínimos que no se pueden desconocer, y que además son irrenunciables, de manera que aun cuando el trabajador de forma escrita acepte trabajar por una remuneración menor a la legal, no desaparece la obligación del empleador de satisfacer lo mínimo que exige la ley. Si el trabajador luego reclama lo que con anterioridad voluntariamente renunció, la ley se lo concede, pues estamos ante derechos mínimos irrenunciables.

Veamos lo que dice el artículo 13 del código laboral:

*«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 cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo.»*

Seguidamente el artículo 14 del mismo código señala:

*«Carácter de orden público. Irrenunciabilidad. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.»*

Ante este panorama, si se anticipa que un negocio no dará para pagar lo que legalmente corresponde a los trabajadores, lo mejor sería no emprender ese



negocio, pues luego llegarán las reclamaciones a todas luces justas y con ello los dolores de cabeza.

Suele suceder que una persona abre un pequeño negocio y contrata a un amigo o familiar, o incluso estos le ruegan al pequeño empresario para que los contrate debido a que están desempleados y que cualquier cosa que les paguen está bien mientras consiguen algo menor, y por supuesto a sabiendas de que no se les puede pagar todo lo de ley, bajo la promesa de que apenas el negocio prospere se la pagará lo que corresponde, y ha sucedido que transcurrido un tiempo ese amigo o familiar demanda a su empleador exigiéndole el pago de prestaciones sociales y seguridad social, y hasta más, y por supuesto que la ley estará a favor del trabajador, sin importar que el empleador no tenga recursos, o que afirme haber contratado a esa persona por hacerle un favor, porque estaba desempleada y necesitaba algo de sustento para su familia. Ante la ley esas excusas y justificaciones no funcionan aunque sean ciertas.

Tenga claro que cuando un trabajador decide reclamar lo que por ley le pertenece, sólo hay dos caminos a seguir: pagar o insolventarse para no dejar ningún bien a su nombre que pueda ser embargado, y lo segundo es un gran problema como ha de suponerse, y lo primero muchas veces es imposible, y todo por desconocer la ley laboral.

## **Legislación que regula una relación laboral**

En Colombia la relación laboral entre la empresa y el trabajador está regulada por el Código Sustantivo del Trabajo y sus normas reglamentarias [al igual que el Código Procesal] junto con la doctrina oficial y la jurisprudencia de las altas cortes, como es el caso de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia [Sala de Casación Laboral]. Igualmente hacen parte de la regulación laboral los convenios internacionales ratificados por el congreso

de la república y los pactos convencionales.

Al respecto dice el artículo 1º del Código Sustantivo del Trabajo:

*«Objeto. La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social».*

Las normas laborales, como toda ley, deben ser promulgadas por el Congreso de la República y sobre este tema dice nuestra Constitución Política en su artículo 53:

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

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

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

*Los convenios internacionales del trabajo debidamente*

*ratificados, hacen parte de la legislación interna.*

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

Se observa que tanto el artículo 1º del Código Sustantivo del Trabajo, como el artículo 53 de la Constitución Nacional hacen énfasis en el equilibrio y beneficio social que deben perseguir las normas laborales, objetivos y pretensiones que no siempre se han conseguido, como sucedió con la expedición de la ley 789 de 2002 y la posterior declaración de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional en dos ocasiones.

En todo caso, el marco jurídico general que regula las relaciones laborales entre el trabajador y su empleador contiene los elementos necesarios y suficientes para garantizar de forma aceptable los derechos del trabajador, lo cual se puede interpretar como un éxito después de muchos años de exigencias por parte de sindicatos y defensores de los derechos del trabajador.

Es importante anotar que en aquellos casos no definidos ni contemplados por la ley, es preciso recurrir a la doctrina emitida por las diferentes entidades que de una u otra forma tienen relación con la nómina de una empresa, como es el caso de las superintendencias o el mismo Ministerio del Trabajo. Igualmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia son una excelente fuente de derecho para aquellos casos particulares en los que se evidencia un vacío legal.

## **Aplicación territorial del Código Sustantivo del Trabajo**

El artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo contempla que este mismo

será aplicado dentro del territorio Colombiano y para todos sus habitantes sin distinguir entre estos su calidad de nacionales o extranjeros.

El principio de territorialidad de la ley también se aplica en la legislación laboral, por tanto, todo contrato laboral que se firme en el país, sin importar si una de las partes o las dos son extranjeras, se regirá por el Código Sustantivo del Trabajo colombiano.

Igualmente, un contrato de trabajo firmado en otro país se regirá por la legislación vigente del país en el cual nació jurídicamente el contrato, puesto que en todo caso se debe respetar la territorialidad de la ley.

Es preciso diferenciar entre el nacimiento jurídico del contrato de trabajo y la ejecución del mismo, puesto que se puede dar el caso en que el contrato de trabajo sea firmado en Colombia [nacimiento jurídico del contrato] y que por la naturaleza misma de las actividades convenidas en el contrato, o por la misma facultad de subordinación del empleador, sea necesario ejecutar ese contrato, ya sea en todo o en parte en el exterior. En este caso, es evidente que la legislación que se debe aplicar es la colombiana, puesto que bajo las leyes de este país se firmó el mismo; fue bajo la legislación colombiana que se comprometieron y obligaron la partes firmantes del contrato [Sobre un aspecto similar se refirió la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de septiembre 26 de 1994].

La misma Constitución Nacional en su artículo 4º establece como deber de todos los residentes en Colombia, ya sean nacionales o extranjeros, acatar las leyes, lo mismo que respetar y obedecer a las autoridades competentes.

Igual mandato lo expresa el Código Civil en su artículo 18, cuando afirma que la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia.

Por su parte, el mismo Código Civil en su artículo 57 contempla que:

*« (...) las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive a los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes, salvo, respecto de estos, los derechos concedidos en los tratados públicos».*

Resulta claro entonces que en materia laboral siempre que un contrato se firme en Colombia, se registrará por sus leyes.

Este aspecto es importante tenerlo claro, sobre todo hoy en día que la globalización ha llevado a que muchas empresas deban tener empleados en otro país o tener contratados a extranjeros en el país.

## **Definición de trabajo para efectos laborales**

El concepto de trabajo es definido por el artículo 5º del Código Sustantivo del Trabajo de la siguiente forma:

*« (...) es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo».*

La definición que del trabajo hace el Código Sustantivo del Trabajo se aleja bastante de la definición económica o sociológica, puesto que la legislación laboral considera trabajo a toda actividad humana, siempre y cuando se realice con la existencia de un contrato de trabajo; por tanto, para la legislación laboral, si no hay un contrato de trabajo de por medio –verbal o escrito–, cualquier actividad que realice un individuo no se considera trabajo.

Esta definición resulta de gran importancia ya que si para efectos laborales se considerara trabajo cualquier actividad humana desarrollada, así fuera sin la existencia de un contrato laboral, cualquier persona podría trabajar en la propiedad de otra sin su consentimiento, y luego exigir el reconocimiento de

su trabajo. En consecuencia, es necesario que exista acuerdo entre las partes para que el trabajo realizado se reconozca como tal, y de este acuerdo es que precisamente se deriva el contrato de trabajo.

Es importante también anotar la claridad que hace la ley en el sentido de considerar trabajo únicamente a las actividades desarrolladas por las personas naturales, por lo que no es posible que se pueda firmar un contrato de trabajo entre dos personas jurídicas, por tanto, cualquier relación entre personas jurídicas que implique algún forma de trabajo, será regulada por el Código de Comercio o el Código Civil, según sea la naturaleza de la relación que los una.

## Relación laboral vs. Contrato de trabajo

Mucho se habla de la diferencia existente entre una relación de trabajo o laboral y un contrato de trabajo. En realidad, es una discusión principalmente teórica y académica, puesto que en la práctica diaria, cualquiera de las dos figuras tiene los mismos efectos jurídicos en cuanto a derechos y obligaciones entre las partes se refiere.

Al respecto ha opinado la Corte Suprema de Justicia en sentencia de enero 24 de 1977:

*«El contrato individual de trabajo, como lo establece y desarrolla la legislación nacional, es un acto jurídico celebrado entre una persona natural, el trabajador, y una persona natural o jurídica, el patrono, para que el primero preste determinados servicios personales bajo la continuada subordinación del segundo, y reciba de él, a cambio una remuneración que genéricamente se llama salario. La puesta en práctica de este convenio se conoce con el nombre de relación de trabajo. Se trata de una relación sui generis claramente intervenida por el Estado a través de la*



*legislación para proteger, tanto en su celebración, como en su ejecución y terminación los intereses del trabajador, como medio de mantener un equilibrio necesario entre las fuerzas del capital y del trabajo e impedir por este medio la explotación del asalariado. Es también, como es obvio, un contrato o relación que supone obligaciones mutuas que se encuentran casi en su totalidad señaladas en la ley, y cuyo cumplimiento recíproco es elemento fundamental para su mantenimiento».*

En términos sencillos, según la Corte, la relación laboral no es otra cosa que el producto de la ejecución del contrato de trabajo, es decir, que sin la ejecución del contrato no existe relación laboral.

## ¿Qué se entiende por relación legal y reglamentaria?

Con frecuencia consultando leyes y decretos encontramos referencias a una relación laboral, o **legal y reglamentaria**. La relación laboral hace referencia indudablemente al contrato de trabajo común y corriente aplicable en el derecho laboral privado principalmente, ¿pero a qué o a quién se refiere la ley cuando habla de **relación legal y reglamentaria**?

Cuando nos referimos a relación legal y reglamentaria se está hablando del vínculo que existe entre el empleado público y la entidad pública que lo ha contratado, de manera que la relación laboral y reglamentaria hace referencia a los empleados públicos (que no trabajadores oficiales).

En la sentencia de enero 30 de 2013, expediente 39063, sala laboral de la Corte suprema manifestó:

*«De lo argumentado por el Ad quem, emerge que su decisión la fundamentó, en que la verdadera naturaleza del vínculo con quien dedujo fue en verdad el empleador del señor Jorge Castillo Andrade,*

*no fue la de un contrato de trabajo a término indefinido de carácter privado, como se adujo en el libelo introductor, sino en virtud de una relación legal y reglamentaria, esto es, le asignó al accionante la calidad de empleado público.»*

Igualmente, la sección segunda del Consejo de estado, en sentencia del 30 de marzo de 2006, con radicación número 4885-04 manifestó:

*«Así podemos decir que, a los empleados públicos se les aplica DERECHO ADMINISTRATIVO RELEVANTE PARA ELLOS (relación legal y reglamentaria), de conformidad con el capítulo II de la función pública (Arts. 122-131 de la C.P.). Ellos son los titulares de los derechos y obligaciones consagrados en la normatividad en los diferentes campos: situacional, de carrera, remuneracional, prestacional, disciplinario, etc.»*

Y para precisar un poco más la forma en que se dividen o clasifican las vinculaciones de personal por parte del estado, en la misma sentencia manifiesta el Consejo de estado:

*«El régimen jurídico colombiano ha contemplado tres clases de vinculaciones con entidades públicas, las cuales no se pueden confundir, porque ellas tienen sus propios elementos tipificadores. Son: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).»*

Resulta claro que la relación legal o reglamentaria aplica única y exclusivamente a quienes tienen la calidad de trabajadores o empleados públicos.

## ¿Cuándo la disponibilidad se convierte en trabajo?

En algunos contratos de trabajo se pacta que el empleado debe estar disponible para que acuda al lugar de trabajo cuándo las necesidades de la empresa así lo exijan.

Esta realidad ha llevado a muchos a interpretar de forma diferente lo que se debe entender por disponibilidad y el tratamiento que se le debe dar; para algunos la disponibilidad se debe remunerar, pero para otros no.

Mientras el trabajador está disponible, naturalmente que no ejecuta ninguna labor, pero no necesariamente se debe entender así.

Como este es un tema no definido por la legislación laboral dejemos que sea la Corte Suprema de Justicia la que se pronuncie al respecto:

*«(...) no toda "disponibilidad" o "vocación" permanente, por un período más o menos largo a prestar el servicio efectivo puede calificarse como trabajo enmarcado dentro de la jornada ordinaria o la suplementaria delimitadas en la ley, pues esta llamada "disponibilidad" tiene tales matices de servicio más o menos frecuentes, y de descansos, tiempo para tomar alimentos, oportunidades de ocuparse en actividad diferente del servicio objeto del compromiso y aún, en ocasiones, de servir a personas diferentes o trabajaren forma autónoma, que encasillar toda "disponibilidad" dentro de la jornada que hace relación a la propia actividad laboral, (...)*

*"No pudiendo adoptarse, por lo anotado, el criterio general de "disponibilidad" como trabajo, es necesario establecer cuándo y en qué medida el no cumplir la actividad concreta laboral sino mantenerse a ordenes del patrono, significa servicio y se incluye en la jornada de trabajo. Porque si esta modalidad de mantenerse a ordenes del patrono, se cumple en el lugar de servicio, sin*

posibilidad de retirarse de él y sin ocasión de destinar tiempo para tomar alimentos, dormir o cumplir ninguna actividad lucrativa propia, es indudable que tal “disponibilidad” si encaja dentro de la asimilación al servicio para enmarcarla en la jornada laboral” . Y lo propio ocurre si el trabajador debe radicarse, con las modalidades anotadas en determinado lugar. Pero si la disponibilidad permite al subordinado emplear tiempo para alimentarse, dormir, salir del sitio de trabajo y permanecer en su propia casa, sólo dispuesto a atender el llamado del trabajo efectivo cuando este se presente, no puede considerarse dentro de la jornada laboral (...) Es cierto que la “disponibilidad” normalmente conlleva una restricción a la libertad de aprovechamiento autónomo del tiempo por el trabajador, por la necesaria radicación en determinados sitios para la facilidad de atención del servicio demandado (...) Más la sola “disponibilidad” convenida en el contrato de trabajo puede determinar por esa restricción a la libre disposición de su tiempo por el trabajador, una retribución por sí sola, ya que quede compensada dentro del salario que corresponda a la jornada ordinaria laboral, es decir con el salario corriente estipulado en el contrato cuando es salario fijo, así no se desempeñe ningún servicio efectuado por algún lapso o este trabajo sea inferior en duración a la jornada ordinaria (...)» [Corte Suprema de Justicia en sentencia de Casación del 11 de mayo de 1968].

Posteriormente la misma Corte se ha pronunciado de la siguiente manera:

«Como se deduce de tal definición legal, el trabajo que regula el Código Sustantivo se halla vinculado en esencia al concepto ontológico de “actividad” o de esfuerzo consciente del ser humano, relacionado específicamente con su analógico de “ejecución” o de realización, expresiones estas que según el

*sentido filológico que les conviene y que el uso general les acuerda, confluyen a que el trabajo, en su contenido social y económico, implica un desarrollo positivo y actuante, no solo potencia o latente, de energía humana, psíquica o corporal, o mejor, de prestación efectiva de un servicio que supone tal despliegue de energía. Consecuencia del principio legal del trabajo efectivo consagrado en el artículo 5 del Código Sustantivo del Trabajo es que la llamada "disponibilidad" o sea la facultad que el patrono tiene de dar órdenes al trabajador en un momento dado y la obligación correlativa en éste de obedecerlas, no constituye en sí mismo ningún trabajo, por no darse en ella la prestación real del servicio, sino apenas la simple posibilidad de prestarlo. La sola disponibilidad es, en realidad, una equivalente de la subordinación jurídica, nota característica del contrato de trabajo y contribuye como tal, en caso de duda, a su debida identificación». [Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 11 de abril de 1970].*

De lo anterior podemos concluir que si la disponibilidad no impide al trabajador desarrollar sin limitaciones otras labores, ésta no se considera trabajo; pero si en cambio la disponibilidad no le ofrece al trabajador la posibilidad de ocupar su tiempo en otras actividades, ésta se considera trabajo y por consiguiente se debe remunerar.

Resulta claro que cuando la disponibilidad se debe cumplir en las instalaciones del empleador, esta se debe considerar trabajo aun cuando no se ejecute ninguna labor, puesto que su permanencia allí obedece al poder de subordinación del empleador y además le impide al trabajador desarrollar otras actividades.

## **Remuneración de tiempo de disponibilidad del**

## trabajador.

Si la disponibilidad se considera trabajo, se debe remunerar con el sueldo que normalmente devenga el trabajador, pues se configuran el hecho que da lugar a pagar la contraprestación por los servicios del trabajador, que en este caso si bien no se prestan efectivamente, por el hecho de estar siempre a disposición del empleador impide al trabajador realizar otra actividad, por lo que ese tiempo no trabajado termina siendo dedicado exclusivamente al empleador, mereciéndose la correspondiente retribución económica.

Ahora, si esa disponibilidad se extiende más allá de la jornada laboral, se configura el trabajo suplementario que también debe ser remunerado.

Y si la disponibilidad se configura en horario nocturno, se debe remunerar con el respectivo recargo; igual si la disponibilidad se da en los domingos y festivos.

Así lo ha considerado la sala laboral de la corte suprema de justicia en sentencia SL-5584 del 5 de abril de 2017 con radicación 43641, y con ponencia del magistrado Jorge Luis Quiroz.

Es claro entonces que si se cumplen los presupuestos para que la disponibilidad del trabajador se considere trabajo, esta se pagará como si en realidad el trabajador hubiera laborado, lo que obliga a pagar los recargos a que haya lugar de acuerdo a las normas generales que regulan la remuneración del trabajo.

## Derechos laborales gozan con prelación de crédito

En situaciones de crisis como las que vivimos en estos tiempos siempre está latente la posibilidad de que la empresa se quiebre y deba ser liquidada, y es allí cuando a los trabajadores les preocupa la suerte de sus derechos económicos, puesto que existe un alto riesgo de que se pierdan debido a la

quiebra de la empresa.

Pero afortunadamente los derechos laborales tienen prelación de crédito sobre los demás conceptos.

En efecto, las obligaciones laborales son créditos de primer orden, lo que quiere decir que en caso de la liquidación de la empresa primero se deben cubrir las obligaciones de naturaleza laboral y luego las demás.

Así se desprende de lo contemplado por el artículo 157 del Código Sustantivo del Trabajo:

*«Prelación de créditos por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, las cesantías y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todo los demás.»*

*El juez civil que conozca del proceso de concurso de acreedores o de quiebra dispondrá el pago privilegiado y pronto de los créditos a los trabajadores afectados por la quiebra o insolvencia del empleador.*

*Cuando la quiebra imponga el despido de trabajadores, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se tendrán como gatos pagaderos con preferencia sobre los demás créditos.*

*Los créditos laborales podrán demostrarse por cualquier medio de prueba autorizado por la ley y, cuando fuera necesario, producidos extrajuicio con intervención del juez laboral o del inspector de trabajo competentes.*

**Parágrafo.** *En los procesos de quiebra o concordato los trabajadores podrán hacer valer sus derechos por sí mismos o por*

*intermedio del Sindicato, Federación o Confederación a que pertenezcan, siempre de conformidad con las leyes vigentes».*

Afortunadamente esta norma garantiza al trabajador sus derechos en caso de quiebra y liquidación de la empresa, al menos mientras exista algún activo realizable que permita hacer los pagos.

Se debe precisar que las obligaciones por alimentos a favor de menores de edad, gozan de prelación sobre todos los demás, según lo establece el artículo 134 de la ley 1098 de 2006, conocida también como ley de la infancia, de suerte que estos créditos prevalecen sobre los laborales.

## **Validez del paz y salvo que la empresa hace firmar a los trabajadores**

Parece que existe cierta controversia sobre la validez que pueda tener un paz y salvo que la empresa le haga firmar al trabajador al momento de su retiro, paz y salvo con el cual la empresa pretende saldar cualquier compromiso o deuda a favor del empleado.

Cuando un trabajador es liquidado, la empresa por lo general le hace firmar un paz y salvo en el que el trabajador afirma haber recibido el dinero correspondiente a toda deuda originada en la relación laboral, por lo que se entendería que el trabajador renuncia a la posibilidad de exigir algún valor en el futuro por cualquier concepto que tenga relación con el contrato de trabajo que se liquida.

Este tipo de paz y salvo puede o no tener validez dependiendo de cada caso particular.

Si la empresa paga correctamente los valores adeudados al trabajador, el paz y salvo que se firme puede tener validez, puesto que en caso de reclamación, la empresa puede demostrar que liquidó al trabajador de acuerdo a la ley.



Ahora, si la empresa no liquidó correctamente los valores adeudados al trabajador, el paz y salvo puede tener algún valor en la medida en que se demuestre que la empresa actuó de buena fe, siempre y cuando no sea tan evidente el perjuicio recibido por el trabajador, pues en tal caso resultará difícil demostrar la buena fe.

Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia ha emitido abundante jurisprudencia, y en una de ellas ha considerado lo siguiente:

*«Ahora bien, no desconoce la Sala que ha sido reiterado el criterio de su jurisprudencia según el cual, dado el carácter irrenunciable de los derechos y prerrogativas laborales consagrados en las disposiciones legales que regulan el trabajo humano, los denominados finiquitos o paz y salvos genéricos que sean suscritos por un trabajador, en manera alguna le vedan su derecho a reclamar sus acreencias laborales si posteriormente considera que el empleador se las adeuda y que, por otra parte, tales documentos deben ser analizados con mucho cuidado por los jueces al momento de examinar la conducta omisiva de un empleador, de cara a la determinación de su buena fe, pues, por lo general, corresponden a formatos previamente impresos en los que no siempre es clara la expresión de voluntad del trabajador.*

*Pero, en el caso de autos, en el que de manera expresa las partes anunciaron su deseo de transigir los créditos laborales adeudados al trabajador, sin que se evidenciara que éste no estaba conforme con el contenido del documento previamente elaborado que firmó, no resulta disparatado que el Tribunal concluyera que la empleadora estaba asistida por un convencimiento de haber transigido algunos de los derechos reclamados y, por lo tanto, no se está en presencia de un yerro protuberante que pueda dar al traste con la decisión impugnada».* [Corte Suprema de Justicia,

sala de casación laboral, sentencia de julio 8 de 2008, radicación 32371].

En otra sentencia la Corte Suprema de Justicia ha considerado que:

*«Al respecto, se debe anotar, que el hecho de haber cumplido la empresa con sus obligaciones durante la vigencia del contrato, no significa que al final del mismo no hubiera incumplido su obligación de pagar las prestaciones sociales incluyendo todos los factores salariales, concretamente las comisiones o bonificaciones por ventas.*

*Es decir, que el pago de la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S. del T. depende de si a la extinción del vínculo laboral el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, de lo cual se desprende que es con referencia a ese momento que debe analizarse el comportamiento patronal para atribuirle o no buena fe en el mismo.*

*Además, el hecho que durante la vigencia del contrato de trabajo la demandante no hubiere reclamado sobre la naturaleza de esos pagos, no se puede entender que ese comportamiento prima sobre el mandato legal.*

*Lo mismo puede decirse en cuanto a la constancia de conformidad y el paz y salvo por todo concepto, pues al tener dichos derechos el carácter de irrenunciables, nada impide que posteriormente, como aquí ocurre, se acuda a la justicia laboral para el reconocimiento y pago de sus derechos impugnada».*

[Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de octubre 5 de 2005, radicación 26079].

En este orden de ideas resulta claro que el paz y salvo tiene o no validez dependiendo de la realidad y de las circunstancias en que se firmó, y por

supuesto, dependiendo de la evaluación que el juez haga de él.

Pero en todo caso, el paz y salvo en ningún momento desconoce el derecho que tiene el trabajador para iniciar un proceso de reclamación, luego, el hecho de que el trabajador firme un paz y salvo no es garantía para que este no demande al empleador en un futuro, puesto que como bien lo indica el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo, los derechos laborales son irrenunciables.

## **Los empleados no deben asumir riesgos ni pérdidas de la empresa**

Los empleados no pueden ni deben asumir los riesgos ni las pérdidas de la empresa. Es un mandamiento expreso de la ley laboral.

El Código Sustantivo del Trabajo se ocupó de señalar con absoluta claridad que el trabajador no tiene por qué asumir riesgos o pérdidas de la empresa. Es así como en su artículo 28 señaló:

*«Utilidades y pérdidas. El trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas».*

Cuando se inicia una empresa son muchos los riesgos que se corren, y en caso de que la empresa sufra una pérdida no puede hacer partícipe a sus trabajadores de ella, ni siquiera en aquellos casos en que el trabajador hubiera podido tener alguna responsabilidad, la cual tendrá que determinarse en un proceso diferente.

Algunas empresas cobran a sus trabajadores las herramientas que se dañan cuando precisamente es uno de los riesgos en que incurre toda empresa. La empresa podría cobrar esas herramientas al trabajador sólo cuando el daño haya sido causado intencionalmente por el trabajador, o por la negativa de

este a observar los cuidados mínimos que se le han exigido, pero aun así se requiere de seguir un procedimiento y por tanto la empresa no puede descontar “por la derecha” el valor de dicha herramienta.

Algunas empresas también suelen bajar el sueldo de los empleados cuando tienen pérdidas, o cuanto no ganan nada o bajan sus utilidades, lo que en la práctica equivale trasladar el riesgo a los trabajadores.

Ni qué decir de las empresas que cobran a sus trabajadores el dinero que los clientes quedan debiendo, lo cual es un riesgo inherente a toda empresa.

En la práctica, este artículo es inobservado con mucha frecuencia pero desafortunadamente el trabajador poco puede hacer frente a esta realidad.

## **Si una empresa promete un beneficio laboral a un trabajador se convierte en obligación para ella**

Según la jurisprudencia, si una empresa promete un beneficio laboral extralegal a un trabajador, dicha promesa o compromiso se convierte en una obligación para la empresa, y por supuesto que el trabajador podrá exigir su cumplimiento por cuanto se ha convertido en un derecho para él, pero claro está, siempre que pueda probar los hechos.

Algunas empresas ofrecen o prometen ciertos beneficios adicionales o extralegales a uno, varios o a todos sus trabajadores, muchas veces con el objetivo de lograr algún tipo de concesión por parte del trabajador o de los trabajadores y después pretenden incumplir tal promesa, olvidando que al prometer y ofrecer algo ha nacido una obligación de la misma categoría de las obligaciones originadas en la ley laboral, lo que las convierte en un derecho para los trabajadores, derecho exigible incluso por la vía judicial.

A continuación se transcriben los apartes de una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se evidencia con

claridad las consecuencias jurídicas de este tipo de promesas o compromisos:

*«Entrando al fondo del cargo, se observa:*

*Al folio 62 aparece la comunicación que el 28 de mayo de 1991, el Gerente General de la demandada le remitió al actor, cuyo contenido es el siguiente:*

*“Estimado XXX:*

*De acuerdo a las conversaciones sostenidas, me complace informarte nuestra oferta de empleo en XXX como representante de ventas de las líneas industriales.*

*El cargo reporta a la Gerencia General en Colombia y tendrá una línea funcional con los XXX del Área Latinoamericana.*

*Según lo acordado contigo y discutido con XXX de Colombia, la vinculación a XXX de Colombia se hará conservando la antigüedad que tenías en XXX de Colombia, para efectos de cesantías.*

*Adjunto te indico las condiciones y beneficios del cargo...” .*

*El texto literal del documento anterior refleja, sin duda, que hubo una oferta voluntaria, pura y simple de la sociedad demandada para reconocer al actor y únicamente para los efectos de cesantías, el tiempo que éste había prestado a la sociedad Dow Química de Colombia.*

*Ese ofrecimiento, contrario a lo sostenido por el Tribunal, es lícito pues no contraviene disposición alguna del ordenamiento positivo. No debe olvidarse que de acuerdo con el artículo 1494 del Código Civil, una obligación nace, entre otros, del hecho voluntario*

*de la persona que se obliga, así como del concurso real de las voluntades de dos o más personas, de manera que nada extraño hay en la obligación que contrajo la sociedad demandada con el actor –admitida y discutida por éste– de conservarle la antigüedad que tenía con Dow Química de Colombia para efectos de cesantías, lo que en el Derecho del Trabajo adquiere mayor relevancia jurídica en cuanto el Código Sustantivo del Trabajo solo contiene el mínimo de derechos y garantías para los trabajadores, de modo que cualquier ofrecimiento del empleador que tienda a superar ese mínimo, lejos de constituirse en una promesa que legalmente no se podía cumplir, como inexplicablemente lo asentó el sentenciador de la alzada, implica para el asalariado mejores condiciones de trabajo, las cuales no están prohibidas ni proscritas de nuestra legislación». [Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de septiembre 26 de 2007, expediente 31630].*

De la lectura de la sentencia se advierte que siempre que se pueda probar que el empleador se ha comprometido a otorgar al trabajador un beneficio extralegal, es decir, no contemplado por la ley laboral, se convierte en una obligación ineludible para el empleador, aun en los casos en que dicho beneficio no haya sido incluido en el contrato de trabajo sino otorgado en un documento externo a él, como en el caso de la sentencia transcrita.

Lo anterior es un ejemplo más de aquel principio que reza que los acuerdos entre particulares se convierten en ley para las partes.

## **Efecto jurídico de la promesa que el empleador hace a un trabajador de contratarlo nuevamente**

Un caso distinto al anterior. A diario recibimos comentarios o correos de lectores que manifiestan haber recibido una oferta o una promesa de su empleador para contratarlo nuevamente una vez finalice el contrato de

trabajo, y en ocasiones el asunto va un poco más allá, pues invitan al trabajador a renunciar o a presentar su carta de renuncia bajo la promesa de contratarlo nuevamente en otras condiciones, y oportuno es saber qué tan vinculante puede ser esa oferta o promesa.

A continuación exponemos el caso de un empleador que al terminar el contrato de trabajo felicita al trabajador y lo extiende por escrito la siguiente afirmación:

*«Quiero además felicitarlo, por su trabajo, por su entrega incondicional, por sus aportes y profesionalismo en su labor como educador de la niñez y la juventud a usted encomendada en el presente año.*

*Por lo tanto, le comunico que quiero contar una vez más con sus servicios como docente para el año académico 2005»*

Naturalmente el trabajador no fue contratado y este demandó con base a esa intención o promesa expresada por el empleador, proceso que llegó hasta la sala laboral de la corte suprema de justicia que en sentencia 45496 del 2 de abril de 2017, con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno manifestó:

*«En esta última manifestación, en la que recaba la censura, no puede verse más que la intención o el querer del representante legal de la institución de contar nuevamente con los servicios de la demandante, para el nuevo año escolar - 2005 -, como lo dedujo el Tribunal, pero nunca una oferta de trabajo concreta y determinada, con los presupuestos mínimos que dicha corporación estimó indispensables, como el término y la modalidad de contratación, el precio y la labor a realizar.*

*Evidentemente, de la expresión "...quiero contar una vez más con sus servicios..." no se deriva más que una invitación, que podía*

*materializarse o no, dependiendo de que las partes lograran ponerse de acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato, lo que no ocurrió en este caso. De manera que es cierto que, como lo infirió el Tribunal, de allí no era posible "...deducir si este querer del Rector iría a conservar los mismos términos y condiciones laborales y económicas del contrato anterior ejecutado en el año 2004 por las mismas partes." Ningún componente del documento o alguna otra evidencia dan soporte racional a la suposición del censor, conforme a la cual la institución le ofreció a la demandada las mismas condiciones laborales que ya tenía. En ello nada influye el hecho de que en vinculaciones anteriores se le hubiera dicho que sería llamada si se le necesitaba, pues lo cierto es que no le fue ofrecido nada, de manera concreta»*

No hay más que decir: Esas buenas intenciones y promesas no tienen ningún valor jurídico, de manera que no se pueden tomar decisiones libres de incertidumbre con base a ellas.

## **No se puede sancionar a un trabajador por no asistir a una actividad programada por fuera de la jornada de trabajo**

Muchas empresas programan actividades de capacitación o de otro tipo por fuera de la jornada de trabajo y exigen a sus trabajadores que deben asistir; luego, surge el interrogante respecto a las consecuencias que tendrá que asumir el empleado que decida hacer caso omiso a las exigencias de su empleador.

El Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo) ha conceptuado que un empleador no puede sancionar a un trabajador que no asiste a una actividad que ha sido programada por fuera de la jornada de



trabajo.

Al respecto dijo el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo) en concepto 303762 del 25 de septiembre de 2009:

*«Sobre las actividades programadas por el empleador, resulta oportuno acudir en primer término a lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 50 de 1990, el cual dispone:*

*“Artículo 21. Adicionase al Capítulo 11 del Título VI Parte Primera del Código Sustantivo del Trabajo el siguiente artículo:*

*Dedicación exclusiva en determinadas actividades.*

*En las empresas con más de cincuenta (50) trabajadores que laboren cuarenta y ocho (48) horas a la semana, éstos 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” .*

*De conformidad con el precepto normativo transcrito, debe tenerse claro que por expreso mandato legal, todo empleador que cuente con más de cincuenta (50) trabajadores que laboren una jornada semanal de 48 horas, tienen la obligación de dedicar exclusivamente dos (2) horas de dicha jornada, por cuenta del empleador, a actividades recreativas, culturales o de capacitación.*

*Por su parte, el artículo 5° del Decreto 1127 de 1991 regula que la asistencia de los trabajadores a las actividades programadas por la empresa es de carácter obligatoria, pero a su vez permite que el empleador organice por grupos a sus trabajadores a fin de que no se afecte el normal funcionamiento de la empresa, mientras cumplen con las mismas.*

*Del tenor literal de las normas señaladas, podría inferirse que las*

*actividades recreativas, culturales, deportivas o de capacitación a cargo del empleador, fueron establecidas por el legislador para ser desarrolladas dentro de la jornada de trabajo para el que fue contratado el trabajador; más aún cuando la misma norma es enfática en señalar que las dos horas serán de la jornada de trabajo, y que el empleador podrá organizar grupos de trabajadores para que asistan a las actividades por turnos y así no se afecte la prestación del servicio en la empresa.*

*Bajo la premisa de que las actividades programadas por el empleador deben ser llevadas a cabo dentro de la jornada de trabajo, se desprende como consecuencia lógica la obligación del trabajador de asistir a ellas y la correlativa facultad del empleador de sancionar a los trabajadores que no den cumplimiento a estas obligaciones, de acuerdo con las condiciones señaladas en el reglamento interno de trabajo.*

*Por lo anteriormente indicado, se considera que las actividades que se desarrollen fuera de la jornada de trabajo, aún aquellas programadas por el empleador, no serían de obligatorio cumplimiento por parte del trabajador, pues de lo contrario, sería un tiempo adicional a la jornada convenida en el contrato de trabajo ó en el reglamento interno de trabajo, y por tanto, constituiría trabajo suplementario u horas extras.*

*En este sentido, entendería la Oficina igualmente que al no ser obligatorias las actividades fuera de la jornada de trabajo, el empleador no estaría facultado para establecer amonestaciones o sanciones por la inasistencia del trabajador a dichas actividades».*

Lo recomendable es que la empresa no programe actividades por fuera del horario de trabajo, y si lo hace debería por lo menos disponer de alguna

compensación al trabajador, puesto que este debe dedicar a la empresa parte del tiempo destinado a descansar o a compartir con su familia.

## **El juez laboral no puede calificar las faltas que previamente han sido calificadas como graves por las partes**

Un juez laboral no puede entrar a calificar la gravedad de una falta cometida por el trabajador si dicha falta fue calificada como grave por las partes en el contrato de trabajo, o figura como tal en el reglamento de trabajo o en pactos colectivos.

El numeral 6 del artículo 62 del código sustantivo permite a las partes o al empleador calificar las faltas y su gravedad que servirán de sustento para terminar el contrato de trabajo por justa causa.

Esto se hace en los contratos de trabajo, por ejemplo, o más comúnmente en el reglamento del trabajo y hasta en convenciones o pactos colectivos.

Fijadas las faltas y calificada la gravedad de esta forma, el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo con base a una de esas faltas, y el juez no tendrá facultades para entrar a calificar si en realidad dicha falta fue grave o no, de tal manera que una vez probada la ocurrencia de la falta, es poco lo que el trabajador pueda hacer.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia colombiana en sentencia 38855 del 28 de agosto de 2012, con ponencia del magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve, recoge y reitera una anterior jurisprudencia en el siguiente sentido:

*«Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones*

*colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal.»*

Este criterio luce razonable puesto que se tiene dicho que lo acordado en un contrato es ley para las partes, y es claro que el trabajador conoce de antemano, o por lo menos debería conocer de antemano las faltas que tienen la capacidad de fenecer justificadamente el contrato.

Sin duda que habrá casos en que se abuse de esta figura, pues hay empresas que califican como grave ciertas conductas que difícilmente pueden calificarse como graves de forma objetiva, pero aún en estos casos prima la calificación que se haya dado entre la partes sobre lo que pueda opinar el juez.

## **Legalidad de las cámaras de video instaladas por la empresa**

La instalación de cámaras de video es una práctica muy extendida en las empresas, ya sea para proteger a los clientes o para tener un contacto visual permanente con los trabajadores de la empresa.

Algunos han llegado a cuestionar la instalación de cámaras de video en los

lugares de trabajo, alegando que es una práctica que afecta un derecho fundamental del trabajador como lo es el de la privacidad, de la intimidad, puesto que el trabajador queda expuesto todo el tiempo a la vigilancia de la empresa.

Como lo expuso el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo) en concepto 257031 de agosto 20 de 2009, no existe una prohibición legal que impida a las empresas recurrir a este tipo de herramientas, e incluso podría encajarse dentro de las facultades que el artículo 108 del Código Sustantivo del Trabajo confiere al empleador al elaborar el reglamento de trabajo, especialmente lo establecido por el numeral 10 que trata de las medidas de control y seguridad.

En este orden de ideas, la empresa tiene facultades para implementar las medidas de seguridad y vigilancia pertinentes, y entre estas figuran los circuitos cerrados de televisión, práctica muy extendida en casi todas las grandes empresas. Práctica que en muchos casos es recomendada o exigida, como en los bancos.

Respecto a la posible violación al derecho de la intimidad, es preciso anotar que las cámaras de video no se pueden instalar en sitios que por su naturaleza deben ser privados, como es el caso de los baños o los vestidores, pero sí es viable instalarlas en los sitios de trabajo o de tránsito de la empresa, puesto que son espacios de uso común y que la empresa requiere vigilar.

En los casos en que la empresa decida instalar cámaras de video es preciso que los empleados sean notificados de ello. De hecho es una obligación advertir a clientes y usuarios que al ingresar a determinado sitio o al utilizar determinado servicio, serán grabados.

Lo importantes es que el trabajador, el cliente o usuario, sea consciente de que se le está filmando, puesto que de no informarlo, es equivalente a filmarlo sin su consentimiento, lo que sí podría tener alguna complicación

legal que es preferible evitar.

## Legalidad de las pruebas de alcoholemia o similares practicadas al trabajador

Algunas empresas suelen practicar pruebas de alcoholemia y otras encaminadas a determinar si el trabajador está bajo los efectos del alcohol o de alguna droga o sustancia narcótica. ¿Es legal este tipo de pruebas?

Si observamos las conductas que le están prohibidas al trabajador, encontramos que el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo prohíbe al trabajador *presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes*, de modo que si el trabajador viola esta prohibición, el empleador debe de alguna forma implementar los mecanismos que le permitan verificar tal situación, por lo que se entiende que este tipo de pruebas serían válidas, pues de otra forma sería imposible identificar y probar una causa que la misma ley considera justa para la terminación unilateral del contrato de trabajo, como se desprende del numeral 6 del artículo 62 el Código Sustantivo del Trabajo.

El Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo) en concepto 202494 de julio 18 de 2008, manifestó que es posible y permisible que el empleador practique este tipo de pruebas:

*«(...) Así las cosas y toda vez que la legislación laboral estableció como una causal justa para dar por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral por parte del empleador, el estado de embriaguez o el uso de drogas enervantes, la jurisprudencia se ha ocupado de pronunciarse respecto a la forma de comprobarse tales conductas o comportamientos, señalando:*

*“Terminación del contrato. Causal 6ª. Consumo de*

*estupefacientes por el trabajador. Prueba mediante testimonios.” En este aspecto también se equivocó el juzgador, pues el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo establece que en el proceso laboral son admisibles todos los medios de prueba previstos en la ley, “pero (que) la prueba pericial sólo tendrá lugar cuando el juez estime que debe designar un perito que lo asesore en los asuntos que requieran conocimientos especiales” . Incurrió por ello el Tribunal en un error al asentar que la causal de terminación unilateral del contrato de trabajo alegada por la hoy recurrente debió probarse con un “ dictamen médico” sobre el consumo por parte del demandante de “sustancias heroicas” o con un “ dictamen de laboratorio” sobre las sustancias que le fueron encontradas en su camarote y que en ese momento consumía, pues tampoco existe dentro del Código Procesal del Trabajo disposición que imponga al patrono – en su condición de tal o como litigante- la carga de probar con una determinada prueba el hecho de que el trabajador se encontraba bajo la influencia de narcóticos o de drogas enervantes” ». [Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, Sentencia Octubre 4 de 1995. Exp. 7202].*

*De la anterior jurisprudencia es posible inferir que sí dentro de la ritualidad que imponen los procedimientos judiciales se permite emplear cualquiera de los medios de prueba establecidos en la ley con el fin de verificar la existencia de las conductas que motivan su escrito, entendería esta Oficina que iguales mecanismos pueden utilizar los empleadores, con el mismo fin, por lo tanto, podrían pactarse en el reglamento interno de trabajo el procedimiento a seguir para la práctica de los exámenes médicos o pruebas que determinen el estado del trabajador cuando se presenta a laborar bajo la influencia*

*de bebidas alcohólicas o estupefacientes.»*

No sobra advertir que este tipo de pruebas y los procedimientos a seguir para practicarlas deberían estar contenidas en el reglamento de trabajo para revestirlas de mayor legalidad y así evitar posibles reclamaciones futuras del trabajador que eventualmente resulte despedido por esta situación.

## **¿Es válida la prueba de polígrafo realizada a los trabajadores?**

La aplicación de la prueba de polígrafo es otra de las prácticas realizadas por las empresas en el proceso de selección y reclutamiento de personal, o para probar la responsabilidad del trabajador en hechos delictivos dentro de la empresa, práctica que ha sido objeto de fuertes controversias.

En términos generales, la prueba de polígrafo se practica en dos situaciones que tiene implicaciones diferentes: en el proceso de selección de personal y en el proceso de investigación interna a un trabajador.

En el primer caso, esto es en los procesos de selección de personal, la utilización del polígrafo es viable siempre que exista autorización escrita por parte de la persona. Si miramos el caso de las empresas de vigilancia, estas a pesar de estar expresamente autorizadas por la superintendencia de vigilancia y seguridad privada para realizar dichas pruebas, se exige que en todo caso se cuente con la expresa autorización de la persona a quien se someterá a dicha prueba, luego, hay que suponer que en el caso de las demás empresas en caso de aplicar dicho procedimiento, se debe contar con autorización de la persona que se somete al proceso de selección en el cual se incluye la prueba de polígrafo.

En el segundo caso, es decir cuando en la empresa se presentan hechos irregulares y se pretende utilizar el polígrafo como medio para probar la



responsabilidad de algún trabajador en esos hechos irregulares, posiblemente no sea legal, de modo que los hechos concluidos de la utilización del polígrafo no podrían ser utilizados en contra del trabajador, ni para sancionarlo ni mucho menos para despedirlo.

La razón por la que creemos que es ilegal la utilización del polígrafo en estos casos, es que el polígrafo no es aceptado como prueba en los procesos penales; la prueba de polígrafo no es aceptada ni por la misma Corte Suprema de Justicia, así que tampoco podría ser utilizada como prueba por parte del empleador para sancionar y despedir a un trabajador.

En efecto dijo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:

*«Insiste la Sala en este aspecto, por cuanto si el polígrafo tiene como objetivo primordial determinar a través del registro de variaciones emocionales como la presión arterial, el ritmo cardíaco, el respiratorio y la resistencia eléctrica de la piel o reflejo psico-galvánico causado por el estado de emotividad provocada si la persona presenta reacciones fisiológicas indicativas de engaño, es claro que su diagnóstico se refiere a la credibilidad del interrogado y no a la comprobación de hechos, elementos o circunstancias de la conducta investigada.*

*Es aquí donde reside la gran diferencia con otros medios técnicos empleados en el campo forense y que representan una ayuda inmejorable para la administración de justicia, pues mientras los experticios de ADN, de balística, de dactiloscopia o documentales para mencionar sólo algunos, se dirigen a comprobar la existencia o no de un hecho, o la compatibilidad entre una y otra muestra, o la legitimidad o autenticidad de una determinada evidencia en pos de acreditar o desacreditar una circunstancia jurídicamente relevante, la prueba de polígrafo se encamina a sustituir al juez en su labor de valoración del testimonio, pues aquél no tiene como*

*finalidad la demostración de un hecho procesal sino la de ofrecer un dictamen acerca de si un sujeto sometido a un interrogatorio dice o no la verdad en las respuestas a las preguntas que se le formulan.*

*Nótese que de llegar a admitirse el polígrafo como un medio de prueba válido para conocer si una persona miente, su aplicabilidad no podría restringirse al acusado, pues cabría hacerlo con todos los testigos tanto de cargo como de descargo, con lo cual la función de apreciación del testimonio atribuida al funcionario judicial quedaría subordinada a los resultados del polígrafo. Bien podría objetarse a este planteamiento que el funcionario judicial es libre para separarse de ese diagnóstico, pero en ese caso su tarea ya no estaría enfocada en apreciar la prueba testimonial haciendo uso de las reglas que la ley le impone sino en examinar el rigor técnico con que se practicó el polígrafo para deducir si se aviene o no con su conclusión.*

*En ese caso el juez o el fiscal antes que consultar las reglas de la sana crítica para argumentar sobre la credibilidad de un testigo tendría que dedicarse a determinar otros asuntos, tales como la pericia del examinador, las condiciones en que se realizó y demás aspectos concernientes a sus requerimientos técnicos, para extractar de ahí la inferencia a la que debía arribar por vía del uso de las reglas legales dispuestas para el efecto.*

*De otro lado, lo que concretamente marca el polígrafo es la reacción del individuo frente a precisas situaciones y preguntas ocurridas en una atmósfera privada, en la cual el experto califica como "DI" (Decepción Indicada) si advierte reacciones fisiológicas indicativas de engaño, o como "NDI" (No Decepción Indicada) si no las hay y como "NO" cuando no*

*puede dar una opinión, pero en ningún momento esa diagnosis resulta idónea para transmitirle al funcionario judicial los conocimientos que requiere para adoptar sus decisiones, que es la finalidad de todo medio de prueba.*

*Desde otro margen, no es cierto, como algunos afirman, que en el derecho comparado y específicamente en los Estados Unidos, lugar donde tuvo su origen el examen de polígrafo, se haya generalizado su aceptación como medio de prueba. La literatura informa de lo excepcional de su admisibilidad, hallándose limitada a los siguientes eventos: (i) cuando hay estipulación entre las partes; y (ii) una vez estipulada, cuando se usa para impugnar o corroborar un testimonio. Consecuentes con esa tradición, los tribunales norteamericanos prosiguen excluyendo la evidencia poligráfica cuando no ha sido estipulada, salvo el caso excepcional de Nuevo Méjico donde se ha admitido sin necesidad de acuerdo previo entre las partes.*

*Ahora bien, en Colombia habría dificultades para admitirlo aún si fuera objeto de estipulación en los asuntos tramitados por medio de la Ley 906 de 2004, por cuanto el parágrafo del ordinal 4º del artículo 356 limita su procedencia a hechos o circunstancias y como se ha visto el polígrafo no es apto para demostrar hechos o circunstancias de la conducta punible sino para ofrecer un dictamen acerca de si una persona, en un ambiente determinado, respondió con la verdad o con la mentira las preguntas estructuradas que se le hicieron.*

*Para finalizar, la Corte encuentra peligros enormes frente a la libertad y a la dignidad del sujeto si se admite la utilización del polígrafo como medio de prueba, pues ese dispositivo antes que matizar la tensión entre la finalidad del proceso penal como*

*método de aproximación a la verdad y la de proteger la integridad de los derechos fundamentales comprometidos, contribuye a afianzar más el fin que los medios, debido al dramático proceso de instrumentalización a que se somete a la persona, de quien se extraen mediciones tomadas del monitoreo de las reacciones del sistema nervioso autónomo, para convertir al propio individuo en instrumento de corroboración de una verdad a la que debe llegar la administración de justicia con absoluto respeto por la dignidad humana.*

*En suma, todas esas razones llevan a la Sala a colegir que el polígrafo no es admisible como medio de prueba en el contexto de la teleología de la investigación penal y por esa razón se abstiene de desarrollar el segundo punto relacionado con su confiabilidad, que es de carácter técnico-científico, enfatizando que los motivos que llevan a descartar su uso dentro del proceso penal nada tienen que ver con su empleo en otras áreas, como ocurre con los procesos de selección de personal». [Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso 2647, agosto 01 de 2008].*

En consonancia con lo anterior, forzosamente se debe concluir que difícilmente en un proceso judicial la empresa que utilice los resultados del polígrafo para sancionar o despedir a un empleado podrá hacerlo valer como prueba válida, por lo tanto, no es prudente utilizarlo en estos casos, aún con la autorización del trabajador, puesto que como ha quedado claro con la sentencia transcrita, no tendrá valor probatorio en los estrados judiciales.

Distinto es el caso de la utilización del polígrafo en los procesos de admisión, puesto que allí no se sanciona ni se despide a ningún trabajador, ni se le violan derechos fundamentales siempre y cuando se cuenta con la

autorización escrita por parte del trabajador.

## ¿Puede el empleador practicar requisas a sus trabajadores?

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 dentro de la autonomía que tiene para definir las herramientas para mantener la seguridad, control y disciplina en sus instalaciones, 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 a la intimidad.

La Corte Suprema de Justicia en muchas veces ha avalado la práctica de requisas o registros por parte de la empresa. A continuación se transcribe 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 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de enero de 2001:

*«Ello, por cuanto es irrefutable 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 (fl. 230 vto.)».*

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,

que es un elemento privado, ni es correcto que la requisita incluya leer los mensajes de texto del celular, etc.

Se recomienda que si la empresa implementa registros o requisas a sus trabajadores, incluya estas prácticas en el reglamento de trabajo para que tales prácticas tenga un sustento legal mucho más concreto.

## **Propiedad intelectual de las obras creadas en la ejecución de un contrato de trabajo o de servicios**

Cuando una empresa contrata a una persona por medio de un contrato de trabajo o de servicios para que desarrolle una actividad determinada y en su ejecución el trabajador crea una obra, surge la inquietud respecto a quién pertenece la propiedad intelectual de la misma.

El artículo 20 de la ley 23 de 1982 regula este tema, norma que fue modificada por el artículo 28 de la ley 1450 de 2011 conocida también como Plan de Desarrollo 2010-2014.

La norma ha quedado de la siguiente forma:

*«En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito. El titular de las obras de acuerdo a este artículo podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas*

*contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones».*

En primer lugar vale resaltar que se habla de dos derechos: patrimoniales y morales, entendiendo los primeros como los derechos a los beneficios económicos que pueda generar la obra y los segundos como el derecho a que siempre se reconozca la autoría de la obra.

En principio, los dos derechos pertenecen al trabajador que creó la obra.

No obstante, la ley presume que tratándose de los derechos patrimoniales, se entiende que estos han sido transferidos al empleador o contratante, a no ser que las partes expresamente hayan pactado lo contrario y en tal caso el contrato de trabajo o de servicios debe ser por escrito.

Significa esto que si el contrato guarda silencio sobre los derechos patrimoniales de las obras creadas por el trabajador, se presume que tales derechos pertenecen al empleador.

Los derechos morales en todo caso pertenecen al trabajador, ya que estos no se pueden ceder, enajenar o transferir a ningún título.

## **La empresa no puede cobrar los exámenes de ingreso ni de retiro al trabajador**

La empresa no le puede cobrar al trabajador los exámenes médicos que le realice ya sea el momento de su ingreso o al momento de su retiro, y menos en el transcurso de la relación laboral.

La razón de esa prohibición radica en que es una obligación del empleador realizar ese tipo de exámenes, obligación que por supuesto no puede



trasladar al trabajador.

La norma superior que obliga al empleador a practicar esos exámenes es el artículo 348 del Código Sustantivo del Trabajo que desarrolla lo relacionado con la higiene y seguridad en el trabajo, también conocida como salud ocupacional.

Por su parte el decreto 614 de 1984 en su artículo 30 literal a numeral 1, dice perentoriamente que las empresas deben:

*«Realizar exámenes médicos, clínicos y paraclínicos para admisión, selección de personal, ubicación según aptitudes, cambios de ocupación, reingreso al trabajo y otras relacionadas con los riesgos para la salud de los operarios».*

Adicionalmente, la resolución del Ministerio del Trabajo número 1016 de marzo 31 de 1989 que desarrolla precisamente el artículo 30 del decreto 614 de 1984 en su artículo 10 vuelve a insistir en que la empresa, en el marco de su programa de salud ocupacional debe:

*«Realizar exámenes médicos, clínicos y paraclínicos para admisión, ubicación según aptitudes, periódicos ocupacionales, cambios de ocupación, reingreso al trabajo, retiro y otras situaciones que alteren o puedan traducirse en riesgos para la salud de los trabajadores».*

Esta resolución incluye taxativamente la obligación de practicar exámenes médicos cuando el trabajador se retira, obligación no contemplada expresamente en las otras normas aquí referidas.

Debido a que se trata de una obligación legal del empleador, es apenas lógico entender que los gastos derivados del cumplimiento de tal mandato legal han de correr por su cuenta.

## Indexación laboral

La indexación laboral es una figura con la que se busca que el trabajador reciba el valor real de los conceptos que se le adeuda debido a que no fueron pagados oportunamente.

El valor nominal de una deuda con el paso del tiempo se ve afectado por los efectos que sobre la capacidad adquisitiva del dinero tiene la inflación. Esa disminución del poder adquisitivo es compensada con la indexación de las deudas laborales a favor del trabajador.

Por ejemplo, si el empleador cuando despidió al trabajador en el 2013 le quedó debiendo la suma de \$3.000.000, a 2018 esos \$3.000.000 han perdido capacidad de compra, puesto que por efecto de la inflación son menos los productos y servicios que se pueden adquirir con ese dinero, de manera tal que si ese efecto no es corregido el trabajador sufre un detrimento.

La indexación debe ser decretada por un juez y esta no tiene naturaleza sancionatoria, por cuanto no es una sanción ni una multa, es simplemente el procedimiento por el cual se actualiza el valor de la deuda a precios reales al momento de su pago.

Es importante precisar que la indexación laboral es diferente a la sanción moratoria que contempla el artículo 65 del código sustantivo, y además de ser diferentes son incompatibles.

Para la sala laboral de la Corte suprema de justicia es incompatible la indexación con la sanción moratoria, y como esta última no siempre es aplicable, sino cuando se comprueba la mala fe del empleador, entonces se podría aplicar la segunda como medida de compensación por la pérdida que sufre el trabajador como consecuencia al pago retardado de los dineros a que tiene derecho.

Por ejemplo, en una de las primeras sentencias que fijó esta línea

jurisprudencial (4645 del 20 de mayo de 1992), la sala laboral dijo que:

*«Es oportuno reiterar que cuando no sea pertinente en una sentencia la condena de indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, por cuanto no se trata de una indemnización de aplicación automática, es viable aplicar entonces la indexación o corrección monetaria en relación con aquellas prestaciones que no tengan otro tipo de compensación de perjuicios por la mora o que no reciban reajuste en relación con el costo de vida.»*

Es evidente que si al trabajador no se le paga oportunamente los valores a que tiene derecho, se genera un perjuicio que debe ser resarcido de alguna forma, ya sea mediante una sanción moratoria, o por lo menos mediante una actualización al valor real del dinero al momento del pago definitivo.

## **Comisiones por venta y recaudo frente a la terminación del contrato de trabajo**

Existe cierta confusión respecto a lo que se debe hacer con las comisiones por venta y recaudo acordadas con el trabajador luego de que termina el contrato de trabajo.

Se afirma que la remuneración del trabajador, cualquiera que sea la forma en que se acordó, es la contraprestación directa del servicio que este presta al empleador, de manera tal que una vez el trabajador ha prestado el servicio para el cual fue contratado, tiene derecho a la remuneración que fue pactada, en este caso la comisión.

Si el trabajador fue contratado para vender, una vez la venta se concreta nace el derecho a la remuneración respectiva.

Algunos empleadores tienen por costumbre no pagar las comisiones por ventas realizadas en vigencia del contrato de trabajo pero recaudadas luego

de la terminación del mismo, lo cual no es legal, y cualquier cláusula que así lo considere será ineficaz.

Ahora, cuando se trata de comisiones por recaudo, es natural que si el recaudo se hizo luego de la terminación del contrato de trabajo, no hay lugar a la comisión por cuanto la labor del trabajador era recaudar y no lo hizo debido a su desvinculación de la empresa.

Para clarificar este tema, resulta oportuno transcribir un aparte de la sentencia de la sala laboral de la corte suprema de justicia de fecha agosto 14 de 2012, radicación No. 37192 con ponencia del magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas:

*«Al contrario, en la referida providencia sobre la cual ésta pretendió edificar las razones para sustraerse al aludido pago lo que se dijo por la Corte fue que una cosa totalmente distinta, esto es, que una cosa eran las „comisiones por ventas“ y otra las „comisiones por recaudo“, por manera que, cuando el trabajador recibía „comisiones por recaudo“ y éstos “no se efectúan personalmente por éste como consecuencia de la terminación, justa o injusta del contrato de trabajo bien sea por decisión patronal o del trabajador no hay lugar a comisión alguna porque, se repite, éstas como elemento integrante del salario constituyen retribución del servicio personal” (Corte Suprema, Sala de Casación Laboral, sentencia de 16 de junio de 1989, radicación 2962), pero, “muy distinto es el caso de las ventas que, realizadas en vigencia del contrato, su pago sólo lo obtiene el patrono después de que éste ha terminado porque en ese caso, como claramente lo tiene definido la Sala, el trabajador debe recibir la comisión correspondiente” .»*

El problema surge cuando la remuneración pactada incluye vender y recaudar, es decir que el mismo trabajador debe vender y recaudar el valor de la venta y se pacta una sola comisión por los dos conceptos, caso en el

cual, en nuestro criterio, se debe determinar una proporción de la comisión porque el trabajo realizado para concretar la venta debe ser remunerado por cuanto fue un servicio prestado a favor del empleador. Lo justo sería entonces que se reconozca por ejemplo un 50% de la comisión.

Ante esta realidad, el reconocimiento de la comisión luego de la terminación del contrato de trabajo, implica que las prestaciones sociales se deben reliquidar de acuerdo a la nueva realidad salarial.

## **Trabajador debe ser oído antes de imponerle una sanción disciplinaria**

Si el trabajador comete una falta o viola alguna norma o regla de comportamiento debidamente incluida en el reglamento de trabajo, se le puede imponer una sanción disciplinaria, pero antes se le debe dar la oportunidad de presentar descargos tal y como lo establece el artículo 2.2.1.1.7 del decreto 1072 de 2015:

*«SANCIÓN DISCIPLINARIA AL TRABAJADOR. Antes de aplicarse una sanción disciplinaria, el empleador debe oír al trabajador inculcado, directamente, y si éste es sindicalizado deberá estar asistido de dos (2) representantes de la organización sindical a que pertenezca. No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria impuesta con violación de este trámite. »*

La intención de la norma es que se le garantice el derecho a la defensa y el debido proceso al trabajador y tal observancia se debe llevar con absoluto arreglo a la ley so pena de invalidar o dejar sin efecto la sanción disciplinaria.

## **Un trabajador sí puede aceptar que se le desmejoren**

## las condiciones pactadas en el contrato de trabajo

Una vez se ha firmado el contrato de trabajo en el que se acordaron determinadas condiciones como el salario y el horario de trabajo, es dable que el trabajador acepte el desmejoramiento de esas condiciones siempre que no se afecten los derechos mínimos que la ley considera irrenunciables.

Se puede dar el caso que por condiciones o situaciones particulares la empresa se vea en la obligación de hacer ajustes y recortes de personal, y en ese proceso puede ser necesario recortar algunas condiciones laborales, lo que no es ilegal y será válido siempre que el trabajador no sea constreñido o engañado para que acepte.

En ese sentido se pronunció la sección segunda del Consejo de estado en sentencia 1268 de octubre 22 de 2009 con ponencia del magistrado Gerardo Arenas Monsalve:

*«El trabajador puede válida y libremente acordar condiciones laborales temporales especiales, en lo que tiene que ver con sus derechos inciertos y discutibles, pudiendo renunciar a los mismos o aceptar unas condiciones inferiores a las pactadas convencional o contractualmente, puesto que conforme al artículo 53 de la Carta Política, sólo los beneficios mínimos establecidos por normas laborales son irrenunciables, en armonía con lo previsto en los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo que propugnan por el efectivo desarrollo de los principios de la adecuada remuneración de los trabajadores y la no discriminación, entre otros.»*

El trabajador siempre tiene la opción de no aceptar el desmejoramiento de las condiciones laborales, y también puede optar por renunciar, y en tal caso la empresa debería despedir al trabajador y pagarle la respectiva indemnización por despido injustificado.

Sin embargo, hay que reconocer que por lo general el trabajador es la parte débil de la relación laboral, y éste, ante la necesidad de un trabajo y unos ingresos se ve obligado a aceptar las nuevas condiciones laborales, situación que no basta para alegar la invalidez o ilegalidad de la aceptación por parte del trabajador de las condiciones laborales desmejoradas, sino que se debe probar coerción, presión, u otro tipo de vicio que pueda afectar la libre y espontánea decisión del trabajador.

### **Empleador puede dejar de pagar unilateralmente una bonificación ocasional otorgada por mera liberalidad**

Una bonificación que es otorgada al trabajar por mera liberalidad y además de forma ocasional, se puede dejar de pagar unilateralmente por parte del empleador por cuanto no constituye un derecho adquirido en vista a que el empleador de forma libre y espontánea ha decidido otorgarla sin que se haya obligado a ello.

Una bonificación otorgada por mera liberalidad, supone que su pago no ha sido pactado por las partes, ni de forma escrita ni de forma verbal, ni figura en convenciones colectivas o cualquier otro acuerdo que obligue al empleador a pagarla, de tal manera que siendo un pago que depende exclusivamente de la voluntad del empleador, este bien puede dejar de pagarla sin que se esté incumpliendo nada, pues nada se ha acordado en ese sentido.

En esa misma línea se pronunció la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 42970 del 8 de mayo de 2014 con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverry Bueno:

*«Tampoco cuestiona el censor la regla jurídica por virtud de la cual los pagos realizados por mera liberalidad por el empleador, que no tienen una fuente normativa como el contrato de trabajo, la convención*

*colectiva, laudo arbitral o pacto colectivo, no pueden ser tratados como derechos adquiridos y, por lo mismo, pueden ser revocados o dejados de cancelar unilateralmente.»*

El asunto es claro, pues se trata de un pago no considerado en el acuerdo al que llegaron trabajador y empleador, y si nada se le prometió al trabajador, cualquier pago adicional debe ser bienvenido y no ser objeto de controversia, aunque se reconoce que el trabajador se acostumbra y mantienen la expectativa a tener un ingreso adicional de vez en cuando, pero esa expectativa no puede convertirse en un derecho adquirido por cuando el empleador no se obligó a ello.

## **¿En materia laboral es válido el documento que sólo está firmado por una de las partes?**

Cosas extrañas que pasan en derecho. Sucede que eventualmente un documento que no está firmado por las dos partes de la relación laboral, puede tener valor probatorio, pero sólo si lo presenta la parte que no la ha firmado, que por supuesto es la parte interesada.

Es el caso de una empresa que fue demandada por su ex trabajador, y en su defensa, la empresa presentó un documento que sólo estaba firmado por el trabajador. Tamaño despiste de la empresa o de los encargados de esas formalidades, pero el punto es que la sala laboral de la Corte suprema de justicia en una sentencia del 14 de septiembre de 2010 con expediente 38757 y con ponencia del magistrado Francisco Ricaurte, consideró que era posible otorgarle valor probatorio a dicho documento:

*«De otro lado, el verse por escrito aquel acuerdo y ser suscrito por solo el trabajador, pero ser el empleador quien lo allegó al juicio, habilitaba, entonces, al sentenciador para otorgar validez al*



*documento al ser implícitamente reconocida la autoría del pacto expreso sobre desafectación salarial del bono.»*

Naturalmente que si hubiera sido el trabajador quien hubiera presentado el documento firmado sólo por él, o la empresa hubiera presentado un documento firmado únicamente por su representante legal, el asunto sería otro, porque seguramente estaríamos hablando de una maniobra sospechosa, y por supuesto que en ese caso ese documento no tendría la capacidad de afectar los intereses de quien no lo firmó.

Para evitar dudas y dificultades a la hora de probar hechos o acuerdos, la recomendación es que siempre todo debe ser por escrito, y por supuesto debidamente firmado por las partes que pretenden darle valor al documento.

## **¿Qué pasa con los trabajadores cuando se vende la empresa?**

Cuando se vende una empresa (o establecimiento de comercio) 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?

Legalmente no pasará nada, simplemente hay un cambio de empleador, fenómeno conocido como [sustitución de patronos](#), de modo que las condiciones del contrato no cambian; los contratos siguen vigentes con las mismas condiciones ya que la ley no autoriza al nuevo dueño a que cambie unilateralmente las condiciones laborales y contractuales preexistentes, y mucho menos a que termine el contrato de trabajo en ocasión al negocio jurídico que desembocó en la sustitución de empleador.

Es posible que algún trabajador pueda ser despedido, y si no hay justa causa



para ello, habrá lugar al pago de la indemnización (consulte: [Cómo despedir un trabajador cuando hay sustitución de patronos](#)), pero eso no es una consecuencia inexorable del cambio de dueño; es sólo una posibilidad ajena a esa circunstancia.

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 en favor del nuevo empleador, 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.

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 despide), convenciéndoles 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.

## **Qué hacer si tengo un empleado limitado físicamente para trabajar**

Contratar trabajadores con discapacidad o limitaciones físicas es un acto de

solidaridad y humanidad, y además es una estrategia para acceder a ciertos beneficios fiscales de los que no corresponde hablar en este texto.

No obstante, habrá casos en que el empleador no esté interesado en continuar con el contrato de un trabajador discapacitado y se preguntará qué puede hacer.

El ministerio del trabajo en concepto 0003440 de 2011 plasmó las siguientes alternativas que podrán optar los empleadores que se vean ante esta situación:

- a) *«Si el vínculo laboral continua vigente y se supera los 540 días de incapacidad temporal por enfermedad común, o 720 días de incapacidad temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional y al trabajador solo le es calificada una incapacidad permanente parcial (5% a 49.9%), el empleador está en la obligación conforme al artículo 10° de la Resolución 1016 de 1989, a realizar la reubicación del trabajador o readaptación del puesto de trabajo acorde con sus capacidades residuales. Y en el evento que el empleador pueda documentar que de acuerdo con las funciones y condiciones de trabajo en todos los puestos existentes en la empresa, la condición de salud del trabajador puede empeorar, se debe solicitar al Inspector de Trabajo, la autorización para terminar el vínculo, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.*
- b) *Si el trabajador es declarado invalido, la empresa debe esperar al desembolso efectivo de la pensión o que el trabajador sea incluido en nomina de pensionados, conforme lo establece la sentencia de la Corte Suprema de Justicia radicado 7034 del 15 de abril de 1980, y no se aplica el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por cuanto la norma es para la pensión de vejez, y la pensión de invalidez requiere un trato diferente, por estar el trabajador en un estado de indefensión, a quien se le debe garantizar el mínimo vital.*

- c) *La empresa no puede dar por terminado el vínculo laboral por estar el trabajador incapacitado o limitado, al respecto se aplica el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000 y la Sentencia T-519 de 2003, que da la posibilidad de reintegro del trabajador.*
- d) *Si la empresa resuelve despedir al trabajador, deberá solicitar a la Inspección de Trabajo del Ministerio de la Protección Social, el permiso para que autorice con los soportes documentales que justifiquen el despido argumentando que los puestos de trabajo existentes en la empresa, pueden empeorar las condiciones de salud del trabajador y que no existen opciones de trabajo disponibles, acordes a las capacidades residuales de éste (aptitud física, psicológica y técnica), demostrando que se afecta el estado de salud del trabajador, y las finanzas de la empresa.*

*Aún cuando exista autorización del Inspector de Trabajo del Ministerio de la Protección Social para despedir a un trabajador por el hecho de tener discapacidad o padecer problemas de salud, el empleador debe indemnizar al trabajador con el pago de ciento ochenta días de salario.*

*La indemnización de los 180 días cuando existe permiso del Inspector de Trabajo, está consagrada en la sentencia T-519 de 2003, que señala, que todo despido por razón de la limitación de la persona deberían concurrir dos factores: la autorización de la oficina del trabajo y el pago de ciento ochenta días de trabajo, y estas dos cargas para el empleador son instrumentos previstos por el legislador para evitar que se presente de manera arbitraria el despido de la persona limitada.*

*La empresa debe liquidar sus prestaciones sociales por todo el tiempo durante el cual el vínculo laboral del trabajador limitado o incapacitado se encontraba vigente, y el tiempo de incapacidad se le*



*debe tener en cuenta para efectos de dicha liquidación de prestaciones sociales.»*

Tenga claro que la discapacidad o limitación física no es causal de despido, y en algunos casos será procedente el despido pero con previa autorización del inspector de trabajo. Consulte: [Procedimiento a seguir para solicitar autorización al inspector de trabajo para despedir a un empleado](#) y [Autorización del ministerio de trabajo para un despido colectivo no es una justa causa, sólo una causa legal.](#)

## **Si el juez declara un contrato de trabajo realidad el empleador debe realizar aportes a pensión retroactivos y con intereses**

Simular un contrato de servicios para camuflar un verdadero contrato de trabajo, es una estrategia muy extendida en Colombia que permite evadir el pago de seguridad social y prestaciones sociales por parte del empleador o contratante, pero que eventualmente puede significar elevados costos para quien recurre a esta práctica.

Sucede que si el contratista demanda y el juez reconoce o declara la existencia de un contrato de trabajo realidad, el contratista (en adelante empleador) tendrá que pagar todos los conceptos propios de una relación laboral dejados de pagar.

Es el caso de las cotizaciones a pensión, quizás el derecho más importante que ha perdido el trabajador por cuenta el contrato de servicios, de manera que el empleador se verá en la obligación de pagar retroactivamente los aportes a pensión desde la fecha en que el juez reconoce la existencia de la relación laboral.

Al momento en que la sentencia judicial reconoce el contrato realidad, el empleador debe proceder a la afiliación del trabajador al sistema de pensiones desde la fecha a partir de la cual se reconoció el inicio del contrato de trabajo realidad, lo que implica que el empleador deba trasladar al fondo de pensiones el llamado cálculo actuarial, el cual supone un elevado costo.

Y en algunos casos esos periodos en efecto pueden ser muchos, puesto que la prescripción de los derechos laborales cuando se declara un contrato de trabajo realidad, no son los 3 años desde el periodo en cuestión sino desde cuando queda en firme la sentencia que ordena su reconocimiento y pago.

Por ejemplo, si el trabajador fue vinculado en enero de 2010 y desde esa fecha el juez declara la existencia de la relación laboral, desde esa fecha se deben pagar los aportes a pensión, puesto que la prescripción sólo se cuenta desde la ejecutoria de la sentencia judicial, que puede ser de ayer mismo, de manera que el empleador tendrá que pagar cotizaciones con intereses de mora desde enero de 2010.

Es importante anotar que el juez que declare la existencia de un contrato de trabajo realidad, debe en la misma sentencia ordenar el reconocimiento de dichos aportes como lo manifestó la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 45985 del 28 de mayo de 2015 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

*«Finalmente, estima pertinente la Sala recordar, que de conformidad con el art. 17 de la L. 100/1993, modificado por el art. 4 de la L. 797/2003, durante la vigencia de la relación laboral, es obligación del empleador afiliar a su trabajador y efectuar las cotizaciones al*

*sistema general de pensiones, y es también el único responsable de realizar el pago de tales aportes -incluido el porcentaje que le corresponde al trabajador-, tal como lo prevé el art. 22 de la L. 100/1993.*

*Ello significa que si el empleador incumple las obligaciones que el Sistema de Seguridad Social le impone, debe soportar no sólo el pago de tales aportes, también las demás sanciones a que haya lugar, tal como lo precisa el art. 23 ibídem.*

*Lo anterior, también aplica a los eventos en los cuales el Juez declara la existencia de un contrato de trabajo, pues esa decisión judicial - salvo que el trabajador hubiese demandado algo diferente, por ejemplo, pago de una pensión sanción, indemnización de perjuicios por omitir la afiliación, etc.- indefectiblemente conlleva la obligación de realizar aportes al régimen pensional al cual pertenecía o estaba afiliado el demandante -en el sub examine el de prima media con prestación definida administrado por el I.S.S. hoy «COLPENSIONES»-, sin que sea dable pensar siquiera, que el trabajador se vea obligado a iniciar un nuevo proceso persiguiendo el pago de tales aportes, pues tal objetivo se cumple cuando la jurisdicción declara la existencia del contrato realidad.»*

El juez tiene la obligación, incluso extrapetita, de condenar al empleador a realizar los aportes a pensión dejados de pagar en ocasión a su fraude al contrato de trabajo.

Así las cosas, es evidente que puede resultar excesivamente caro no pagar al trabajador lo que le corresponde en su debido momento, y como bien dice el adagio popular, lo barato puede salir caro.



## Trabajador que es reintegrado debe devolver valores pagados por indemnización y cesantías

El trabajador que es reintegrado a su puesto por orden de un juez laboral o de tutela, debe reintegrar los valores que recibió como consecuencia del despido, tales como la indemnización por despido injustificado (si la hubo), o las cesantías que se le hubieren pagado directamente.

Esto se debe a que al decretarse el reintegro, ese reintegro se hace sin solución de continuidad, de manera que legalmente es como si el contrato de trabajo nunca se hubiera interrumpido, de suerte que el empleador debe pagar al trabajador todo lo dejado de pagar por el tiempo que estuvo desvinculado, y el trabajador a su vez, tendrá que reintegrar lo que hubiera recibido del empleador por cuenta del despido a la postre considerado ilegal.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 23610 del 10 de noviembre de 2004 se pronunció en los siguientes términos al abordar este tema:

*«Según las anteriores consideraciones, el contrato no terminó y ha estado vigente. Si ello es así, no puede el trabajador beneficiado por el reintegro retener el monto de la indemnización por despido que recibió en el momento de la ilegal terminación, ni de cualquier otro que por su esencia y naturaleza sea contrario al restablecimiento del vínculo, como ocurre, por ejemplo, con la liquidación definitiva del auxilio de cesantía que teniendo como causa el fenecimiento del contrato, recibió en ese momento. En este caso, cuando el trabajador*



*ha recibido una indemnización por despido y otros derechos laborales y judicialmente se ha decretado su reintegro sin solución de continuidad, es lógico y de sentido común pensar que esos pagos perdieron su causa y su razón de ser. Y si así sucede, en el que de otro lado, el empleador debe pagar los salarios y prestaciones correspondientes causados durante el período en que el asalariado estuvo cesante, surge incontrastablemente que las partes quedan obligadas a las restituciones mutuas, pues por fuerza de la decisión judicial, el contrato de trabajo recobró su vigencia y esa vigencia cubre también el tiempo durante el cual el trabajador estuvo desvinculado por la decisión ilegal de su empleador. Ciertamente, no se necesitan mayores consideraciones para llegar a ese aserto, ya que de lo contrario, con evidente menoscabo de los principios de la buena fe y del enriquecimiento sin causa, resultaría beneficiado doblemente el trabajador que se apropia de montos cuyas causas desaparecieron precisamente por la acción judicial que él instauró y que procura el restablecimiento de las cosas al estado anterior en que se encontraban cuando fue despedido por una determinación de su empleador que posteriormente es declarada inválida.»*

Al producirse el reintegro se hace en términos en que el despido desaparece, por lo tanto debe desaparecer todo reconocimiento económico derivado del despido.

Respecto a las cesantías, estas deben consignarse en el fondo de cesantías, de tal manera que el trabajador que las haya recibido al terminar el contrato de trabajo, debe reintegrarlas a la empresa para que esta las consigne en el

respectivo fondo, pues así debió ser si el contrato de trabajo no se hubiere terminado, como en efecto considera el juez cuando ordena un reintegro sin solución de continuidad.

## La intermediación laboral y la representación del empleador

La intermediación laboral es una figura distinta a la representación del empleador, figuras contenidas en los artículos 35 y 32 del código sustantivo del trabajo, pero no obstante a ser distintas y a que cada una tiene una regulación particular y consecuencias distintas, se suele confundir por lo que recurrimos a la jurisprudencia laboral para tratar de aclarar las diferencias entre una y otra figura.

Para ello recurrimos a una sentencia de la sala laboral de la corte suprema de justicia del año 1999, que sigue siendo referenciada una y otra vez por la misma corte suprema de justicia en distintas sentencias recientes lo que pone de relieve la vigencia del criterio plasmado en dicha sentencia.

Se trata de la sentencia 12187 del 27 de octubre de 1999 con ponencia del magistrado Jose Roberto Herrera Vergara

*«El asunto medular materia de elucidación, desde el punto de vista estrictamente jurídico, es saber cuándo se dan los elementos configurantes del instituto de la intermediación dado que la parte recurrente la invoca con persistencia por considerar que se tipifica en el sub examine. 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 transcrito, 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*

*categoricamente 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 puntualizados 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.

## **Reglas para determinar el parentesco (grados de**

## consanguinidad y afinidad)

En el derecho laboral se hace referencia continua a los grados de parentesco o afinidad, razón por la cual tratamos de explicar cómo se determinan.

### Definiciones:

**Parentesco por consanguinidad:** Surge por la relación de sangre entre las personas: hermanos, hijos, padres, etc.

**Parentesco por afinidad:** Surge por la relación con la familia de sangre del cónyuge: suegro, cuñados, etc.

**Parentesco civil:** Surge en ocasión a la adopción: Padres adoptivos, hijos adoptivos, etc.

Para determinar el parentesco o el grado de consanguinidad o afinidad entre determinadas personas, es preciso seguir unas sencillas reglas.

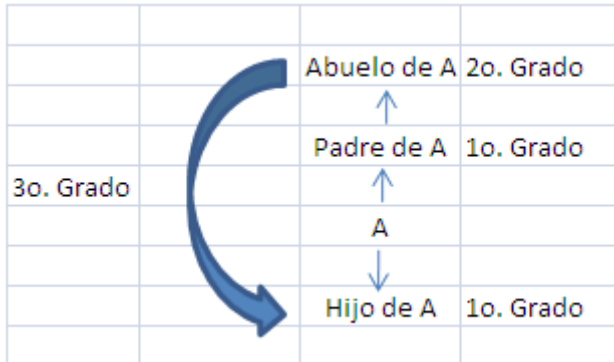
Los grados de consanguinidad y afinidad, se determinan utilizando la línea directa, que puede ser ascendente o descendente, y la línea colateral.

La línea directa hacer referencia al grado de relación que hay entre padres - hijos [descendente] y de nietos - abuelos [ascendente], por ejemplo.

La línea colateral hace referencia al parentesco con personas que no descienden directamente sino que dependen de algún descendiente directo, como es el caso de los tíos, sobrinos, primos, etc. En este caso, el primo de A por ejemplo, no es descendiente directo de A como si lo es el hijo de A. Es decir, el primo de A tiene parentesco directo con A, sino con el tío de A. En este caso se debe pasar por un intermediario, por llamarlo así.

Supongamos como referencia un sujeto A. El primer grado ascendente es el padre, el segundo es el abuelo y el tercero es el bisabuelo. Ahora, el primer grado descendente es el hijo, el segundo es el nieto y el tercero es el bisnieto. Luego entre el nieto y el abuelo hay tres grados: 1 hasta el padre, dos hasta

el abuelo y tres hasta el bisabuelo. Hasta aquí el parentesco en línea directa.

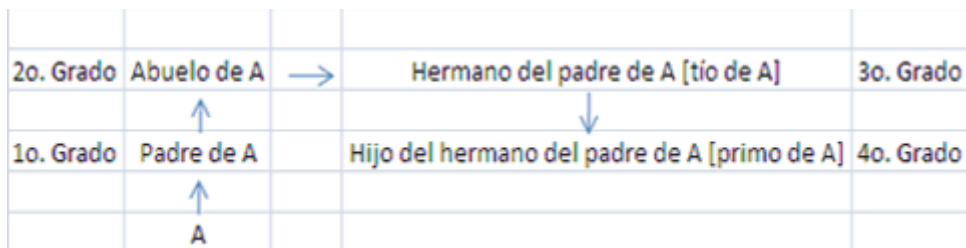


Veamos ahora el parentesco en línea colateral.

Supongamos un sujeto A como referencia. El primer grado siempre será el padre o el hijo. El segundo grado será el hermano o hermana.

Aquí vemos que en la línea colateral siempre inicia con una línea directa y luego continúa por una línea lateral, de modo que si deseo saber qué grado de consanguinidad hay entre el sujeto A y su tío, debo primero subir [línea directa ascendente] al padre, y luego llegar al hermano del padre del sujeto A.

El tío del sujeto A es el hermano del padre de A, luego el primer grado es el padre de A, el segundo grado es el abuelo de A, y como del abuelo de A desciende el hermano de A, el tío de B estará en el tercer grado de consanguinidad, a la vez que el hijo del tío de A estará en el cuarto grado.



El procedimiento para determinar los grados de consanguinidad y afinidad son los mismos.



Recordemos que el grado de consanguinidad hace referencia al parentesco entre familiares de sangre, mientras que el grado de afinidad hace referencia al parentesco entre la persona y los familiares de sangre de su cónyuge.

Así, el padre de A está en el primer grado de consanguinidad, y el padre del cónyuge de A [suegro], está en el primer grado de afinidad.

Para determinar el grado de afinidad, es más sencillo si primero se determina el grado de consanguinidad de esa persona respecto al cónyuge, que será el mismo grado de afinidad de la persona referencia.

De otra forma, si queremos saber qué grado de afinidad hay entre el sujeto A y su cuñado, es decir, el hermano de su esposa, lo más sencillo es determinar qué grado de consanguinidad hay entre la esposa y su hermano, que será de segundo grado, luego entre el sujeto A y su cuñado habrá un segundo grado de afinidad.

Por último precisar que el cónyuge no corresponde a ningún grado de parentesco, es simplemente el cónyuge, y que el parentesco civil hace referencia a los hijos adoptivos.

Para hacer el proceso más sencillo, en **Gerencie.com** tenemos publicada gratuitamente una herramienta en Excel para determinar el parentesco. [Descárguela aquí](#) (se requiere tener acceso a internet).